
Datum: 17.03.2016
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 Sa 1660/15
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2016:0317.17SA1660.15.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Dortmund, 7 Ca 1224/15

Leitsätze:

Eine nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksame, lediglich unbillige Weisung des Arbeitgebers begründet nicht die Verpflichtung des Arbeitnehmers, ihr vorläufig bis zur Rechtskraft eines Gestaltungsurteils nach § 315 Abs.2 Satz 2 BGB Folge zu leisten. Der Arbeitgeber ist deshalb nicht berechtigt, wegen der Weigerung des Arbeitnehmers, der Weisung nachzukommen, eine Abmahnung auszusprechen, und ist verpflichtet, Annahmeverzugslohn zu leisten (entgegen BAG 22.02.2012 – 5 AZR 249/11).

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 08.09.2015 – 7 Ca 1224/15 – wird zurückgewiesen unter Klarstellung des Tenors zu 1) wie folgt:

Es wird festgestellt, dass der Kläger nicht verpflichtet war, in der Zeit vom 16.03.2015 – 30.09.2015 seine Arbeitsleistung gemäß der Weisung der Beklagten vom 23.02.2015 im Team RE1234, Team E /Archiv am Standort C zu erbringen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

| | |
|--|----|
| Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Versetzung, die Entfernung von Abmahnungen aus der Personalakte des Klägers, Vergütungszahlungen an ihn sowie einen Rückzahlungsanspruch der Beklagten | 2 |
| . | 3 |
| Der 1962 geborene Kläger war seit dem 01.04.2001 bei ihr beschäftigt. Ursprünglich bestand das Arbeitsverhältnis mit der Deutschen U Immobilien und Service GmbH. Das Arbeitsverhältnis ging auf die Beklagten im Wege der Rechtsnachfolge über. Der Kläger war zuletzt zu einem Bruttolohn von 4.165,- € als Immobilienkaufmann am Standort E1 im Bereich Corporate and Public im Team RE2345 tätig, welches für Betriebskostenabrechnungen zuständig ist. Betriebskostenabrechnungen werden bei der Beklagten zentralisiert am Standort E1 durchgeführt. Bei der Beklagten sind 130 Mitarbeiter als Immobilienkaufleute tätig. | 4 |
| Das Team RE2345 ist dem Betrieb Real Estate Management (REM) zugerechnet, welcher sich vorrangig mit Verwaltungsaufgaben für das Facility Management beschäftigt und bei welchem zum 28.05.2015 724 Mitarbeiter tätig waren. Aktuell sind dort noch 690 Mitarbeiter beschäftigt. | 5 |
| In dem mit der Deutschen U Immobilien und Service GmbH geschlossenen Arbeitsvertrag des Klägers vom 02.02.2001 (Bl. 13-15 d.A.) ist u.a. geregelt: | 6 |
| „§ 1 | 7 |
| <i>Art und Ort der Beschäftigung</i> | 8 |
| 1. <i>Der Arbeitnehmer wird im Aufgabenbereich Service Center Nord in N als Immobilienkaufmann vollzeitbeschäftigt.</i> | 9 |
| 2. <i>Die E2 ist berechtigt, dem Arbeitnehmer auch eine andere, seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit, gegebenenfalls auch unter Veränderung des Arbeitsortes/Einsatzgebietes oder des Aufgabenbereiches zu übertragen. Der Arbeitnehmer ist zuvor zu hören.</i> | 10 |
| 3. <i>Die Beteiligung des Betriebsrates bleibt hiervon unberührt.</i> | 11 |
| § 2 | 12 |
| <i>Anzuwendende Regelungen (Tarifbindung)</i> | 13 |
| <i>Das Arbeitsverhältnis unterliegt den für den Arbeitgeber geltenden Tarifverträgen in der jeweils gültigen Fassung.“</i> | 14 |
| Eine derartige Versetzungsklausel ist in allen von der Beklagten mit ihren Beschäftigten geschlossenen Arbeitsverträgen enthalten. | 15 |
| § 4 des Tarifvertrages vom 14.10.1998 (Bl. 291-295 d.A.), geschlossen von der E2 und der Deutschen Postgewerkschaft bestimmt: | 16 |
| „ <i>Versetzung</i> | 17 |
| <i>Soll ein Arbeitnehmer vorübergehend oder auf Dauer versetzt werden, so sind die Betriebsinteressen mit den Arbeitnehmerinteressen abzuwägen. Ergibt sich nach Abwägung</i> | 18 |

der betrieblichen Interessen die Möglichkeit einer Auswahlentscheidung, so sind soziale Gesichtspunkte angemessen zu berücksichtigen. Der Arbeitnehmer ist vor seiner Versetzung zu hören. Die Beteiligung des Betriebsrates nach dem Betriebsverfassungsgesetz bleibt hiervon unberührt.“

Die Parteien schlossen 2009 und 2010 Änderungsverträge zum Arbeitsvertrag vom 02.02.2001 (Bl. 16-22 d.A.). Mit Änderungsvertrag vom 21.12.2009 wurde § 1 Abs. 1 des ursprünglichen Arbeitsvertrages dahingehend geändert, dass der Kläger in E1 im Team Competence Center KFM (Vertragsmanagement) als Assistent KFM vollbeschäftigt wurde. Mit Vertrag vom 10.03.2010 wurde er in E1 als Assistent KFM im Bereich RE3456 beschäftigt. Der letzte Änderungsvertrag vom 25.11.2010 enthält folgende Regelungen (Bl. 22 d.A.):

§ 1 20

Änderung des Arbeitsvertrages 21

- 1. 223
§ 1 Abs. 1 Ihres Arbeitsvertrages (Art und Ort der Beschäftigung) erhält folgende Fassung:

Der Arbeitnehmer wird in E1 als **Immobilienkaufmann** im Bereich Corporate and Public im Team RE2345 vollbeschäftigt. 24

2. ... 25

§ 2 26

Schlussbestimmungen 27

- 1. 289
Alle übrigen Bestimmungen des Arbeitsvertrages bleiben unberührt.
- 2. 30
- ...

Zwischen den Parteien war vor dem Arbeitsgericht Dortmund (Az. 7 Ca 1917/13) ein Kündigungsrechtsstreit anhängig. Mit Urteil vom 17.12.2013 wurde festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 24.04.2013 beendet ist, und wurde die Beklagte verurteilt, den Kläger als Immobilienkaufmann in der Abteilung DFMG für den Bereich Betriebskostenabrechnung weiterzubeschäftigen (Bl. 24-37 d.A.). Das Urteil ist nach der Berufungsentscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 03.07.2014 (Az. 15 Sa 169/14) rechtskräftig geworden. Beide Instanzen sahen den Vorwurf des Arbeitszeitbetruges als nicht hinreichend dargelegt an. Der Kläger wurde nach der erstinstanzlichen Entscheidung im Rahmen eines Prozessarbeitsverhältnisses beschäftigt

. 32

33

Unter dem 18.03.2014 sendete die Mitarbeiterin M, die im ehemaligen Team des Klägers tätig ist, eine E-Mail an den Betriebsratsvorsitzenden I, worin es heißt: „*Wir, das Team RE2345, lehnen eine Zusammenarbeit mit Herrn O in Zukunft ab!*“ (Bl. 332 d.A.). Die Mitarbeiterin beschrieb den Kläger als unkollegial und unkooperativ; er habe teamübergreifende Aufgaben ignoriert oder fehlerhaft ausgeführt und die Regelungen zur Vertrauensgleitzeit stark missbraucht.

Am 25.03.2014 fand ein Gespräch zwischen dem Team RE2345 und dem Betriebsratsvorsitzenden I statt, in dem es um die Rückkehr des Klägers in das Team ging. Dieses blieb bei seiner ablehnenden Haltung gegenüber seiner Rückkehr, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob sämtliche Teammitglieder an dem Treffen teilnahmen.

Mit E-Mail vom 06.10.2014 informierte die Beklagte den Kläger unter Bezugnahme auf ein Gespräch vom 17.07.2014, er werde ab dem 01.11.2014 zunächst für sechs Monate in ihrem „Archiv-Projekt“ am Standort C eingesetzt. Sie erinnerte zudem an die bereits im Gespräch erörterte Alternative, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufzulösen. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers erhob in einer E-Mail vom 08.10.2014 Einwände gegen die Versetzungsankündigung und forderten die Beklagte auf, bis zum 17.10.2014 zu bestätigen, dass sie von der Versetzungsanordnung Abstand nehme (Bl. 175-176 d.A.). Die Beklagte erklärte unter dem 24.10.2014, sie schiebe die Versetzung für die Dauer des Prozessarbeitsverhältnisses vorläufig auf (Bl. 178-179 d.A.).

Am 28.01.2015 fand ein Gespräch über eine etwaige gütliche Einigung in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Klägers mit dem Mitarbeiter der Personalabteilung der Beklagten U1 statt. Einvernehmliche Lösungen konnten nicht erzielt werden. Die Beklagte lehnte eine Rückkehr des Klägers in das alte Team, der Kläger den Vorschlag ab, einen Aufhebungsvertrag zu schließen.

Mit Schreiben vom 23.02.2015 teilte die Beklagte ihm mit, dass sie ihn unter Bezugnahme auf § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages für die Zeit vom 16.03.2015 bis zum 30.09.2015 im Team RE1234, Team E /Archiv, am Standort C einsetzen werde (Bl. 116-117 d.A.). Sie sagte ihm eine Kostenerstattung im Rahmen der doppelten Haushaltsführung für maximal 24 Monate zu und forderte ihn auf, Schlüssel und Zutrittskarten für das Gebäude in E1 spätestens bis zum 06.03.2015 zurückzugeben.

Immobilienkaufleute dieses Teams wurden im Projekt „Digitalisierung des Liegenschaftsarchivs“ beschäftigt und durch Mitarbeiter des Teams RE4567 unterstützt. Die Aufgaben in dem Projekt sollten nach Vortrag der Beklagten aus Kostengründen vorrangig von eigenen Mitarbeitern und nicht von Leih- und Zeitarbeitnehmern erledigt werden. Daneben bestand ein Projekt „Optimierung der Mietvertragsakten im Archiv“, bei welchem ebenfalls Immobilienkaufleute tätig wurden.

Die Beklagte hörte den Betriebsrat mit Schreiben vom 23.02.2015 zu der Versetzung an (Bl. 118 d.A.). Sie fügte der Anhörung ein Begründungsschreiben bei, in welchem sie zum einen auf die Weigerung des Teams in E1, mit dem Kläger zusammenzuarbeiten, zum anderen auf eine fehlende Beschäftigungsmöglichkeit als Immobilienkaufmann am Standort E1 abstellte (Bl. 119 d.A.). Der Betriebsrat verweigerte seine Zustimmung zur Versetzung nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG. Zur Begründung verwies er auf Beschäftigungsmöglichkeiten im Team 3456 in E1 (Bl. 58 d.A.). Die Beklagte leitete ein Zustimmungsersetzungsverfahren vor dem Arbeitsgericht Frankfurt a.M. (Az. 10 BV 229/15) ein, welches inzwischen für erledigt erklärt wurde.

34

35

36

37

38

39

| | |
|---|----|
| Mit anwaltlichen Schreiben vom 09.03.2015 forderte der Kläger sie auf, die Weisung bis zum 12.03.2015 zurückzunehmen. Er bezeichnete die Versetzungsmaßnahme als „willkürlich“ und „bloße Maßregelung“ (Bl. 59-60 d.A.). Die Beklagte hielt mit Schreiben vom 12.03.2015 an der Versetzung fest (Bl. 61-62. d.A.). | |
| Dem Betriebsrat wurde unter dem 11.03.2015 die vorläufige Umsetzung der Versetzungsmaßnahme gemäß § 100 BetrVG angezeigt (Bl. 121-122 d.A.). Der Kläger wurde im Schreiben vom 12.03.2015 entsprechend unterrichtet. Der Betriebsrat gab zu der vorläufigen Maßnahme keine Stellungnahme ab. | 41 |
| Der Kläger nahm die Arbeit am Standort C nicht auf. | 42 |
| Am 26.03.2015 mahnte ihn die Beklagte wegen unerlaubten Fernbleibens von der Arbeit schriftlich ab (Bl. 71-72 d.A.). Er wies die Abmahnung mit anwaltlichen Schreiben vom 01.04.2015 zurück (Bl. 69 d.A.). Unter dem 22.04.2015 erging ebenfalls wegen unentschuldigtem Fernbleibens von der Arbeit eine zweite Abmahnung (Bl. 89-90 d.A.). | 43 |
| Mit E-Mail vom 21.05.2015 äußerte der Betriebsrat durch den Vorsitzenden I Bedenken gegen die inzwischen von der Beklagten beabsichtigte Kündigung (Bl. 100 d.A. 17 Sa 1661/15). Er warf der Beklagten vor, gegen das „kollektive Mobbing“ im Team nicht eingeschritten zu sein, und erklärte, den „ständig formulierte[n] Vertrauensverlust“ nicht nachvollziehen zu können. | 44 |
| Mit Schreiben vom 28.05.2015, dem Kläger am selben Tage per Boten zugegangen, sprach die Beklagte die fristlose Kündigung, hilfsweise fristgemäße Kündigung zum 31.12.2015 aus (Bl. 115 d.A.). Das Kündigungsschutzverfahren ist beim LAG Hamm (17 Sa 1661/15) anhängig, nachdem das Arbeitsgericht Dortmund mit Urteil vom 08.09.2015 der Kündigungsschutzklage stattgegeben hat. | 45 |
| Die Beklagte zahlte das Gehalt für den Monat März 2015. Ab April 2015 erfolgten keine Zahlungen mehr. Sie meldete den Kläger bei der Sozialversicherung ab (Bl. 87, 92 d.A.). Er erhielt ab dem 21.04.2015 Zahlungen der Bundesagentur für Arbeit. Wegen der Einzelheiten wird auf den von ihm mit Schriftsatz vom 11.08.2015 vorgelegten Bewilligungsbescheid (Bl.187-190 d.A.) verwiesen. | 46 |
| Mit Schreiben vom 25.04.2015 forderte ihn die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 28.04.2015 zur Rückzahlung der ab dem 16.03.2015 bis zum 31.03.2015 geleisteten Vergütung in Höhe von 1.113,66 € auf (Bl. 181 d.A.). | 47 |
| Mit seiner am 18.03.2015 bei dem Arbeitsgericht Dortmund eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die Wirksamkeit der Versetzungsmaßnahme. Mit Klageerweiterungen vom 07.04.2015 und 23.04.2015 wehrt er sich gegen die erteilten Abmahnungen, begehrt die Vergütung ab April 2015 bis August 2015 und hat seine Anmeldung zur Sozialversicherung verlangt. Gleichzeitig hat er eine negative Feststellungsklage bezüglich der Rückforderung der Beklagten erhoben. | 48 |
| Er hat vorgetragen: | 49 |
| Die Weisung vom 23.02.2015 widerspreche dem Inhalt des Arbeitsvertrages. | 50 |
| Der Vorbehalt aus § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages aus 2001 sei wegen der arbeitsvertraglichen Konkretisierung des Arbeitsplatzes unbeachtlich. | 51 |
| | 52 |

Er sei zudem nicht Bestandteil des aktuellen Arbeitsvertrages vom 25.11.2010 geworden. Es sei für ihn nicht erkennbar gewesen, dass durch die Regelung in § 2 Abs. 1 des Änderungsvertrages auch der Versetzungsvorbehalt aufrechterhalten werden sollte. Die Regelung sei intransparent, da die Beklagte durch die Änderungsverträge zum Ausdruck gebracht habe, den Arbeitsort als wesentlichen Vertragsbestandteil anzusehen, der nur aufgrund eines Änderungsvertrages und nicht aufgrund von Weisung abgeändert werden könne. Die Bestimmung sei insofern widersprüchlich, als sie nicht einerseits individualvertraglich einen Arbeitsort festlegen und andererseits einen generellen Vorbehalt einfügen könne. Selbst bei Geltung des § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 erlaube dieser keine vorübergehende Übertragung eines neuen Aufgabenbereiches, so dass die Weisung zur befristeten Ausübung der Arbeitsleistung am Standort C von der Regelung nicht gedeckt sei.

