

2) Antragsformulierung und Vollstreckbarkeit

Besonderes Augenmerk ist auf die **Antragsformulierung** zu richten. Nur, wenn sich der Inhalt des Weiterbeschäftigungsanspruches mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Urteil ergibt, hat der **Weiterbeschäftigungstitel** einen vollstreckbaren Inhalt (LAG Rheinland-Pfalz 7.1.1986 – 1 Ta 302/85, LAGE ZPO § 888 Nr. 6 = NZA 1986, 196; LAG Schleswig-Holstein 6.1.1987 – 6 Ta 157/86, LAGE ZPO § 888 Nr. 10 = NZA 1987, 322; LAG Hessen 13.7.1987 – 1 Ta 151/87, LAGE ZPO § 888 Nr. 12; LAG Köln 7.7.1987 – 9 Ta 128/87, LAGE ZPO § 888 Nr. 15; LAG Hamm 21.11.1989 – 7 Ta 475/89, LAGE ZPO § 888 Nr. 20; LAG Berlin 8.1.1993 – 12 Ta 17/92, LAGE ZPO § 888 Nr. 27: Tatbestand und Entscheidungsgründe müssen „hinreichend Auskunft“ über die Art der Beschäftigung geben; LAG Hessen 27.11.1992 – 9 Ta 376/93, LAGE ZPO § 888 Nr. 30; Gift/Baur Urteilsverfahren Rn. 1767 mwN). „Aus dem Urteil“ bedeutet hierbei, dass sich der Inhalt des Titels nicht allein aus dem Tenor entnehmen lassen muss, sondern dass hierzu auch die Urteilsgründe mit herangezogen werden können und müssen (Süß NZA 1988, 719). Der auf Beschäftigung gerichtete Titel muss keine Einzelheiten bzgl. der Art der Beschäftigung oder sonstigen Arbeitsbedingungen enthalten, es genügt, wenn er das Berufsbild bezeichnet, mit dem der Arbeitnehmer beschäftigt werden soll (BAG 5.2.2020 – 10 AZB 31/19, NZA 2020, 542).

Tenoriert das Gericht, dass der Arbeitnehmer „zu unveränderten Arbeitsbedingungen“ weiter zu beschäftigen sei, so ist der Weiterbeschäftigungstitel nicht vollstreckungsfähig, sofern seine inhaltliche Bestimmung nicht im Auslegungswege ermittelt werden und ihm kein eindeutiger Inhalt gegeben werden kann (für Teilurteil: LAG Köln 24.10.1995 – 13 (5) Ta 245/95, LAGE ZPO § 888 Nr. 36). Denn im Tenor müssen die genauen Einzelheiten der Beschäftigung angegeben werden, zu denen die Verurteilung erfolgte; zumindest muss dies im Wege der Auslegung anhand des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe für jeden Dritten ermittelbar sein (LAG Schleswig-Holstein 6.1.1987 – 6 Ta 157/86, LAGE ZPO § 888 Nr. 10; LAG Hessen 13.7.1987 – 1 Ta 152/87, LAGE ZPO § 888 Nr. 12; LAG Hessen 27.11.1992 – 9 Ta 376/92, LAGE ZPO § 888 Nr. 30; LAG Hamm 21.11.1989 – 7 Ta 475/89, LAGE ZPO § 888 Nr. 20: Ein abgekürztes Urteil gemäß § 317 Abs. 2 ZPO ist denkbar ungeeignet für die Titulierung des Weiterbeschäftigungsanspruches, wenn nur die Verurteilung „zu unveränderten Bedingungen“ erfolgt, denn die Auslegungshilfe über Tatbestand und Entscheidungsgründe fehlt ja gerade. Daher sollte bereits im Antrag die konkrete Tätigkeit (zB „als Maschinenführer“, als „Leiter Rechnungswesen“) sowie der Ort der Tätigkeit möglichst genau beschrieben werden (Leydecker/Heider/Fröhlich BB 2009, 2703; Korinth I. Rn. 98). Es genügt jedenfalls nicht, wenn der Arbeitgeber weiß, welcher Art die Beschäftigung sein muss.

Es können auch mehrere konkrete Tätigkeiten alternativ im Antrag aufgeführt werden (Korinth I. Rn. 99). Listet der Arbeitnehmer im Klageantrag mehrere Beschäftigungsmöglichkeiten auf, so überlässt er in diesem Rahmen dem Arbeitgeber die Entscheidung über seinen künftigen Arbeitseinsatz (BAG 10.5.2005 – 9 AZR 230/04, NZA 2006, 155). Nach einer Entscheidung des LAG Bremen (LAG Bremen 18.11.1988 – 3 Ta 65/88, NZA 1989, 231) beinhaltet der titulierte Weiterbeschäftigungsanspruch nicht die Verpflichtung, den Arbeitnehmer wie bisher zu vergüten. Für eine Verpflichtung zur Zahlung von Krankenbezügen, vermögenswirksamen Leistungen, Beihilfe, Zuwendungen und Urlaubsgeld fehle es dem Weiterbeschäftigungstitel an Bestimmtheit. Dem ist insoweit zuzustimmen, als im dortigen Fall tenoriert worden war, die Klägerin sei „zu den alten Bedingungen“ weiter zu beschäftigen; bei dieser Formulierung ist für das Vollstreckungsorgan nicht erkennbar, was genau der Arbeitnehmer beansprucht bzw. zu beanspruchen hat. Dies ist jedoch gar nicht entscheidend, denn selbst, wenn auf Grund eines sachdienlichen Antrags die Verurteilung zur Weiterbeschäftigung unter Bezugnahme auf den