Die Unwirksamkeit der Weisung ergebe sich auch daraus, dass die gemäß § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 notwendige Anhörung unterblieben sei. Bei dem Gespräch am 28.01.2015 sei eine Versetzung nach C nicht angesprochen worden. Seine Stellungnahmen aus Oktober 2014 könnten für die Versetzungsanweisung vom 23.02.2015 nicht herangezogen werden. Auch seien die Voraussetzungen der Gesamtbetriebsvereinbarung über Mitarbeitergespräch vom 24.02.2010 (Bl. 133-145 d.A. 17 Sa 1661/15) nicht eingehalten worden. 53

Die Unwirksamkeit folge weiter aus der fehlenden Beteiligung des Betriebsrates. Der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebes in C hätte beteiligt werden müssen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der Betriebsrat der Versetzung widersprochen habe. Der Widerspruch beziehe sich auch auf die vorläufige Maßnahme nach § 100 BetrVG. Im Übrigen sei ihm die vorläufige Maßnahme nicht angezeigt worden. 54

Die Weisung stelle eine Diskriminierung und Maßregelung dar. Damit werde der Streit aus dem vorhergehenden Kündigungsschutzprozess über einen angeblichen Arbeitszeitbetrug fortgesetzt. 55

Die Weisung sei unbillig. Seine Interessen seien nicht berücksichtigt worden. Eine Versetzung sei nicht notwendig gewesen. Dies werde durch die Stellungnahme des Betriebsratsvorsitzenden belegt. Das Team habe sich nur teilweise negativ zu einer Zusammenarbeit mit ihm geäußert. An dem Gespräch mit dem Betriebsratsvorsitzenden seien nicht alle Teammitglieder beteiligt gewesen. 56

Eine befristete Versetzung sei nicht zur Herstellung des Betriebsfriedens geeignet. Die Beklagte hätte zudem ihrer Fürsorgepflicht nachkommen und sich schützend vor ihn stellen müssen. Im Übrigen hätten Beschäftigungsmöglichkeiten in E1 bestanden. 57

Die Abmahnungen seien rechtswidrig, weil mangels wirksamer Versetzungsanweisung für ihn keine Pflicht zur Erbringung von Arbeitsleistung ab dem 16.03.2015 in C bestanden habe. 58

Die Beklagte habe sich in Annahmeverzug befunden. Es habe sich um eine unbillige und damit unverbindliche Weisung gehandelt, die von ihm auch nicht vorläufig habe beachtet werden müssen. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers durchbreche nicht die Regelung in § 315 BGB. 59

Deshalb stehe der Beklagten auch kein Rückzahlungsanspruch für die ab dem 16.03.2015 gezahlte Vergütung zu. 60

Der Kläger hat nach teilweiser Klagerücknahme beantragt

- 1. festzustellen, dass die Weisung der Beklagten vom 23.02.2015 unwirksam, hilfsweise ~~663~~ unverbindlich ist; 663
- 2. festzustellen, dass die Abmahnung der Beklagten vom 26.03.2015 unwirksam ist; 64
- 3. festzustellen, dass die weitere Abmahnung der Beklagten vom 22.04.2015 unwirksam ist; 65
- 4. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, die Abmahnungen vom 26.03.2015 und 22.04.2015 aus der Personalakte zu entfernen; 66
- 5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn die ausstehende Vergütung für die Monate April bis August 2015 in Höhe von 20.825,- € brutto abzüglich eines auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenen Anspruchs für den Leistungszeitraum vom 21.04.2015 bis zum 31.08.2015 in Höhe von 6.133,76 € zu zahlen; 67
- 6. die Beklagte zu verurteilen, ihn ab dem 16.04.2015 erneut bei der Sozialversicherung anzumelden. 68

Die Beklagte hat beantragt, 69

die Klage abzuweisen. 70

Widerklagend hat sie beantragt, 71

den Kläger zu verurteilen, an sie 1.113,66 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.04.2015 zu zahlen. 72

Der Kläger hat beantragt, 73

die Widerklage abzuweisen. 74

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Weisung sei wirksam, und hat vorgetragen: 75

Es sei klar gewesen, dass der Arbeitsvertrag aus 2001 Grundlage für die Weisung gewesen sei. Der Versetzungsvorbehalt sei nicht intransparent oder widersprüchlich, sondern entspreche gängiger Praxis und der Bestimmung des § 106 GewO. Die Regelung umfasse auch die Möglichkeit einer befristeten Versetzung. Die Dauer der anderweitigen Aufgabenübertragung sei nicht festgelegt worden und die Klausel diene gerade dem Zweck, auch einen nur vorübergehenden Mehrbedarf an Personal an einem Standort decken zu können. 76

Selbst wenn der vertragliche Versetzungsvorbehalt unwirksam sei, habe ihr ein Weisungsrecht aus § 106 GewO zugestanden. 77

Die Versetzung sei nicht unbillig, sondern aus betrieblichen Gründen notwendig gewesen. Sie sei als einzige Maßnahme geeignet gewesen, den Betriebsfrieden wiederherzustellen. Der Kläger habe wegen der Spannungen im Team RE2345 dort nicht mehr beschäftigt werden können. Das gesamte Team habe sich gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden gegen seine Rückkehr ausgesprochen. Sie habe ihre Fürsorgepflicht gegenüber den anderen Mitarbeitern 78

erfüllen müssen. Eine freie Stelle für einen Immobilienkaufmann in E1 und Umgebung habe es nicht gegeben.

Der Kläger sei ordnungsgemäß angehört worden und habe ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. So sei in dem Gespräch am 28.01.2015 die geplante Versetzung ab Mitte März 2015 bereits bekannt gewesen und angesprochen worden. Der Kläger habe trotz entsprechender Möglichkeit keine Stellung bezogen. Im Übrigen sei dem Anhörungserfordernis mit der Stellungnahme seines Prozessbevollmächtigten vom 08.10.2014 genügt worden. 79

Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß beteiligt worden. Mangels unverzüglicher Reaktion auf die Anzeige der vorläufigen Maßnahme sei von seiner Zustimmung auszugehen. In dem aufnehmenden Betrieb in C existiere kein Betriebsrat. Vielmehr sei seit dem 01.01.2015 der Übergangsbetriebsrat in G für beide Betriebe in E1 und C zuständig. 80

Sie befinde sich nicht im Annahmeverzug. Der Kläger habe der Weisung jedenfalls bis zur gerichtlichen Feststellung ihrer Unverbindlichkeit nachkommen müssen. 81

Er habe grob fahrlässig und böswillig keinen Zwischenverdienst erzielt. Das Angebot der Weiterbeschäftigung in C sei insoweit ausreichend gewesen. 82

Ihr stehe ein Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der Zahlungen ab dem 16.03.2015 bis zum 30.04.2015 zu, da er vertragswidrig seine Arbeitsleistung nicht erbracht habe. 83

Das Arbeitsgericht Dortmund hat der Klage hinsichtlich der Anträge zu 1), 4) und 5) stattgegeben und sie im Übrigen sowie die Widerklage abgewiesen. 84

Es hat ausgeführt: 85

Die Anträge zu 2), 3) und 6) seien unzulässig. 86

Bei Streit um Abmahnungen liege kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis vor. Der hilfsweise geltend gemachte Leistungsantrag zu 4) auf Entfernung der Abmahnungen aus der Personalakte sei vorrangig. 87

Der Antrag zu 6) sei nicht hinreichend bestimmt i.S.v. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es sei unklar, was mit „Sozialversicherung“ gemeint sei. Zudem komme dem Arbeitgeber bei der Anmeldung nur die Funktion eines Zeugen zu. Der Inhalt einer Zeugenaussage könne nicht Gegenstand einer Klage sein. 88

Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Weisung sei zulässig und begründet. 89

Die Versetzung sei wegen Verstoßes gegen den Arbeitsvertrag rechtswidrig. § 106 GewO gelte nur, soweit keine arbeitsvertraglichen Festlegungen vorlägen. § 1 Abs. 1 des Änderungsvertrages vom 25.11.2010 enthalte Festlegungen hinsichtlich des Ortes und des Inhaltes der Arbeit. Als Arbeitsort sei E1 vertraglich bestimmt. 90

Die Versetzungsklausel in § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 sei gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Die Inhaltskontrolle sei eröffnet. Die Klausel gehe über die Bestimmung des § 106 GewO hinaus, da sie keine Weisung nach billigem Ermessen enthalte. Sie stelle eine unangemessene Benachteiligung des Klägers dar, da sie weder im Hinblick auf die Art noch auf den Inhalt der Arbeit die Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen gewährleiste. Die Formulierung gehe ferner zu weit, denn sie 91

umfasse auch die Zuweisung von minderwertiger Arbeit. Eine geltungserhaltende Reduktion der unwirksamen Klausel sei verboten. Eine Aufspaltung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil sei nicht möglich.

Der Antrag zu 4) auf Entfernung der Abmahnungen aus der Personalakte sei begründet, da der Kläger einen Anspruch gemäß §§ 242, 1004 BGB habe. Die Abmahnungen seien rechtswidrig. Wegen der Rechtswidrigkeit der Weisung liege keine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung des Klägers vor. 92

Er habe die Weisung auch nicht bis zur rechtskräftigen Feststellung der Rechtswidrigkeit vorläufig befolgen müssen, weil sie i.S.v. § 315 Abs. 3 BGB unverbindlich gewesen sei. Andernfalls erfolge eine Sanktionierung einer im Ergebnis rechtmäßigen Verweigerung einer unbilligen Weisung. Maßgeblich für die Beurteilung einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung sei die objektive Rechtslage. 93

Der Antrag zu 5) auf Zahlung der Vergütung für die Monate April bis August 2015 sei begründet. Ein Anspruch ergebe sich aus §§ 611 Abs. 1, 615 S. 1 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag. Die Beklagte habe sich im Annahmeverzug befunden. Ein Angebot des Klägers sei nach § 296 BGB entbehrlich gewesen, da sie ihm keinen Arbeitsplatz in E1 zur Verfügung gestellt habe. Er sei i.S.v. § 297 BGB leistungswillig gewesen. 94

Hinsichtlich der Anspruchshöhe gelte das Lohnausfallprinzip. Das erhaltene Arbeitslosengeld sei anzurechnen. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger böswillig keinen Erwerb erzielt habe, seien nicht ersichtlich. 95

Der Widerklageantrag sei unbegründet. Ein Rückzahlungsanspruch bestehe nicht aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, da die Zahlung mit Rechtsgrund erfolgt sei. 96

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Urteils wird auf Blatt 217-230 d.A. Bezug genommen. 97

Gegen das ihr am 13.10.2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 10.11.2015 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 13.01.2016 am 13.01.2016 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend begründet. 98

Sie rügt das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts als fehlerhaft, soweit es den Anträgen des Klägers stattgegeben und die Widerklage abgewiesen hat, und trägt vor: 99

Die Versetzungsanweisung vom 23.02.2015 sei rechtmäßig. 100

E1 sei nicht als fester, unveränderlicher Arbeitsort festgelegt worden. § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 sei von dem Änderungsvertrag vom 25.11.2010 in Bezug genommen worden und Bestandteil des Änderungsvertrages geworden. Anlass für den Abschluss des Änderungsvertrages sei nicht die Festlegung des Arbeitsortes, sondern die Änderung der Tätigkeit des Klägers gewesen. Eine verbindliche und unabänderliche Festlegung eines Arbeitsortes, die für eine Weisung nach § 106 GewO keinen Raum mehr lasse, sei nicht gewollt gewesen. Es handle sich um eine rein deklaratorische Bestimmung. Im Rahmen einer durchzuführenden Gesamtbetrachtung ergebe sich, dass sie sich die Option habe offen halten wollen, den Kläger mit anderen Aufgaben an anderen Orten zu betrauen. Eine solche Gestaltung sei üblich. Sie sei nach den Vorschriften des NachwG zur Angabe eines Arbeitsortes verpflichtet gewesen. 101

- Die Versetzungsklausel verstoße nicht gegen § 307 Abs. 1 BGB. Die Interessen des Klägers seien durch die Formulierung „entsprechend seiner Leistung und seinen Fähigkeiten“ hinreichend gewahrt. 102
- Eine Einschränkung des Weisungsrechts ergebe sich auch nicht aus § 4 des Tarifvertrages vom 14.10.1998. Aus diesem folge ebenfalls ein Versetzungsrecht. § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 stehe mit dieser Regelung in Einklang. Die tarifliche Regelung sei nicht nach den §§ 307ff. BGB überprüfbar 103
- . 104
- Die Weisung entspreche billigem Ermessen i.S. des § 106 GewO Im Rahmen einer Interessenabwägung sei auf ihrer Seiten zu berücksichtigen, dass eine Tätigkeit des Klägers in seinem alten Team aufgrund der verweigernden Haltung der anderen Mitarbeiter nicht möglich und keine Stelle am Standort E1 vakant gewesen sei. Die befristete Versetzung sei angemessen und sachgerecht. Anhaltspunkte für eine Unzumutbarkeit seien nicht ersichtlich, zumal dem Kläger die Erstattung der doppelten Haushaltskosten angeboten worden sei. Eine andere Beschäftigungsmöglichkeit habe nicht bestanden. Eine Rückkehr in das alte Team sei nicht möglich. Die Unstimmigkeiten im Team resultierten nicht aus dem Kündigungsschutzprozess, sondern aus dem Arbeitsverhalten des Klägers. Eine Konfliktlösung unter Mitwirkung des Betriebsratsvorsitzenden habe sie nicht erzielen können. Die vorübergehende Versetzung habe Ruhe in das Team bringen sollen. Im Bedarfsfalle wäre eine Verlängerung der Versetzung möglich gewesen. 105
- Der Kläger sei ordnungsgemäß angehört worden. Dabei sei auf die Stellungnahme in der E-Mail seines Prozessbevollmächtigten vom 08.10.2014 sowie auf die Möglichkeit der Stellungnahme im Rahmen des Gespräches vom 28.01.2015 abzustellen. 106
- Die Weisung verstoße nicht gegen die Gesamtbetriebsvereinbarung vom 24.02.2010, welche sich nur auf Mitarbeitergespräche zur Förderung der Mitarbeiter, nicht aber auf Versetzungen beziehe. 107
- Das Mitbestimmungsverfahren sei ordnungsgemäß durchgeführt worden. Durch Vereinbarung vom 12.12.2014 mit dem Gesamtbetriebsrat sei der angehörte Betriebsrat des regionalen Betriebs West als Übergangsbetriebsrat für die Sparte REM festgelegt worden. Am 18.06.2015 sei ein Spartenbetriebsrat für den seit dem 01.01.2015 existierenden Spartenbetrieb REM neu gewählt worden. Aus der Anlage 2 des Zuordnungstarifvertrags vom 22.01.2015 (Bl.344 d. A.) ergebe sich die Zuständigkeit des Betriebsrats am Standort G der Sparte REM für alle Betriebsteile und Nebenbetriebe dieser Sparte. 108
- Die Abmahnungen seien angesichts der Rechtmäßigkeit der Weisung zu Recht erfolgt. Selbst bei einer unbilligen Versetzungsmaßnahme habe der Kläger seine Arbeitspflicht verletzt. Dies ergebe sich aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22.02.2012, wonach eine unbillige Weisung nicht nichtig, sondern allenfalls nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich sei. 109
- Der Kläger habe keinen Anspruch auf Zahlung von Annahmeverzugslohn. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs lägen mangels Leistungswillens nicht vor. Jedenfalls müsse er sich die durch die Nichtaufnahme der Tätigkeit in C entgangene Vergütung gemäß § 615 Satz 2 BGB anrechnen lassen. Ein böswilliges Unterlassen eines Erwerbs i.S.v. § 615 Satz 2 BGB könne auch vorliegen, wenn der Arbeitnehmer eine vertraglich nicht geschuldete Arbeitsleistung ablehne, die der Arbeitgeber aufgrund eines Arbeitsverhältnisses verlange. 110

| | |
|--|-----|
| Sie habe deshalb auch einen Anspruch auf Rückzahlung der für die Zeit vom 16.03.2015 bis zum 31.03.2015 gezahlten Vergütung in Höhe von 1.113,66 € nebst Zinsen. | 111 |
| Die Beklagte beantragt, | 112 |
| unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Dortmund, Az. 7 Ca 1224/15 | 113 |
| 1. die Klage abzuweisen; | 114 |
| 2. den Kläger zu verurteilen, an sie 1.113,66 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.04.2015 zu zahlen. | 115 |
| Der Kläger beantragt, | 116 |
| die Berufung zurückzuweisen mit der Maßgabe, dass der Feststellungsantrag zu 1) wie folgt klargestellt wird: | 117 |
| festzustellen, dass er nicht verpflichtet war, in der Zeit vom 16.03.2016 – 30.09.2016 seine Arbeitsleistung gemäß Weisung der Beklagten vom 23.02.2015 im Team RE1234, Team E/Archiv am Standort C zu erbringen. | 118 |
| Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend und führt aus: | 119 |
| Die Weisung verstoße gegen die arbeitsvertraglichen Bestimmungen, welche Vorrang vor § 106 GewO hätten. Für die Frage des Arbeitsortes sei der Änderungsvertrag vom 25.11.2010 und nicht der ursprüngliche Arbeitsvertrag vom 02.02.2001 maßgeblich. Der Änderungsvertrag sei ausschließlich zur Festlegung des Arbeitsortes abgeschlossen worden. Die Formulierung in § 2 Abs. 1 des Änderungsvertrages „Alle übrigen Bestimmungen des Arbeitsvertrags bleiben unberührt“ habe er nur so verstehen können, dass sie sich nicht auf den Arbeitsort bezogen habe. Die Formulierung sei unklar. | 120 |
| Jedenfalls sei aus dem Arbeitsvertrag vom 02.02.2001 kein Weisungsrecht der Beklagten herzuleiten. Ihr habe über den allgemeinen Vorbehalt in § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 nicht das Recht eingeräumt werden sollen, die Festlegung des Arbeitsortes in § 1 Abs. 1 des Änderungsvertrages vom 25.11.2010 einseitig aufheben zu können. § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 könne nur dahin verstanden werden, dass Änderungen einer vertraglichen Regelung bedürften. Diese Auslegung sei auch von der Beklagten angenommen worden, da ansonsten kein Bedürfnis für den Abschluss der nachfolgenden Änderungsverträge bestanden hätte. Zudem sei § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 zu unbestimmt. Aus dem Wortlaut ergebe sich nicht, dass auch vorläufige oder befristete Maßnahmen von dem Vorbehalt erfasst würden, so dass nur dauerhafte Übertragungen gemeint seien. | 121 |
| Darüber hinaus sei § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 deshalb unwirksam, weil die Regelung die Arbeitnehmerinteressen nicht hinreichend berücksichtige. | 122 |
| Die Weisung entspreche nicht billigem Ermessen. Sie sei darauf angelegt, das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund im Kündigungsschutzprozess zu unterlaufen, ihn zu diskriminieren und zu maßregeln. Eine Störung des Betriebsfriedens sei nicht ausreichend dargelegt worden. Es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die Versetzung angesichts der Befristung auf sechs Monate zur Herstellung des Betriebsfriedens geeignet gewesen sein sollte. | 123 |
| Die Weisung sei auch aufgrund von Verfahrensverstößen unwirksam. | 124 |

| | |
|---|-----|
| Er sei nicht angehört worden. Erörterungen zu seiner Versetzung in 2014 seien unerheblich. Sie seien zeitlich überholt und außer Kraft gesetzt. Die Notwendigkeit einer erneuten Anhörung sei auch daran zu erkennen, dass der Betriebsrat in 2015 beteiligt worden sei und die Beklagte eine neue Versetzungsanweisung erteilt habe. Im Gespräch vom 28.01.2015 sei er nicht angehört worden. Ihm sei lediglich erklärt worden, dass er mit benachteiligenden Maßnahmen rechnen müsse. | 125 |
| Das Verfahren aus der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 24.02.2010, welche ebenfalls eine Anhörung der Arbeitnehmer vorsehe, sei nicht eingehalten worden. | 126 |
| Die Beklagte habe auch nicht § 4 des Tarifvertrages beachtet, welcher eine Abwägung und eine Auswahlentscheidung vorschreibe. | 127 |
| Es fehle weiter an einer ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrates. Sowohl der abgebende als auch der aufnehmende Betriebsrat hätten mitbestimmen müssen. Eine Entscheidung des Betriebsrates sei angesichts des Umstands, dass das Beteiligungsschreiben dasselbe Datum wie die Weisung ausweise, nicht abgewartet worden. | 128 |
| Die Abmahnungen seien unwirksam. Er habe die Weisung nicht vorläufig befolgen müssen, da sie nicht nur unbillig, sondern aus sonstigen Gründen unwirksam sei. In diesem Fall bestehe nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 22.02.2012 keine vorläufige Bindung. | 129 |
| Er habe Anspruch auf Annahmeverzugslohn. Eine böswillige Unterlassung anderweitigen Erwerbs könne ihm nicht unterstellt werden, da die Tätigkeit in C unzumutbar gewesen sei. Eine Notlage der Beklagten, die einen vorübergehenden Einsatz gefordert hätte, habe nicht vorgelegen. Auch sei keine Auswahlentscheidung im Vergleich mit anderen Arbeitnehmern getroffen worden. | 130 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen. | 131 |
| Das Berufungsgericht hat die Akten 15 Sa 169/14 – Landesarbeitsgericht Hamm - beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. | 132 |
| <u>Entscheidungsgründe</u> | 133 |
| A. | 134 |
| Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 08.09.2015 ist zulässig. Sie ist gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 2 b) ArbGG an sich statthaft und gemäß §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. | 135 |
| B. | 136 |
| Sie ist aber unbegründet. Zu Recht hat das erstinstanzliche Gericht der Klage hinsichtlich der Anträge zu 1), 4) und 5) stattgegeben. | 137 |
| I. | 138 |
| 1. | 139 |
| | 140 |

Der Feststellungsantrag zu 1) ist zulässig.

- a.** 141
- Die Klarstellung des Klägers in der Berufungsinstanz enthält hinsichtlich des angegebenen Zeitraums ein offenkundiges Versehen und ist entsprechend dahin zu verstehen, dass er die Feststellung bezogen auf seine Arbeitspflicht in C in der Zeit vom 16.03.2015 – 30.09.2015 begehrt. 142
- b.** 143
- Der Feststellungsantrag ist nach § 256 Abs. 1 ZPO unzulässig. 144
- Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Das besondere Feststellungsinteresse muss als Sachurteilsvoraussetzung in jeder Lage des Verfahrens gegeben sein und ist von Amts wegen zu prüfen (BAG 17.10.2007 – 4 AZR 1005/06, Rdnr. 14, NZA 2008, 713). 145
- Die Weisung der Beklagten bezieht sich auf einen abgeschlossenen Zeitraum in der Vergangenheit. Für eine vergangenheitsbezogene Feststellungsklage ist es notwendig, dass sich die Rechtsfolgen noch auf die Gegenwart und Zukunft auswirken. Das Feststellungsinteresse fehlt, wenn dem Arbeitnehmer ein einfacherer Weg zur Verfügung steht, um sein Ziel zu erreichen (BAG 16.11.2011 – 4 AZR 839/09, Rdnr. 23, 24). Das gilt insbesondere dann, wenn der Kläger gleichzeitig eine Leistungsklage erhebt, mit der alle denkbaren Ansprüche aus dem streitigen Rechtsverhältnis erfasst sind (BAG 17.10.2007 – 4 AZR 1005/06, Rdnr. 18, NZA 2008, 713). 146
- Der Kläger hat neben dem Feststellungsantrag bezüglich der Abmahnungen und der Annahmeverzugslohnansprüche Leistungsanträge gestellt und die auf der Weigerung, die Arbeit in C aufzunehmen, beruhende Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Kündigungsschutzklage angegriffen. Die Rechtsfolgen der Weisung werden im Rahmen dieser Leistungsanträge und des Kündigungsschutzantrags abschließend erfasst. 147
- c.** 148
- Der Feststellungsantrag ist jedoch als Zwischenfeststellungsantrag nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. 149
- Nach § 256 Abs. 2 ZPO kann der Kläger zugleich mit der Hauptklage auf Feststellung eines die Entscheidung bedingenden, vorgreiflichen Rechtsverhältnisses klagen. Damit wird ein Element aus der Gesamtentscheidung verselbständigt und mit eigener Rechtskraft versehen. Grund hierfür ist die Eignung dieses Elements, über den konkreten Einzelfall hinaus, der mit der Hauptklage entschieden wird, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für mögliche Folgestreitigkeiten herzustellen. Eine Zwischenfeststellungsklage bedingt daher, dass die Frage nach dem Bestehen des entsprechenden Rechtsverhältnisses notwendig auch bei der Entscheidung über den Hauptantrag beantwortet werden muss, aber darüber hinaus auch für andere denkbare Folgestreitigkeiten Bedeutung haben kann. Diese Vorgreiflichkeit ersetzt die ansonsten notwendige Voraussetzung eines Feststellungsinteresses (BAG, 17.10.2007 – 4 AZR 1005/06, Rdnr. 20, NZA 2008, 713). Die Zwischenfeststellungsklage ist auch dann zulässig, wenn mit der Hauptklage mehrere selbstständige Ansprüche aus demselben 150

Rechtsverhältnis verfolgt werden, mögen sie auch in ihrer Gesamtheit die Ansprüche erschöpfen, die sich aus ihm überhaupt ergeben können, weil in allen Fällen Teilurteile ergehen könnten und deshalb die Entscheidung über das zugrunde liegende Rechtsverhältnis Bedeutung für nachfolgende Teilurteile und für das Schlussurteil haben könnte (BGH 13.10.1967 – V ZR 83/66, Rdnr. 25, MDR 1968, 36; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 256 ZPO Rdnr. 26).

Die begehrte Feststellung, ob der Kläger die Arbeitsleistung in C erbringen musste, ist voregreiflich für seine weiteren, in diesem Verfahren anhängigen Sachanträge. Von der Feststellung hängen die Ansprüche auf Entfernung der Abmahnung und die Zahlungspflicht des Annahmeverzugslohns ab. Darüber hinaus ist die Feststellung auch maßgeblich für den anhängigen Rechtsstreit über die außerordentliche Kündigung vom 28.05.2015, wobei allerdings bei der Frage nach der Voregreiflichkeit nur auf Sachanträge in dem Verfahren abzustellen ist, in dem die Zwischenfeststellungsklage erhoben wird (BAG 03.09.1997 – 5 AZR 543/96, Rdnr.12). 151

2. 152

Der Feststellungsantrag ist begründet. Der Kläger war nicht verpflichtet, in der Zeit vom 16.03.2015 bis 30.09.2015 seine Arbeitsleistung gemäß der Weisung der Beklagten vom 23.02.2015 am Standort C zu erbringen. 153

a. 154

Die Beklagte hat ein uneingeschränktes Direktionsrecht nach Maßgabe des § 106 Satz 1 GewO hinsichtlich des Arbeitsortes des Klägers. 155

Gemäß § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. 156

aa. 157

Das Weisungsrecht aus § 106 Satz 1 GewO hinsichtlich des Arbeitsortes wird nicht durch die arbeitsvertraglichen Regelungen beschränkt. 158

(1) 159

Eine Einschränkung des Weisungsrechtes durch Konkretisierung des Arbeitsortes liegt nicht vor. Die Versetzung an einen anderen Ort kraft Ausübung des Direktionsrechts ist nicht möglich, wenn sich die Arbeitspflicht durch die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers auf eine fest umrissene Tätigkeit konkretisiert hat (LAG Köln, 03.11.1983 – 3 Sa 915/83 ArbuR 1984, 285). 160

Konkretisierung bedeutet, dass sich die inhaltlich, zeitlich und/oder örtlich unveränderte Zuweisung einer Tätigkeit nach längerer Zeit dahin auswirken kann, dass sie als arbeitsvertragliche Festlegung wirkt. Dazu gehört jedoch nicht nur der bloße Zeitablauf, selbst wenn er mehrere Jahrzehnte ausmacht. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich ausnahmsweise ergibt, dass der Arbeitnehmer nicht mehr in anderer Weise eingesetzt werden soll (BAG 11.04.2006 – 9 AZR 557/05, Rdnr.47, NJW 2006, 3303). Der Maßstab für die Annahme einer Konkretisierung ist streng. Besondere Umstände müssen als Ausdruck eines entsprechenden Bindungswillens des Arbeitgebers aufzufassen sein (BAG 161

13.03.2007 – 9 AZR 433/06, Rdnr. 50 f., AP Nr. 26 zu § 307 BGB; MünchArbR/Reichold, 3. Aufl., § 36 Rdnr. 16; Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Auflage, § 106 GewO Rdnr. 24). In der Regel kann nicht von einer Konkretisierung der Tätigkeit durch schlüssiges Verhalten des Arbeitgebers mit der Folge ausgegangen werden, dass der Arbeitgeber sein Direktionsrecht aufgibt (LAG Schleswig-Holstein 12.02.2002 – 5 Sa 409 c/01, Rdnr. 27, DB 2002, 1056).

Der Kläger war nach dem Arbeitsvertrag vom 02.02.2001 zunächst im Service Center Nord in N beschäftigt. Erst seit Abschluss des ersten Änderungsvertrages mit der Beklagten vom 21.12.2009 ist er am Standort E1 beschäftigt. Insofern ist bereits zweifelhaft, ob die Beschäftigungszeit in E1 von ca. 5 Jahren und 2 Monaten für eine Konkretisierung ausreicht. Besondere Umstände, die auf einen entsprechenden Bindungswillen der Beklagten schließen lassen, sie wolle ihn ausschließlich in E1 beschäftigen, sind nicht vorgetragen.

(2) 163

Bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Versetzung ist zunächst durch Auslegung der Inhalt der vertraglichen Regelungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Festzustellen ist, ob ein bestimmter Tätigkeitsinhalt und Tätigkeitsort vertraglich festgelegt sind und welchen Inhalt ein ggf. vereinbarter Versetzungsvorbehalt hat (BAG 19.01.2011 – 10 AZR 738/09, Rdnr. 12, DB 2011, 1056).

§ 1 Abs. 1 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 hat ursprünglich bestimmt, dass der Kläger als Immobilienkaufmann in N beschäftigt wird. Mit Änderungsvertrag vom 21.12.2009 änderten die Parteien Arbeitsinhalt – Assistent KFM – und Arbeitsort – E1. Mit Vertrag vom 10.03.2010 erfolgte ein Einsatz des Klägers unverändert in E1, allerdings als Assistent KFM im Bereich RE3456. Der zuletzt abgeschlossene Änderungsvertrag vom 25.11.2010 enthält eine neue Vereinbarung dahin, dass er in E1 als Immobilienkaufmann im Bereich Corporate and Public im Team RE3300 beschäftigt werden sollte. Gemäß § 2 Abs. 1 des Änderungsvertrages vom 25.11.2010 sollten die übrigen Bestimmungen des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 jedoch unberührt bleiben. § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 enthält eine Vorbehaltsklausel.

(a) 166

Die Bestimmung von Arbeitsort und -inhalt in § 1 Abs. 1 des Änderungsvertrages vom 25.11.2010 kann als konstitutive Vereinbarung ausgelegt werden.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es sich bei den arbeitsvertraglichen Klauseln in dem Änderungsvertrag sowie in dem Ausgangsvertrag aus 2001 um Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB handelt. Die Feststellungen des Arbeitsgerichtes wurden insoweit nicht angegriffen. Selbst wenn sie nicht in einer Vielzahl von Verträgen der Beklagten mit Arbeitnehmern verwendet werden, gilt § 310 Abs.3 BGB, da die Beklagte die Vertragsbedingungen gestellt hat.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Ausgangspunkt für die nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist der Wortlaut eines

Formularvertrags nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss. Für das Auslegungsergebnis von Bedeutung sind ferner der von den Vertragsparteien verfolgte Regelungszweck sowie die der jeweils anderen Seite erkennbare Interessenlage der Beteiligten (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 512/13, Rdnr.39, 40, DB 2015, 1105; 25.08.2010 – 10 AZR 275/09, Rdnr. 19, NZA 2010, 1355).

(aa) 170

Die Parteien haben in § 2 des Änderungsvertrags vom 25.11.2010 auf die durch die Änderung nicht berührten Vereinbarungen in dem Arbeitsvertrag vom 02.02.2001, damit auch auf die Regelung des Weisungsrechts der Beklagten in § 1 Nr.2 Bezug genommen. 171

Regelmäßig bedeutet die Bestimmung eines Arbeitsortes in Kombination mit einer vorbehaltenen Versetzung innerhalb des gesamten Unternehmens nicht, dass der Ort der Arbeitsleistung auf die vertragliche Festlegung beschränkt ist. Das Zusammenspiel der Vereinbarungen verhindert die Beschränkung auf einen bestimmten Ort (BAG, 13.04.2010 – 9 AZR 36/09, Rdnr. 27, AP Nr. 45 zu § 307 BGB). Dadurch wird lediglich klargestellt, dass § 106 Satz 1 GewO gelten und eine Versetzungsbefugnis an andere Arbeitsorte bestehen soll (BAG 28.08.2013 – 10 AZR 569/12, Rdnr. 19, AP Nr. 26 zu § 106 GewO). 172

(bb) 173

Für eine Auslegung als konstitutive Festlegung des Arbeitsortes in § 1 Abs. 1 des Änderungsvertrages vom 25.11.2010 spricht, dass die Parteien in den letzten Änderungsvertrag zum ursprünglichen Arbeitsvertrag die geschuldete Arbeitsleistung und den Arbeitsort, sogar die Zuordnung zu einem bestimmten Team am Arbeitsort ausdrücklich aufgenommen haben. Durch die schriftliche Fixierung kommt zum Ausdruck, dass sie den abgeänderten Arbeitsbedingungen eine besondere Bedeutung beimessen. Sie haben nicht nur eine Vereinbarung zum Arbeitsinhalt getroffen, wobei die Zuweisung zu einem bestimmten Team sowohl Arbeitsort als auch –inhalt kennzeichnet. 174

Auch die Begleitumstände sprechen für eine Auslegung als konstitutive Festlegung. Die Parteien haben bei jeder Änderung hinsichtlich des Arbeitsortes und des Arbeitsinhalts Änderungsverträge abgeschlossen, mit denen § 1 Abs.1 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001, also die Vereinbarung über „Art und Ort der Beschäftigung“, abgeändert wurde. Der Aufbau ist in allen Änderungsverträgen gleich. § 1 benennt jeweils sowohl die Beschäftigungsart als auch den Beschäftigungsort des Klägers. Eine Veränderung bezogen auf den Ort oder Inhalt der Arbeitsleistung in einer anderen Form, etwa durch mündliche oder schriftliche Weisung, hat die Beklagte im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses nicht vorgenommen. Diese Praxis spricht dafür, dass die Parteien ihre schriftlichen Regelungen zum Leistungsort und –inhalt als konstitutiv betrachteten. 175

§ 1 Abs. 1 des Änderungsvertrages vom 25.11.2010 unterliegt als Hauptabrede nicht der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern lediglich der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (BAG 19.01.2011 – 10 AZR 738/09, Rdnr. 16, BB 2011, 1468). Anhaltspunkte für eine Intransparenz der Regelung sind nicht ersichtlich. 176

Ist der Arbeitsort wie hier vertraglich festgelegt worden, kann er grundsätzlich nicht durch Weisung des Arbeitgebers nach § 106 GewO geändert werden. 177

| | |
|--|-----|
| (b) | 178 |
| Das Weisungsrecht ist jedoch durch den Versetzungsvorbehalt in § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 i.V.m. § 2 Abs. 1 des Änderungsvertrages vom 25.11.2010 mit dem Inhalt des § 106 GewO erweitert worden. | 179 |
| (aa) | 180 |
| Der Versetzungsvorbehalt aus § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 ist über § 2 Abs. 1 des Änderungsvertrages vom 25.11.2010. wirksam in den Arbeitsvertrag einbezogen worden | 181 |
| Es liegt keine überraschende Klausel i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB vor. Obwohl § 310 Abs.3 Nr.2 BGB die Vorschrift nicht in Bezug nimmt, gilt das Überraschungsverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch bei AGB-Klauseln i.S.d. § 310 Abs.3 BGB (MüKoBGB/Basedow, 7.Auflage, § 310 BGB Rdnr.98; BeckOK/Becker, BGB, § 310 BGB, Rdnr.18). | 182 |
| Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat überraschenden Charakter im Sinne dieser Vorschrift, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser den Umständen nach vernünftigerweise nicht mit ihr zu rechnen braucht. Überraschenden Klauseln muss ein „Überrumpelungs- und Übertölpelungseffekt“ innewohnen. Zwischen den durch die Umstände bei Vertragsschluss begründeten Erwartungen und dem tatsächlichen Vertragsinhalt muss ein deutlicher Widerspruch bestehen. Die berechtigten Erwartungen des Vertragspartners bestimmen sich nach den konkreten Umständen bei Vertragsschluss ebenso wie nach der Gestaltung des Arbeitsvertrages, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild. So kann der ungewöhnliche äußere Zuschnitt einer Klausel oder ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle die Bestimmung zu einer ungewöhnlichen und damit überraschenden Klausel machen. Im Einzelfall kann der Verwender gehalten sein, auf die Klausel besonders hinzuweisen oder sie drucktechnisch hervorzuheben (BAG 19.01.2011 – 10 AZR 738/09, Rdnr. 22, BB 2011, 1468). | 183 |
| Es ergibt sich kein Überrumpelungseffekt daraus, dass der Kläger hinsichtlich des Versetzungsvorbehaltes auf den Vertrag vom 02.02.2001 zurückgreifen muss. Der Rückgriff auf den Arbeitsvertrag vom 02.02.2001 ist hier bereits aufgrund der äußeren Gestaltung erkennbar. Der Vertrag vom 25.11.2010 ist als „Änderungsvertrag zum Arbeitsvertrag“ überschrieben. Die Vereinbarungen wurden ausdrücklich „in Abänderung des bestehenden Arbeitsvertrages“ getroffen. § 1 ist mit „Änderung des Arbeitsvertrages“ in Fettdruck überschrieben, so dass die konkreten Abänderungen eindeutig erkennbar sind. Die Bezugnahme auf die übrigen nicht berührten Bestimmungen des ursprünglichen Arbeitsvertrages ist in der ersten Nummer unter § 2 „Schlussbestimmungen“ - einziger weiterer Paragraph in dem Änderungsvertrag neben der Abänderungsklausel - nicht an einem versteckten Ort angeführt. Im Übrigen folgt bereits aus der lediglich beschränkten Änderung in § 1, dass der alte Arbeitsvertrag hinsichtlich der nicht veränderten Regelungen weitergelten sollte. Ein „Zusammensuchen“ der anzuwendenden Vertragsbedingungen geht mit dieser Gestaltung nicht einher. Für den Empfänger kommt klar zum Ausdruck, dass der Arbeitsvertrag aus 2001 das „Grundwerk“ bildet und lediglich die jeweiligen Änderungen des zuletzt abgeschlossenen Änderungsvertrages, hier des Vertrages vom 25.11.2010, „hineinzulesen“ sind. Die Änderungen bauen aufeinander auf. Bereits die vorgehenden | 184 |

Änderungsverträge, in denen jeweils Änderungen in Bezug auf Arbeitsort und/oder -inhalt vereinbart wurden, beinhalteten einen Verweis auf den Vertrag aus 2001, so dass immer klar war, dass der ursprüngliche Vertrag hinsichtlich der übrigen Bestimmungen weitergelten sollte.

Der Versetzungsvorbehalt selbst befindet sich auch nicht an einer überraschenden Stelle in dem Arbeitsvertrag vom 02.02.2001. Er folgt unmittelbar auf die Klausel, die Bestimmungen zum Arbeitsort und zur Tätigkeit enthält. 185

(bb) 186

Er erfasst auch die nur vorübergehende Versetzung. 187

Die Klausel räumt der Beklagten das Recht ein, dem Kläger andere Tätigkeiten zu übertragen. Sie greift explizit auf, dass mit der Übertragung unter Umständen auch eine Veränderung des Arbeitsortes einhergehen kann. 188

Der Wortlaut des § 1 Abs. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags aus 2001 verhält sich nicht ausdrücklich zur zeitlichen Ausgestaltung der Versetzung. In der Klausel wurde die Formulierung „Übertragung“ gewählt. Diese schließt vom Wortsinn nicht per se einen nur befristeten Einsatz an einem anderen Ort oder Bereich aus. „Übertragen“ werden auch zeitlich begrenzte Tätigkeiten. Nach dem objektiven Empfängerhorizont impliziert die Regelung nicht nur Versetzungen auf Dauer (zum Begriff „Zuweisung“ vgl. BAG 11.04.2006 – 9 AZR 557/05, Rdnr. 24 f., AP Nr. 17 zu § 307 BGB). 189

Daneben spricht auch der Zweck der Regelung für dieses Verständnis. Der Arbeitgeber will mit der Vereinbarung eines Versetzungsvorbehaltes Flexibilisierungs- und Anpassungsmöglichkeiten erreichen. Ausgehend von dieser Intention ist für den Arbeitnehmer erkennbar, dass sich der Arbeitgeber durch eine solche Vertragsregelung nicht nur dauerhafte, sondern im Bedarfsfalle auch temporäre Versetzungen offenhalten will. 190

(cc) 191

Der Versetzungsvorbehalt ist nach §§ 305ff. BGB wirksam. 192

(cc.1) 193

Die am 01.01.2002 in Kraft getretenen Regelungen der §§ 305ff. BGB sind auf die am 02.02.2001 vereinbarte Versetzungsklausel anwendbar. Auch Altklauseln sind nach ihrer Maßgabe zu überprüfen. Gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB gilt seit dem 01.01.2003 das BGB für Dauerschuldverhältnisse in der neuen Fassung. 194

(cc.2) 195

Die Klausel ist nicht gemäß § 308 Nr.4 BGB unwirksam, da die Vorschrift nur einseitige Bestimmungen hinsichtlich der Leistungen des Verwenders erfasst (BAG 13.03.2007 – 9 AZR 433/06, Rdnr. 37, AP Nr.26 zu § 307 BGB). 196

(cc.3) 197

Sie enthält keine unangemessene Benachteiligung des Klägers i.S.d. § 307 Abs.1 Satz 1 BGB. Sie weicht nicht von dem Regelungsgehalt des § 106 GewO ab. 198

199

| | |
|---|-----|
| Nach der Vertragsklausel ist die Beklagte berechtigt, dem Kläger u.U. unter Veränderung des Arbeitsortes andere Tätigkeiten entsprechend seinen Kenntnissen und Fähigkeiten zuzuweisen. | |
| Bedenken könnten bestehen, weil die Vertragsregelung anders als § 106 GewO nicht ausdrücklich eine Interessenabwägung nach billigem Ermessen fordert. Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind. | 200 |
| Das Direktionsrecht steht der Beklagten jedoch nur unter dem Vorbehalt der Beachtung auch der Interessen des Klägers zu. Das ergibt die Auslegung der vertraglichen Regelung. | 201 |
| Die Zuweisung darf nur entsprechend seinen Kenntnissen und Fähigkeiten erfolgen. Somit kann sich die Beklagte nicht ausschließlich von ihren eigenen Interessen leiten lassen. Sie hat einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen beider Vertragspartner herbeizuführen (vgl. zur Zuweisungsklausel „nach Leistungen und Fähigkeiten“ BAG 13.03.2007 a.a.O. Rdnr. 41). Hier haben die Parteien darüber hinaus eine Verfahrensregelung vereinbart, die sicherstellt, dass die Beklagte die Interessen des Klägers zur Kenntnis nimmt. Er ist nämlich vor der Ausübung des Weisungsrechts anzuhören. | 202 |
| Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Arbeitsrechts, § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB, sind Weisungsklauseln als Instrumente der Flexibilisierung und Anpassung an geänderte Verhältnisse nicht grundsätzlich unangemessen, zumal der Arbeitnehmer im Falle einer betriebsbedingten Kündigung für die ihm abverlangte Flexibilität einen größeren Schutz bei der Sozialauswahl erlangt (BAG 13.03.2007 a.a.O. Rdnr. 41, 42). | 203 |
| Die Klausel ist auch nicht deshalb unangemessen benachteiligend, weil sie die Zuweisung einer geringwertigeren Tätigkeit nicht ausschließt. Hat sich der Arbeitgeber vorbehalten, dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz mit einer geringwertigeren Tätigkeit zuzuweisen, so liegt ein so schwerwiegender Eingriff in den Inhaltsschutz des Arbeitsverhältnisses vor, dass von einer Unvereinbarkeit i.S.d. § 307 Abs.2 Nr.1 BGB auszugehen ist (BAG 09.05.2006 – 9 AZR 424/05, Rdnr. 23, NZA 2007, 145). Eine Klausel, die die Gleichwertigkeit der übertragenen Tätigkeit voraussetzt, stellt keine Abweichung von § 106 Satz 1 GewO dar (BAG 13.04.2010 – 9 AZR 36/09, Rdnr. 24 ff., AP Nr. 45 zu § 307 BGB; BAG 13.03.2007 a.a.O. Rdnr. 41). | 204 |
| Das Erfordernis der Gleichwertigkeit ist vorliegend erfüllt. Durch die Beschränkung auf Tätigkeiten, die den Kenntnissen und Fähigkeiten des Arbeitnehmers entsprechen, wird sichergestellt, dass der Arbeitgeber seinen Ermessenspielraum so auszuüben hat, dass er den Arbeitnehmer nicht auf eine seinen Kenntnissen und Fähigkeiten nicht gerecht werdende Stelle versetzen kann. Für einen objektiven Empfänger ergibt sich, dass er insbesondere keine Tätigkeiten übertragen darf, die auch mit geringerer Qualifikation ausgeübt werden können. | 205 |
| Die Berücksichtigung der Interessen des Klägers ist nicht fakultativ ausgestaltet, sondern muss zwingend erfolgen (anders insofern: BAG 09.05.2006 – 9 AZR 424/05, Rdnr. 2, 20, BAGE 118, 184; LAG Hamm 06.11.2007 – 14 SaGa 39/07 – Rdnr. 48). | 206 |
| (cc.4) | 207 |
| Die Klausel in § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 verstößt nicht gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. | 208 |
| | 209 |

Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen so weit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Auch einseitige Bestimmungsvorbehalte können nur hingenommen werden, soweit sie bei unsicherer Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig sind und den Anlass, aus dem das Bestimmungsrecht entsteht, sowie die Richtlinien und Grenzen seiner Ausübung möglichst konkret angeben (BAG 11.04.2006 – 9 AZR 557/05, Rdnr. 40, AP Nr. 17 zu § 307 BGB).

Dass § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 keine Vorgaben zu Anketidungsfristen, maximalen Entfernungen und möglichen Anlassgründen für eine Versetzung enthält, ist unschädlich. Versetzungsklauseln müssen keine Anketidungsfristen oder Angaben zu einem zulässigen Entfernungsradius enthalten. Andernfalls könnte dem spezifischen Anpassungs- und Flexibilisierungsbedürfnis, dem sie gerade dienen sollen, nicht Rechnung getragen werden. Zudem würde ein derartiger Konkretisierungszwang lediglich zu Leerformeln führen, die die Transparenz nicht fördern (BAG 13.04.2010 – 9 AZR 36/09, Rdnr. 31, AP Nr. 45 zu § 307 BGB). Es ist insbesondere nicht erforderlich, abschließend den konkreten Anlass oder die konkreten Anlässe aufzuführen, die zu einer örtlichen Versetzung führen können. Ebenso wenig müssen die konkreten Orte aufgezählt werden, zu denen eine Versetzung angeordnet werden kann (Hessisches LAG 13.01.2006 – 17 Sa 883/05, Rdnr. 82).

(3) 211

Selbst wenn die Vereinbarung in § 1 Nr.1 des letzten Änderungsvertrags zur Tätigkeit des Klägers und zum Arbeitsort nicht als konstitutive Vereinbarung ausgelegt wird, ergibt sich kein anderes Ergebnis, da der Versetzungsvorbehalt nicht über den Regelungsgehalt des § 106 Satz 1 GewO hinausgeht. Hinsichtlich der Versetzungsbefugnis des Arbeitgebers spielt es insofern keine Rolle, ob im Arbeitsvertrag kein Arbeitsort festgelegt worden ist und der Arbeitgeber somit Weisungen nach § 106 S. 1 GewO vornehmen kann oder eine arbeitsvertragliche Festlegung mit einer Versetzungsbefugnis vereinbart wurde (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 512/13, Rdnr.39, 40, DB 2015, 1105; Gragert, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl., § 13 Rdnr. 9).

(bb) 213

Das Weisungsrecht wird nicht durch § 4 des Tarifvertrages vom 14.10.1998 eingeschränkt, der über § 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 anwendbar ist.

Die Regelung schließt das Weisungsrecht nicht aus oder beschränkt es, sondern enthält lediglich Vorgaben zur inhaltlichen Ausgestaltung.

bb. 216

Die konkrete Weisung ist nicht nichtig, aber unbillig.

(1) 218

Zwischen den Parteien besteht kein Streit, dass dem Kläger eine gleichwertige, seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit zugewiesen wurde. Er sollte auch am

Standort C als Immobilienkaufmann eingesetzt werden.

- (2)** 220
- Ob er gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 des Arbeitsvertrages vom 02.02.2001 und § 4 Satz 3 des Tarifvertrages vom 14.10.1998 angehört wurde, ist unerheblich. Es kann auch dahinstehen, ob eine Anhörung nach den Maßstäben der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 24.10.2010 durchzuführen gewesen wäre, wie der Kläger meint. 221
- Das Anhörungsrecht folgt aus dem durch gegenseitiges Vertrauen geprägten Grundsatz, dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Äußerung vor einer nachteiligen Maßnahme zu geben. Ein bestimmtes Verfahren ist nicht vorgesehen. Es soll gewährleistet sein, dass der Arbeitnehmer seine Interessen benennt, der Arbeitgeber sie zur Kenntnis nimmt und bei der Interessenabwägung berücksichtigt (zum Anhörungserfordernis nach § 4 Abs. 1 TVöD Sponer/Steinherr, TVöD, Stand 2016, § 4 Rdnr. 76f.). 222
- Die Verletzung des Anhörungserfordernisses hat nicht die Nichtigkeit der Weisung zur Folge, sondern kann allenfalls Schadensersatzansprüche auslösen. Der Arbeitgeber kann bei Verschulden für etwaig entstehende Schäden haftbar gemacht werden (LAG Niedersachsen 15.10.2010 – 6 Sa 282/10, Rdnr. 45, LAGE § 106 GewO 2003 Nr. 8; Breier/Dessau u.a. § 4 TVöD Rdnr.46; Sponer/Steinherr a.a.O. § 4 Rdnr. 79). 223
- Auch wenn das Bundesarbeitsgericht in älteren Entscheidungen zu Bühnentarifverträgen (BAG 11.03.1982 – 2 AZR 233/81, Rdnr. 45, EzA § 4 TVG Bühnen Nr. 1; 18.04.1986 – 7 AZR 114/85, Rdnr. 17, AP Nr. 27 zu § 611 Bühnengagementsvertrag) das Anhörungserfordernis vor einer Nichtverlängerungsmitteilung als Wirksamkeitsvoraussetzung beurteilt hat, folgt daraus kein anderes Ergebnis. Anders als hier enthielten die maßgebliche Regelungen des § 2 Abs. 5 TVM bzw. § 24 Abs. 4 des Normalvertrags Tanz einen ausdrücklichen Hinweis auf die Rechtsfolge der Unwirksamkeit im Falle unterbliebener oder fehlerhafter Anhörung. 224
- (3)** 225
- Die Mitbestimmung des Betriebsrates erfolgte ordnungsgemäß. 226
- Nach § 100 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann der Arbeitgeber, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, die personelle Maßnahme im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorläufig durchführen, bevor der Betriebsrat sich geäußert oder wenn er die Zustimmung verweigert hat. Vorliegend hat der Betriebsrat in G seine Zustimmung zur Versetzung nach Beteiligung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG mit Schreiben vom 05.03.2015 verweigert. 227
- (a)** 228
- Bei dem aufnehmenden Betrieb bestand kein Betriebsrat. Zuständig für den abgebenden und den aufnehmenden Betrieb war zum Zeitpunkt der Versetzung der beteiligte Übergangsbetriebsrat. Dies hat die Beklagte durch Vorlage der Vereinbarung vom 12.12.2014 hinreichend dargelegt. Der Kläger hat darauf nicht substantiiert erwidert. 229
- (b)** 230
- Der Betriebsrat wurde ordnungsgemäß unterrichtet. 231
- Gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme zu unterrichten. Die Unterrichtung muss inhaltlich so 232

umfassend sein, dass es dem Betriebsrat ermöglicht wird, die Erforderlichkeit und das Vorliegen des sachlichen Grundes der vorläufigen Maßnahme zu bewerten (BeckOK-ArbR/Mauer, Stand: 01.12.2015, § 100 BetrVG, Rdnr. 3; ErfK/Kania, 16.Auflage, § 100 BetrVG Rdnr.2).

(aa) 233

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 11.03.2015 die vorläufige Umsetzung der Versetzungsmaßnahme angezeigt und ausführlich begründet, weshalb ein Einsatz des Klägers im Team in E1 nicht möglich sei und nur ein Einsatz in C in Betracht komme und betrieblich erforderlich sei. Der Kläger hat insoweit keine Einwendungen erhoben. 234

(bb) 235

Auf seine Unterrichtung kommt es nicht an. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer zwar über die Sach- und Rechtslage aufzuklären, § 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Diese Aufklärung erfordert den Hinweis auf die Vorläufigkeit der Maßnahme, das Widerspruchsrecht des Betriebsrats und den für den Arbeitgeber unabsehbaren Ausgang des Beschlussverfahrens über die Zustimmungsersetzung und die Zulässigkeit der vorläufigen Maßnahme (BeckOK-ArbR/Mauer a.a.O. § 100 BetrVG, Rdnr. 2). Die Aufklärung des Arbeitnehmers ist aber keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme. Aus einer fehlenden oder unzureichenden Unterrichtung können sich allenfalls Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers ergeben (ErfK/Kania a.a.O. § 100 BetrVG Rdnr.2; Richardi/Thüsing, BetrVG, 15. Aufl., § 100 Rdnr. 11, 12). 236

Deshalb kann offen bleiben, ob die Mitteilung mit Schreiben vom 12.03.2015, dem Betriebsrat sei die Umsetzung der Versetzungsmaßnahme nach § 100 BetrVG angezeigt worden sei, eine ausreichende Information darstellt. 237

(cc) 238

Die Zustimmung des Betriebsrates gemäß § 100 Abs. 2 BetrVG gilt als erteilt, weil der Betriebsrat auf die Anzeige der Maßnahme nach § 100 BetrVG nicht unverzüglich reagiert und keine Stellungnahme abgegeben hat, § 100 Abs.2 Satz 2 BetrVG (BeckOK-ArbR/Mauer a.a.O. § 100 BetrVG, Rdnr. 4; ErfK/Kania a.a.O. § 100 BetrVG, Rdnr. 4). 239

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass er die Zustimmung zur Versetzung nach § 99 BetrVG verweigert hat. Der Fall, dass der Betriebsrat zwar die Zustimmung zur endgültigen Durchführung der Maßnahme verweigert, aber auf eine Unterrichtung über eine vorläufige personelle Maßnahme schweigt oder ihr zustimmt, ist gesetzlich nicht geregelt. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, auch in dieser Konstellation von sich aus nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung zur Durchführung der Maßnahme und die Feststellung ihrer Dringlichkeit zu beantragen, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Der Betriebsrat muss von sich aus klarstellen, ob er auf die Durchführung des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens besteht. Tut er dies und weigert sich der Arbeitgeber, die Ersetzung der Zustimmung zu beantragen, kann ihn der Betriebsrat entsprechend § 101 BetrVG zur Einleitung des Verfahrens zwingen. Er kann dadurch aber nicht die Aufhebung der vorläufigen personellen Maßnahme erwirken, der er nicht widersprochen hat (ErfK/Kania a.a.O. § 100 BetrVG, Rdnr. 4). 240

Im Übrigen hat die Beklagte das Zustimmungsersetzungsverfahren beim Arbeitsgericht Frankfurt eingeleitet. 241

| | |
|--|-----|
| (4) | 242 |
| Die Weisung ist nicht wegen Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot gemäß § 612 a BGB i.V.m. § 134 BGB nichtig | 243 |
| . | 244 |
| Nach § 612 a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. | 245 |
| Der Kläger hat in zulässiger Weise Rechte ausgeübt. Der Schutz des § 612 a BGB greift nur ein, wenn das geltend gemachte Recht tatsächlich besteht und in zulässiger Weise geltend gemacht wird (ErfK/Preis a.a.O. § 612a BGB, Rdnr. 5; ASP/, Linck, Kündigungsrecht, 4. Aufl., § 612 a BGB, Rdnr. 7 a). Der Kläger hat in zulässiger Weise Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 24.04.2013 erhoben. Des Weiteren hat er den von der Beklagten vorgeschlagenen Abschluss eines Auflösungsvergleichs in Gesprächen vom 17.07.2014 und 28.01.2015 abgelehnt. | 246 |
| Es ist nicht feststellbar, dass seine Rechtsausübung kausal für ihre ihn benachteiligende Versetzungsentscheidung war. | 247 |
| Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Grund, d. h. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet (BAG 14.3.2007 – 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862, Rdnr. 34). Allerdings ist eine Absicht des Arbeitgebers nicht erforderlich. Eine dem Maßregelungsverbot widersprechende Maßnahme kann auch vorliegen, wenn an sich ein Sachverhalt gegeben ist, der die Maßnahme gerechtfertigt hätte, der aber nicht das Motiv des Arbeitgebers gebildet hat (APS/Linck, a.a.O. § 612 a BGB Rdnr. 12). | 248 |
| Den Arbeitnehmer trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er wegen seiner Rechtsausübung vom Arbeitgeber benachteiligt worden ist (BAG 02.04.1987 – 2 AZR 227/86, Rdnr. 27, NZA 1988, 18). Bei der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast sind die Grundsätze der sekundären Darlegungslast zu beachten (APS/Linck a.a.O. § 612 a BGB, Rdnr. 22a). Für den Arbeitnehmer kann der Beweis des ersten Anscheins sprechen. Ein Anscheinsbeweis ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Rechtsausübung und Maßnahme des Arbeitgebers besteht und mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die Maßnahme des Arbeitgebers als Reaktion auf die Ausübung eines Rechts durch den Arbeitnehmer erfolgt ist (APS/Linck a.a.O. § 612 a BGB, Rdnr. 23 m.w.N.). Diese tatsächliche Vermutung muss der Arbeitgeber durch substantiierten Sachvortrag widerlegen und nachweisen, dass er die Maßnahme aus sachgerechten Gründen vorgenommen hat (LAG Niedersachsen 12.09.2005 – 5 Sa 396/05, Rdnr. 55, NZA-RR 2006, 346). | 249 |
| Hier mag angesichts des zeitlichen Zusammenhangs zwischen dem Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 03.07.2014 in dem ersten Kündigungsschutzverfahren sowie der ablehnenden Haltung des Klägers gegenüber den Vergleichsvorschlägen am 17.07.2014 und 28.01.2015 und der letztlich am 23.02.2015 ausgesprochenen Versetzung eine tatsächliche Vermutung anzunehmen sein. Jedoch hat die Beklagte hinreichend dargelegt, dass die Rechtsausübungen des Klägers nicht ausschlaggebendes Motiv für ihre Versetzungsanweisung waren. | 250 |
| | 251 |

Sie beruft sich darauf, dass die Versetzung aus Gründen des Betriebsfriedens notwendig gewesen sei. Sie trägt hierzu in einem Umfang vor, der nahelegt, dass für sie dieser Aspekt im Vordergrund stand und sie den Kläger nicht maßregeln wollte. Sie hat durch Vorlage der E-Mail von Frau M vom 18.03.2014 sowie die Darlegung des Gesprächs des Teams mit dem Betriebsratsvorsitzenden I am 25.03.2014 hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass für sie die Weigerung des Teams maßgeblich war und sie durch die Versetzung den Konflikt entschärfen wollte. Der vom Kläger gewonnene Kündigungsschutzprozess sowie die Ablehnung von Vergleichsvorschlägen mögen allenfalls mitursächlich, nicht aber Hauptbeweggründe für die Versetzung gewesen sein. Der Kläger hat keine weiteren Tatsachen vorgetragen.

(4) 252

Die Beklagte hat ihr Weisungsrecht nicht nach billigem Ermessen ausgeübt. 253

Die Ausübung des Direktionsrechts muss unabhängig davon, ob die Versetzung des Arbeitnehmers nach dem Arbeitsvertrag zulässig ist, gemäß § 106 Satz 1 GewO billigem Ermessen entsprechen (BAG 11.04.2006 – 9 AZR 557/05, Rdnr. 49, AP Nr. 17 zu § 307 BGB). 254

Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Weisungsrechts die Grenzen billigen Ermessens gewahrt hat, ist der Zeitpunkt der Ausübung des Direktionsrechts (BAG 13.03.2007 – 9 AZR 433/06, Rdnr. 81, AP Nr. 26 zu § 307 BGB; BeckOK-GewO/Hoffmann/Schulte, Stand: 01.10.2015, § 106 GewO, Rdnr. 96). 255

Die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Versetzung trägt der Arbeitgeber (BAG 21.07.2009 – 9 AZR 404/08, Rdnr. 23, EzA Nr. 18 zu § 4 TVG Luftfahrt). 256

(a) 257

Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. Das gebietet eine Berücksichtigung und Bewertung der Interessen unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls. Hierzu gehören im Arbeitsrecht die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile, Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie soziale Lebensverhältnisse wie familiäre Pflichten und Unterhaltsverpflichtungen (BAG 28.08.2013 - 10 AZR 569/12, Rdnr.40, NZA 2012, 265; 13.04.2010 – 9 AZR 36/09, Rdnr. 40, AP Nr. 45 zu § 307 BGB). 258

Hat der Arbeitgeber einen betriebsbezogenen, sachlichen Grund für die Weisung, tritt das Interesse des Arbeitnehmers an einem weisungsfreien Eigenbereich grundsätzlich zurück. Andererseits überwiegen in der Regel die Interessen des Arbeitnehmers am Unterbleiben der Weisung, wenn diese willkürlich oder gar schikanierend ist, d. h. wenn der Arbeitgeber keine sachlichen Gründe für die Weisung benennen kann (BeckOK/Tillmanns, Stand: 01.09.2015, § 106 GewO, Rdnr. 51). 259

(2) 260

261

Es konnte nicht festgestellt werden, dass die Interessen der Beklagten die Interessen des Klägers überwiegen.

Er hat ein anerkennenswertes Interesse an der Beibehaltung seines Arbeitsplatzes in E1. Ihm ist daran gelegen, in seinem sozialen Umfeld an seinem Wohnort in N bleiben zu können und seine häusliche Umgebung nicht aufgeben zu müssen. Die Entfernung zwischen N und E1 ist nicht erheblich, von N nach C jedoch so groß, dass eine tägliche Heimfahrt unmöglich war. Es handelte es sich um eine Maßnahme von intensivem Ausmaß, da zwangsläufig eine Veränderung des Lebensmittelpunktes für die Zeit des Einsatzes geboten war. Dass die Beklagte die Erstattung der Kosten doppelter Haushaltsführung angeboten hat, bedeutete zwar eine finanzielle Entlastung, war aber nicht geeignet, den Interessen des Klägers, sein persönliches und soziales Umfeld in N aufrechtzuerhalten, Rechnung zu tragen.

Die Beklagte hat dagegen nicht hinreichend substantiiert zu betrieblichen Interessen vorgetragen, denen Vorrang einzuräumen ist. 263

(a) 264

Ihr Interesse, durch die Versetzung den Betriebsfrieden wiederherstellen zu wollen, ist nicht ausreichend begründet. Dabei kann dahin stehen, ob eine Versetzung in ein anderes Team in E1 tatsächlich ausgeschlossen war. 265

Nach ihrem Vortrag weigert sich das Team RE2345 , weiterhin mit dem Kläger zusammenzuarbeiten, wobei der Konflikt nicht auf der Auseinandersetzung der Parteien im ersten Kündigungsschutzprozess um die von Teammitgliedern gerügte und kontrollierte Einhaltung der Arbeitszeit durch den Kläger beruhen soll. Vielmehr führt sie den Konflikt auf seine Schlechtleistungen bei der Erfüllung auch die anderen Teammitglieder betreffender Aufgaben zurück. 266

Die Wiederherstellung des Betriebsfriedens ist grundsätzlich ein anzuerkennendes Interesse des Arbeitgebers bei der Überprüfung der Billigkeit einer Versetzungsentscheidung (LAG Köln 14.08.2009 – 9 Ta 264/09, Rdnr. 19). Es obliegt seiner freien unternehmerischen Entscheidung, unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse und der Interessen aller Arbeitnehmer die aus seiner Sicht zur Konfliktlösung und Wiederherstellung eines guten Betriebsklimas geeigneten Maßnahmen zu ergreifen. Bei der zu treffenden personellen Maßnahme hat er gemäß § 315 Abs. 3 BGB nicht nur die Interessen der unmittelbar am Konflikt beteiligten Arbeitnehmer, sondern auch die Interessen der übrigen Arbeitnehmer, die von der Maßnahme betroffen sind, zu berücksichtigen sowie eine Prognose über die Erfolgsaussichten der zu treffenden Maßnahme im Hinblick auf die Konfliktlösung anzustellen (LAG Schleswig-Holstein 12.02.2002 – 5 Sa 409 c/01, Rdnr. 30, DB 2002, 1056). Er muss die Ursachen eines Streits zwischen Arbeitnehmern nicht abschließend ergründen. Die Grenzen billigen Ermessens sind gewahrt, wenn der Arbeitgeber Mitarbeiter durch Versetzung trennt, weil eine gedeihliche Zusammenarbeit zwischen ihnen nicht (mehr) zu erwarten ist (LAG Schleswig-Holstein 02.05.2007 – 6 Sa 504/06, Rdnr. 37f., NZA-RR 2007, 402; LAG Niedersachsen 15.10.2010 – 6 Sa 282/10, Rdnr. 44, LAGE § 106 GewO 2003 Nr.8) oder er bei gestörtem Betriebsklima durch Streit unter den Mitarbeitern einen Arbeitnehmer zur Behebung des Konfliktes in eine andere Filiale desselben Ortes versetzt (LAG Köln 27.11.1998 – 4 Sa 1814/97, Rdnr. 51, LAGE § 315 BGB Nr.6). 267

(aa) 268

269

Der Beklagten ist unter Berücksichtigung dieser Grundsätze, denen sich die Kammer anschließt, zuzugestehen, dass sie die Ursachen des Streits vor ihrem Versetzungsentschluss nicht abschließend ergründen musste. Ihr Vortrag zeigt jedoch, dass seine Gründe in der mangelhaften Aufgabenerfüllung des Klägers liegen sollen, die sie nicht substantiiert beschrieben hat. Angesichts seines erheblichen Interesses an einer wohnortnahen Beschäftigung hätte sie die mildere Maßnahme der Abmahnung ergreifen können und müssen.

Zwar ist der Arbeitgeber nicht generell gehalten, in Konfliktsituationen eine Abmahnung anstelle der Versetzung des Arbeitnehmers auszusprechen (BAG 24.04.1996 – 5 AZR 1031/94, Rdnr. 15, DB 1996, 1931). Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn sich – wie hier – die Versetzung als besonders einschneidende Maßnahme darstellt (BAG 30.10.1985 – 7 AZR 216/83, Rdnr. 13, 15, DB 1986, 2188). 270

(bb) 271

Selbst wenn eine Abmahnung nicht erforderlich gewesen sein sollte, hätte sich die Beklagte zunächst selbst um eine Konfliktlösung bemühen müssen. Sie hat nicht vorgetragen, dass sich die Vorgesetzten des Teams durch Gespräche um eine Lösung bemüht haben. Auf die eine Zusammenarbeit ablehnende Stellungnahme der Mitarbeiterin M vom 18.03.2014 ist lediglich der Betriebsratsvorsitzende I tätig geworden und hat am 25.03.2014 ergebnislos ein Gespräch mit Teammitgliedern geführt. In seinen ein Jahr später abgefassten Stellungnahmen zu der Absicht der Beklagten, das Arbeitsverhältnis des Klägers fristlos, hilfsweise fristgerecht zu kündigen, hat der Betriebsrat Bedenken erhoben bzw. mit der Begründung widersprochen, für ihn seien ihr Nichteinschreiten gegen das „kollektive Mobbing“ des Klägers und der von ihr „ständig formulierte Vertrauensverlust“ unerklärlich. 272

(cc) 273

Die Kammer konnte desweiteren nicht erkennen, aus welchen Gründen der in 2014 bestehende Konflikt zum Zeitpunkt der Ausübung des Weisungsrechts noch aktuell war und welche Folgen die weitere Beschäftigung des Klägers in dem Team gehabt hätte. Er wurde seit dem erstinstanzlichen Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 17.12.2013 in einem Prozessarbeitsverhältnis weiterbeschäftigt. Reaktionen von Mitarbeitern auf seine Beschäftigung hat es nachvollziehbar im Frühjahr 2014 gegeben. Für die Zeit danach sind weder konkrete Konflikte und Auseinandersetzungen geschildert, noch die Zusammenarbeit im Team störende Pflichtverletzungen des Klägers dargestellt. 274

Es ist weiter nicht erkennbar, dass Teammitglieder die Arbeitsleistung bei unveränderter Beschäftigung des Klägers verweigert, gar den Ausspruch einer Kündigung in Betracht gezogen hätten. Dem Schreiben Frau Ms vom 18.03.2014 lässt sich lediglich die Ablehnung einer weiteren Zusammenarbeit und die Forderung entnehmen, der Betriebsrat möge die Interessen der Kollegen wahrnehmen. 275

(dd) 276

Für das Berufungsgericht ist auch nicht nachvollziehbar, dass eine lediglich auf sechs Monate angelegte Versetzung zur Konfliktbereinigung geeignet war. Unterstellt, die Störung des Betriebsklimas im Team bestand noch im Februar 2015, zeigt diese Tatsache, dass die Trennung der Beschäftigten allein keine Wirkung zeigen würde. Denn der Kläger war schon nach Ausspruch der Kündigung vom 24.04.2013 über eine geraume Zeit tatsächlich nicht beschäftigt, ohne dass sich nach Darstellung der Beklagten der Konflikt abgekühlt hat. Ohne 277

ihr aktives Einwirken auf das Verhalten des Klägers und die Einstellung des Teams zu seiner Person war schon bei Ausspruch der Weisung absehbar, dass eine dauerhafte Versetzung erforderlich werden würde.

(b) 278

Die Beklagte hat erstinstanzlich als die Interessen des Klägers überwiegendes betriebliches Interesse vorgetragen, sie beschäftige projektbezogen durchschnittlich zehn Leiharbeitnehmer und strebe zur Kostenreduzierung die Beschäftigung ihrer Stammarbeitnehmer in dem Projekt Digitalisierung des Liegenschaftsarchivs an. Ihrem in der Berufungsbegründung im Übrigen nicht ausdrücklich wiederholten Vorbringen lässt sich nicht entnehmen, dass im Zusammenhang mit der Versetzung tatsächlich die Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers beendet wurde. 279

dd. 280

Es bestand keine Pflicht des Klägers, die Arbeitsleistung in C zu erbringen. Er war nicht verpflichtet, wenigstens bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Bindungswirkung der unbilligen Versetzungsanordnung nachzukommen, die bis zum Ende der Versetzungsmaßnahme auch gar nicht hätte herbeigeführt werden können. 281

(1) 282

Gemäß § 315 Abs.3 Satz 1 BGB ist die getroffene Leistungsbestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Das bedeutet zunächst, dass die unbillig entscheidende Vertragspartei an die eigene Erklärung gebunden bleibt. Das verschafft dem Bestimmungsgegner Vertrauensschutz: Er ist nicht gehalten, die unbillige Leistungsbestimmung anzugreifen. Er kann sie gelten lassen oder einfach den Leistungsvollzug nach Maßgabe der unbilligen Bestimmung vollziehen (Staudinger/Rieble, BGB, 2015, § 315 BGB Rdnr. 414, 415). Die Halbseitigkeit der Verbindlichkeit hat dann ihre Grenze, wenn der Bestimmungsgegner die Unwirksamkeit der Leistungsbestimmung geltend macht und das Gericht im Rahmen der kassatorischen Beanstandung die Unverbindlichkeit (auch inzident) festgestellt hat. In diesem Fall kann sich auch der Leistungsbestimmer auf die Unverbindlichkeit seiner Bestimmung berufen und die richterliche Ersatzleistungsbestimmung verlangen (Staudinger/Rieble a.a.O. § 315 BGB, Rdnr. 417). 283

Streitig ist, ob der Bestimmungsgegner der Leistungsbestimmung bis zur gerichtlichen Entscheidung Folge leisten muss. 284

Nach h.M. ist die unbillige Bestimmung zunächst wirksam. Denn die Gestaltungswirkung des Urteils, mit dem z.B. eine Neubestimmung einer Vergütung verbunden ist, tritt erst mit seiner Rechtskraft ein. Dem Bestimmungsgegner wird ein nicht fristgebundenes, aber durch den Gesichtspunkt der Verwirkung beschränktes Klagerecht eingeräumt, das ihm erlaubt, seine Klage unmittelbar auf Leistung zu richten (BAG 16.01.2013 – 10 AZR 26/12 – Rdnr. 32, NJW 2013, 1020; Erman/Heger, BGB, 14.Aufl., § 315 BGB, Rdnr. 22). Er hat auch die Möglichkeit, sich gegen die aus seiner Sicht unbillige Leistungsbestimmung zu wehren mit der Folge, dass der Leistungsbestimmer Leistungsklage gestützt auf seine eigene unbillige Bestimmung, hilfsweise auf eine richterliche Gestaltung erheben kann (BGH 19.01.1983 – VIII ZR 81/82, Rdnr. 21, NJW 1983, 659; Staudinger/Rieble a.a.O. § 315 BGB Rdnr. 419). 285

Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, ob sich der Bestimmungsgegner zur Vermeidung von Rechtsnachteilen vorläufig bis zur rechtskräftigen Gestaltung durch Urteil an 286

die unbillige Leistungsbestimmung halten muss.

Der 5. Senates des Bundesarbeitsgerichts hat in seiner Entscheidung vom 22.02.2012 (5 AZR 249/11, NZA 2012, 858) ausgeführt, dass der Arbeitnehmer an eine Weisung des Arbeitgebers, die nicht aus sonstigen Gründen unwirksam ist, bis zur rechtskräftigen Feststellung der Unverbindlichkeit nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB gebunden ist (Rdnr. 24). Eine unbillige Leistungsbestimmung sei nicht nichtig, sondern gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB unverbindlich. Im Streitfall habe ein Gericht über die Verbindlichkeit zu entscheiden, § 315 Abs. 3 Satz 2, 1. Halbsatz BGB. Deshalb dürfe sich der Arbeitnehmer nicht über eine unbillige, nicht aus anderen Gründen unwirksame Weisung hinwegsetzen, sondern müsse ein Gericht anrufen (so auch LAG Rheinland-Pfalz, 17.03.2014 – 3 Sa 535/13, Rdnr. 33; LAG Köln, 13.01.2014 – 2 Sa 614/13, Rdnr. 12.).

Diese Entscheidung betrifft die streitgegenständliche Fallkonstellationen, da – wie dargestellt - die Weisung nicht nichtig, sondern lediglich unbillig ist. 288

Die Entscheidung hat Rechtsfolgen für das Abmahnungs- und Kündigungsrecht des Arbeitgebers. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts Köln (28.08.2014 – 6 Sa 423/14, Rdnr. 22), die Nichtbefolgung einer objektiv unwirksamen Weisung sei auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des 5. Senates, die lediglich zum Annahmeverzug ergangen sei, kein kündigungserheblicher Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten, da es auf die objektive Rechtslage ankomme, ist nicht überzeugend. Es erscheint nicht konsequent, zwischen kündigungsrechtlichen Fragen und Fragen zum Annahmeverzug zu differenzieren. Das Grundproblem ist für beide Sachverhalte dasselbe (Anm. Stenslik, DStR 2015, 468 (488); Düwell/Göhle-Sander/Kohte, JurisPK – Vereinbarung von Familie und Beruf, Kap.4, § 106 GewO, Rdnr. 33, 34). 289

Die Kammer vermag der Entscheidung des 5. Senats nicht zu folgen. 290

Insbesondere in der Literatur ist sie auf massive Kritik gestoßen und wird mit überzeugenden Argumenten abgelehnt (vgl. etwa: Boemke, NZA 2013, 6; Schaub/Linck, Arbeitsrecht-Handbuch, 16. Aufl., § 45 Rdnr. 19 ff.; BeckOK/Tillmanns, § 106 GewO, Rdnr. 57; HWK/Lembke, 6. Aufl., § 106 GewO, Rdnr. 16a; ErfK/Preis a.a.O. § 106 GewO, Rdnr. 7a; Staudinger/Rieble a.a.O. § 315 BGB Rdnr. 418 ff.). 291

Die vom 5. Senat als Beleg für die vorläufige Bindungswirkung angeführten Entscheidungen tragen das Ergebnis nicht (vgl. hierzu insbesondere Boemke, NZA 2013, 6 (7)). Dabei kann offen bleiben, ob die Bestimmung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB überhaupt im Rahmen des Weisungsrechtes nach § 106 Satz 1 GewO gilt, da § 106 GewO seit dem 01.01.2003 nicht ausdrücklich auf § 315 BGB verweist (Thüsing, jm 2014, 20). 292

In der angeführten Entscheidung vom 16.12.1965 (5 AZR 304/65) hat das Bundesarbeitsgericht herausgearbeitet, dass eine unbillige Leistungsbestimmung nicht nichtig, sondern in besonderer Weise anfechtbar ist. Das bedeutet jedoch nur, dass lediglich der das Leistungsbestimmungsrecht Ausübende gebunden ist und der andere Teil sich auf die Unbilligkeit in irgendeiner Weise berufen muss. Eine beiderseitige - vorläufige - Bindungswirkung, wie sie vom 5. Senat angenommen wird, folgt daraus nicht (Staudinger/Rieble a.a.O. § 315 BGB, Rdnr.418; Boemke, NZA 2013, 6 (7)). 293

Eine vorläufige Bindungswirkung für die Vergangenheit ist in Fällen einer Klage auf Leistung bisher nicht angenommen worden. In der Entscheidung vom 28.07.2011 (3 AZR 859/09, BAGE 138, 213) hat der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts die Billigkeit einer 294

Betriebsrentenanpassung geprüft. Der beklagte Arbeitgeber, der nach Auffassung des Senats die Leistung nicht nach billigem Ermessen bestimmt hatte, musste die eingeklagten Differenzbeträge auch für die Vergangenheit nachzahlen. Es fand somit gerade keine rein zukunftsbezogene Korrektur ab dem Zeitpunkt der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung statt (Boemke, NZA 2013, 6 (7)). Nur bezogen auf den geltend gemachten Zinsanspruch hat der Senat erkannt, dass die Differenzbeträge bei gerichtlicher Prüfung der Billigkeit nach § 315 Abs.3 BGB erst mit Rechtskraft des Gestaltungsurteils fällig werden (Rdnr. 31).

Auch die vom 5. Senat herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 04.04.2006 (X ZR 122/05, BGHZ 167, 139) belegt nicht seine Auffassung, sondern das Gegenteil. Denn der Bundesgerichtshof führt in seiner Entscheidung zu einer unverbindlichen Werklohnforderung hinsichtlich des Zinsanspruches aus, dass eine einseitige, unbillige Vergütungsbestimmung unverbindlich sei und die Vergütung durch Gestaltungsurteil festgelegt werden müsse. Die Fälligkeit der Forderung trete erst ab Rechtskraft des Urteils ein. Damit stellte der Bundesgerichtshof im Ergebnis fest, dass der eine unbillige Leistung Bestimmende erst mit rechtskräftigem Urteil einen Anspruch hat. Hätte er eine vorläufige Bindungswirkung angenommen, hätte bereits ein vorläufiger Zahlungsanspruch bestanden und der andere Teil hätte sich in Verzug befunden (Boemke, NZA 2013, 6 (7)).

Eine Bindung an unbillige Weisungen widerspricht auch dem Wortlaut des § 315 Abs. 1 Satz 1 BGB und des § 106 Satz 1 GewO, welcher die Billigkeit der Leistungsbestimmung voraussetzt (BeckOK-ArbR/Tillmanns a.a.O. § 106 GewO, Rdnr. 57; Preis, NZA 2015, 1 (5); Kühn, NZA 2015, 10 (12f.)). Die unbillige Weisung ist nicht einem Verwaltungsakt vergleichbar, der zunächst Bestandskraft hat, bis er angegriffen wird (Staudinger/Rieble a.a.O. § 315 BGB, Rdnr. 420).

Die Befolgung einer unbilligen Leistungsbestimmung steht dem Bestimmungsgegner – wie bereits ausgeführt – frei. Das gilt auch für den Arbeitnehmer wie für jeden anderen Gegner des Leistungsbestimmenden (LAG C-Brandenburg, 31.05.2013 – 6 Sa 373/13, Rdnr. 40, BB 2013, 1715 m. Verweis auf Staudinger/Rieble a.a.O., § 315, Rdnr. 353 ff.). eine gesetzliche „Folgeflicht“ besteht nicht (Staudinger/Rieble a.a.O., § 315, Rdnr. 421).

Das Landesarbeitsgericht Köln (13.01.2014 – 2 Sa 614/13, Rdnr. 13), das die Entscheidung des 5. Senats für systematisch richtig hält und ausführt, dass die Verpflichtung, die unbillige Weisung zu befolgen, erst mit Rechtskraft des durch die andere Partei zu erstrebenden Gestaltungsurteils ende, berücksichtigt nicht, dass die unbillige Weisung gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB zunächst nur den Leistungsbestimmer, also den Arbeitgeber bindet. Erst mit rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidung entsteht die Leistungspflicht für den anderen Teil. Der Arbeitnehmer ist lediglich dazu verpflichtet, sich in irgendeiner Form auf die Unbilligkeit zu berufen, wobei - wie ausgeführt - die Geltendmachung nicht im Klagewege erfolgen muss und auch nicht an Fristen gebunden ist (Boemke, NZA 2013, 6 (10f.)). § 315 Abs. 3 BGB statuiert eben keine Klagelast. Insoweit fehlt es an einer §§ 12 Abs.3 ANerfG, 16 Abs. 4 Satz 2 BetrAVG vergleichbaren gesetzlichen Regelung ((Staudinger/Rieble a.a.O. § 315 BGB, Rdnr.422; Boemke, NZA 2013, 6 (7)). Hat der Arbeitnehmer deutlich gemacht, dass er der unbilligen Weisung nicht folgt, ist die Weisung für ihn nicht bindend. So hat der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts im Falle einer Verweigerung der konkret angewiesenen Tätigkeit aufgrund eines Glaubenskonflikts eine Bindung des Arbeitnehmers an die Weisung nur bis zur Offenbarung des Konflikts angenommen, nicht dagegen bis zur Neuausübung des Direktionsrechts (BAG 24.02.2011 – 2 AZR 636/09, Rdnr. 25, NJW 2011, 3319). Insbesondere im Bereich der Grundrechte verletzenden Weisungen ist das Ergebnis des 5. Senates nicht zu vertreten. Der Arbeitnehmer kann nicht angesichts der im Falle einer

Weigerung drohenden Konsequenzen gezwungen sein, Weisungen, die seine grundrechtlich garantierte Freiheiten verletzen, so lange zu befolgen, bis ein Gericht darüber entschieden hat.

Die Rechtsprechung führt zu nicht hinnehmbaren Konsequenzen für den Arbeitnehmer und zu einer untragbaren Risikoverlagerung. Wird die vorläufige Verbindlichkeit bejaht, würde in letzter Konsequenz ein Urteil erst im Nachhinein die Verbindlichkeit aufheben. Damit liegt eine abmahnfähige Pflichtverletzung vor, wenn der Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers nicht nachkommt. Arbeitnehmer, die unbillige Weisungen des Arbeitgebers nicht beachten, laufen mithin Gefahr, wegen Arbeitsverweigerung gekündigt zu werden. Überdies gerät der Arbeitnehmer in Schuldner- und nicht der Arbeitgeber in Annahmeverzug mit der Folge, dass dem Arbeitnehmer keine Vergütungsansprüche zustehen, obwohl die Arbeitgeberweisung in Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen steht, die die Billigkeit voraussetzen (Boemke, JuS 2012, 1125 (1127)). 299

Hat der Arbeitnehmer Zweifel an der Billigkeit der Weisung, muss er das Arbeitsgericht anrufen und dessen Entscheidung abwarten, ggf. das Prozessrisiko eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf sich nehmen. Er wird als „Gestaltungsoffer“ (Staudinger/Rieble a.a.O. § 315 BGB, Rdnr.422) verpflichtet, eine gerichtliche Klärung herbeizuführen, und damit einseitig belastet. Diese Risikoverlagerung ist nicht durch das Gesetz indiziert (ErfK/Preis a.a.O. § 106 GewO, Rdnr. 7a; Preis, NZA 2015, 1 (6)). Der Arbeitnehmer geht, wenn er sich der Weisung (zu Unrecht) widersetzt, ohnehin das Risiko einer Abmahnung oder gar fristlosen Kündigung wegen Arbeitsverweigerung ein (ErfK/Preis, a.a.O. § 106 GewO, Rdnr. 7a). 300

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass der Arbeitgeber das Risiko der Nichtigkeit und Unbilligkeit der Weisung insoweit trägt, als er darlegungs- und beweisbelastet hinsichtlich der Voraussetzungen der Weisung ist (BAG 21.07.2009 – 9 AZR 404/08, Rdnr. 23). Die Rechtsprechung des 5. Senates dreht diese Risikoverteilung praktisch um, indem der Arbeitnehmer sich letztlich doch im Klageverfahren gegen die Unbilligkeit der Weisung wehren muss, wenn es auch im Prozess bei der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers verbleibt. Seine Rechtsschutzmöglichkeiten gegen unbillige Weisungen werden erheblich verkürzt (Preis, NZA 2015, 1 (4 f., 9)). 301

Das Argument, durch die vorläufige Verbindlichkeit der Weisung auch für den Arbeitnehmer werde Rechtssicherheit geschaffen (u.a. auch hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung und der Frage des Annahmeverzugs, so LAG Köln, 13.01.2014 – 2 Sa 614/13, Rdnr. 13), rechtfertigt nicht die von § 315 Abs.3 BGB nicht gedeckte Risikobelastung des Arbeitnehmers. Es kann nicht von einem durchschnittlichen Arbeitnehmer erwartet werden, die juristischen Unterschiede zwischen nichtigen Weisungen, die er nicht befolgen muss, und unverbindlichen Weisungen, die er zunächst bis zur gerichtlichen Entscheidung befolgen muss, zu kennen und im konkreten Fall auch zu erkennen. Er müsste bei jeglichen Weisungen zunächst rechtskundigen Rat einholen, um die weitreichenden Konsequenzen seiner Weigerung, der Weisung nachzukommen, abschätzen zu können. Insofern schafft die Entscheidung des 5. Senates eher weniger Rechtssicherheit. 302

(2) 303

Der Kläger hat sich in angemessener Zeit ausdrücklich auf die Unbilligkeit der Weisung berufen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 09.03.2015 hat er deutlich gemacht, ihr nicht Folge leisten zu werden. Er hat mittelbar zum Ausdruck gebracht, dass er die Weisung für unbillig hält, indem er die Versetzungsmaßnahme als „willkürlich“ und „bloße Maßregelung“ 304

| | |
|---|-----|
| bezeichnet hat. Er hat sich zudem in seiner am 18.03.2015 beim Arbeitsgericht eingereichten und der Beklagten am 25.03.2015 zugestellten Klage ausdrücklich auf die Unbilligkeit berufen. | |
| 2. | 305 |
| Sein Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur Entfernung der beiden Abmahnungen vom 26.03.2015 und 22.04.2015 aus seiner Personalakte ist zulässig und begründet. | 306 |
| Sein Anspruch rechtfertigt sich §§ 242, 1004 BGB analog i.V.m. Art.1, 2 GG, da er seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht verletzt hat, denn er war aus den dargestellten Gründen nicht zur vorläufigen Befolgung der Weisung verpflichtet, in C zu arbeiten. | 307 |
| 3. | 308 |
| Sein auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Annahmeverzugslohn gerichteter Antrag ist ebenfalls zulässig und begründet. | 309 |
| Der Anspruch auf Vergütung für die Monate April bis August 2015 ist gemäß §§ 611, 615 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag gerechtfertigt, da sich die Beklagte nach § 293 BGB in Verzug mit der Annahme der Arbeitsleistung befand. | 310 |
| a. | 311 |
| Zwischen den Parteien bestand bis zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung am 28.05.2015 ein Arbeitsverhältnis, das nach der Entscheidung des Berufungsgerichts vom 17.03.2016 nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 28.05.2015 geendet hat. Die Kammer hat ihre Berufung gegen das der Kündigungsschutzklage stattgebende erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen (17 Sa 1661/15). | 312 |
| b. | 313 |
| Der Kläger hat seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß angeboten. | 314 |
| Allerdings hat er sie nicht i.S.d. § 294 BGB tatsächlich angeboten. | 315 |
| Für den Zeitraum bis zum Ausspruch der Kündigung reichte jedoch gemäß § 295 Satz 1 BGB sein wörtliches Angebot aus. Nach § 295 Satz 1 1. Fall BGB genügt ein wörtliches Angebot, wenn der Arbeitgeber die Annahme der Leistung – konkludent – vor Fälligkeit der Arbeitsleistung abgelehnt hat (ErfK/Preis a.a.O. § 295 BGB, Rdnr. 26). | 316 |
| Vorliegend hat die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 23.02.2015 gegenüber dem Kläger die Erbringung der Arbeitsleistung in E1 abgelehnt, indem sie erklärt hat, ihn nach C zu versetzen, und ihn aufgefordert hat, Schlüssel und Zutrittskarten für das Gebäude in E1 spätestens bis zum 06.03.2015 abzugeben. Der Kläger hat dagegen darauf beharrt, an seinen alten Arbeitsplatz zurückzukehren. So hat er in seinem Schreiben vom 09.03.2015 die Beklagte zur Rücknahme der Weisung und zur Beschäftigung in der in E1 ansässigen Abteilung für Betriebskostenabrechnung entsprechend dem Weiterbeschäftigungstitel aufgefordert. Er hat die Zwangsvollstreckung aus dem Titel angekündigt. | 317 |
| Ab Zugang der fristlosen Kündigung vom 28.05.2015 war ein Leistungsangebot gemäß § 296 BGB entbehrlich. Die Erbringung der Arbeitsleistung bedarf der Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, deren Zeitpunkt nach dem Kalender bestimmt ist. Er muss dem Arbeitnehmer | 318 |

| | |
|---|-----|
| einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen und ihm Arbeit zuweisen. Daher gerät der Arbeitgeber ohne ein tatsächliches oder wörtliches Angebot in Annahmeverzug, wenn er das Arbeitsverhältnis unberechtigterweise fristlos kündigt, ohne dass es eines Arbeitsangebots des Arbeitnehmers bedarf (BAG 09.08.1984 – 2 AZR 374/83, Rdnr. 36, NZA 1985, 119; 19.01.1999 – 9 AZR 679/97, Rdnr.15, BB 1999, 2034). Wie im Kündigungsschutzverfahren festgestellt, ist die Kündigung vom 28.05.2015 unwirksam. | |
| Die Beklagte hat das Angebot des Klägers, an seinem alten Arbeitsplatz zu arbeiten, nicht angenommen. | 319 |
| c. | 320 |
| Er war i.S.d. § 297 BGB zur Leistung im Stande, da er leistungsfähig und leistungsbereit war. | 321 |
| Anhaltspunkte, aufgrund derer sich Zweifel an der Fähigkeit zur Leistung ergeben, sind nicht ersichtlich. | 322 |
| Er hatte auch einen entsprechenden Leistungswillen. Etwas anderes ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass er die Stelle in C nicht angetreten hat. | 323 |
| Die Nichtaufnahme einer vom Arbeitgeber angebotenen Beschäftigung kann das vollständige Entfallen des Annahmeverzugs zur Folge haben (BAG 17.08.2011 – 5 AZR 251/10, Rdnr. 16, NZA-RR 2012, 342). Wendet der Arbeitgeber fehlenden Leistungswillen des Arbeitnehmers im Annahmeverzugszeitraum ein, reicht es aus, dass er Indizien für den mangelnden Leistungswillen vorträgt. Hat er solche Indizien vorgetragen oder sind sie unstrittig, ist es Sache des Arbeitnehmers, die Indizwirkung zu erschüttern. Trägt er dazu nichts vor, gilt die Behauptung des Arbeitgebers, er sei während des Verzugszeitraums leistungsunwillig gewesen, gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BAG 17.08.2011 – 5 AZR 251/10, Rdnr. 17, NZA-RR 2012, 342). | 324 |
| Für den Leistungswillen ist ein auf die vertraglich geschuldete Tätigkeit gerichteter Leistungswille notwendig (BAG 22.02.2012 – 5 AZR 249/11, Rdnr. 21, NZA 2012, 858). | 325 |
| Nach den Feststellungen der Kammer musste der Kläger der unbilligen Versetzungsanweisung nach C nicht nachkommen. Sein Leistungswille bezieht sich auf die vertraglich geschuldete Leistung. | 326 |
| d. | 327 |
| Der Anspruch auf Zahlung von Annahmeverzugslohn ist nicht nach § 615 S. 2 BGB, für die Zeit nach Kündigungsausspruch i.V.m. § 11 Nr. 2 KSchG ausgeschlossen. | 328 |
| Danach muss sich der Arbeitnehmer den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens seiner Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. | 329 |
| Der Kläger hat keinen anderweitigen Erwerb böswillig unterlassen und muss sich die Vergütung, die er in C erzielt hätte – identisch mit dem jetzt begehrten Annahmeverzugsentgelt - nicht anrechnen lassen. | 330 |
| Ein böswilliges Unterlassen ist anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände, d.h. der Arbeitsmöglichkeit, der Zumutbarkeit und der Nachteilsfolge für den Arbeitgeber vorsätzlich untätig bleibt (ErfK/ Preis a.a.O. § 615 BGB, Rdnr.95) Das gilt | 331 |

auch, wenn sich eine Beschäftigungsmöglichkeit bei seinem bisherigen Arbeitgeber ergibt und ihm diese angeboten wird (BAG 17.11.2011 – 5 AZR 564/10, Rdnr. 17, NZA 2012, 260). Das Angebot einer Tätigkeit zu geänderten Arbeitsbedingungen bedeutet nicht prinzipiell die Unzumutbarkeit der Leistung (BAG 16.06.2004 – 5 AZR 508/03, Rdnr. 21 ff., DB 2004, 2166). Auch die Ablehnung einer anderen, nicht vertragsgemäßen Arbeit kann ein böswilliges Unterlassen von Erwerb i.S.v. § 615 Satz 2 BGB begründen (BAG 07.02.2007 – 5 AZR 422/06, Rdnr. 15, NZA 2007, 561). Die Vertragswidrigkeit der zugewiesenen Arbeit ist nicht ohne weiteres mit ihrer Unzumutbarkeit gleichzusetzen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls. Die objektiv vertragswidrige Arbeit kann nach den konkreten Umständen zumutbar, unter Umständen sogar mit Verbesserungen für den Arbeitnehmer verbunden sein. Diese Prüfung darf nicht durch vermeintlich absolut geltende Schranken vertragsrechtlicher Art abgeschnitten werden. Bietet der Arbeitgeber objektiv vertragswidrige Arbeit an, sind im Hinblick auf § 615 Satz 2 BGB die Art dieser Arbeit und die sonstigen Arbeitsbedingungen im Vergleich zu der bisherigen Arbeit zu prüfen. Das Maß der gebotenen Rücksichtnahme des Arbeitnehmers hängt regelmäßig davon ab, aus welchen Gründen der Arbeitgeber keine vertragsgemäße Arbeit anbietet. Dies hat der Arbeitgeber darzulegen. Bestehen für die Änderung dringende Gründe, denen nicht von vorneherein eine Billigung versagt werden kann, handelt der Arbeitnehmer nicht rücksichtsvoll, wenn er die Arbeit allein deswegen ablehnt, weil sie nicht vertragsgemäß ist, und er deshalb ohne Erwerb bleibt. Die beiderseitigen Gründe für die Zuweisung bzw. Ablehnung der neuen Arbeit sind zu benennen und sodann gegeneinander abzuwägen (BAG 07.02.2007 a.a.O. Rdnr. 18).

Die Beklagte hat nicht hinreichend dargelegt, dass sie ein besonderes Interesse an der Tätigkeit des Klägers in C hatte, hinter welchem seine Belange zurücktreten mussten. Die Unbilligkeit der Weisung folgt gerade aus dem Fehlen eines betrieblichen Interesses an der Versetzung. Eine akute Dringlichkeit für die Versetzung war objektiv nicht ersichtlich. Die Intention, durch den Einsatz des Klägers in C Kosten für die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern einsparen zu wollen, ist – wie bereits dargestellt – nicht substantiiert begründet worden. Bei der Abwägung musste auf Seiten des Klägers die erhebliche Entfernung zu seinem alten Arbeitsplatz und zu seinem Wohnort mit der zu besorgenden Lockerung sozialer Bindungen berücksichtigt werden. Hinzu kommt die nicht gerechtfertigte Entfernung aus dem Team, die geeignet war, seine soziale Reputation im Betrieb zu schmälern. 332

e. 333

Die Berechnung des Anspruchs wurde nicht angegriffen. Zu Recht hat sich der Kläger gemäß §§ 615 Satz 2 BGB, 11 Nr. 3 KSchG die Leistungen der Bundesagentur für Arbeit anrechnen lassen. 334

4. 335

Der zulässige Widerklageantrag der Beklagten ist unbegründet. 336

Die Beklagte hat keinen Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der ab dem 16.03.2015 bis zum 31.03.2015 gezahlten Vergütung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB. Sie hat mit Rechtsgrund geleistet, da dem Kläger ein Anspruch auf die Zahlung aus §§ 611, 615 BGB zustand. 337

C. 338

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO. 339

Die Revision war nach § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG zuzulassen, da das Urteil von der Rechtsprechung des 5. Senates des Bundesarbeitsgerichts (22.02.2012 – 5 AZR 249/11) abweicht.

340