Arbeitsvertrag und ggf. den Tarifvertrag erfolgt wäre, ist der Weiterbeschäftigungstitel nur auf tatsächliche Beschäftigung gerichtet. Die Vergütung ist niemals mit dem Weiterbeschäftigungstitel vollstreckbar; erstens nicht, weil diese Vergütung erst im Wege des Vollzugs der Weiterbeschäftigung verdient wird (→ Form. A.X.5 Anm. 7 aE). Zweitens nicht, weil die Vollstreckung von Forderungen gemäß §§ 803 ff. ZPO erfolgt, die Weiterbeschäftigung hingegen nach § 888 ZPO. Die Vergütungshöhe wird von der dem Weiterbeschäftigungsanspruch zugrunde liegenden Anspruchsgrundlage nicht mit umfasst. Der vorläufige Weiterbeschäftigungsanspruch während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses beruht außerhalb von § 102 Abs. 5 BetrVG nach den Grundsätzen des Großen Senates (vgl. BAG 27.2.1985 – GS 1/84, BAGE 48, 122) auf dem durch Art. 1, 2 GG garantierten Persönlichkeitsschutz. Für die durch die tatsächliche Beschäftigung ermöglichte Persönlichkeitsentfaltung ist die Tenorierung der Vergütung indes nicht erforderlich. Diese richtet sich nach anderen, vom Ergebnis des Kündigungsschutzprozesses abhängigen Anspruchsgrundlagen (LAG Berlin-Brandenburg 9.11.2010 – 7 Sa 515/10, BeckRS 2011, 73000).

3) Vollstreckung

Der Weiterbeschäftigungstitel ist kraft Gesetzes vollstreckbar, § 62 Abs. 1 ArbGG. Die Zwangsvollstreckung des titulierten Weiterbeschäftigungsbegehrens findet gemäß § 62 Abs. 2 ArbGG, § 888 ZPO durch Verhängung von **Zwangsgeld** und **Zwangshaft** statt (Süß NZA 1988, 719; KR/Etzl BetrVG § 102 Rn. 222c; Fitting BetrVG § 102 Rn. 67; Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 102 Rn. 241; Däubler/Klebe/Wedde/Schneider BetrVG § 102 Rn. 268), denn die Verpflichtung, den Arbeitnehmer tatsächlich weiter zu beschäftigen, dh ihm einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und ihm Arbeit zuzuweisen, stellt eine **unvertretbare Handlung** dar. Sie hängt vom Willen des Arbeitgebers ab und kann ausschließlich durch ihn verwirklicht werden (LAG Hamm 29.8.1984 – 1 Ta 207/84, LAGE ZPO § 888 Nr. 2; 21.11.1989 – 7 Ta 475/89, LAGE ZPO § 888 Nr. 20; LAG Hessen 27.11.1992 – 9 Ta 376/92, LAGE ZPO § 888 Nr. 30; LAG München 11.9.1993 – 2 Ta 214/93, LAGE ZPO § 888 Nr. 34; Schäfer NZA 1985, 693). Das Gericht hat einen einheitlichen Betrag festzusetzen und nicht etwa einen Betrag für jeden Tag der Nichtbeschäftigung (Korinth I. Rn. 103). Ausschließlich zuständig ist das Arbeitsgericht als Prozessgericht erster Instanz, § 62 Abs. 2 ArbGG, §§ 888 Abs. 1, 802 ZPO. Dies gilt auch dann, wenn der Kündigungsrechtsstreit mittlerweile beim LAG anhängig ist (Gift/Baur Urteilsverfahren Rn. 1756).

Mit der rechtskräftigen Beendigung des Kündigungsschutzverfahrens wird der Weiterbeschäftigungstitel gegenstandslos; der Arbeitnehmer kann also mangels vollstreckbaren Titels nicht über diesen Zeitpunkt hinaus seine Beschäftigung erzwingen, selbst dann nicht, wenn der Tenor lautet „Die beklagte Partei wird verurteilt, die Klagepartei zu den bisherigen Bedingungen in der . . .-Abteilung weiter zu beschäftigen“ und der Zusatz „bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits“ fehlt (LAG Nürnberg 30.3.1998 – 4 Ta 56/98).

Ein Erfüllungseinwand des Arbeitgebers ist im Zwangsvollstreckungsverfahren gem. § 888 ZPO grundsätzlich zu berücksichtigen; eine materiell-rechtliche Prüfung, ob der im Rahmen der Zwangsvollstreckung zugewiesene Arbeitsplatz dem Weiterbeschäftigungstitel entspricht, findet jedoch nicht statt (LAG Köln 8.4.2021 – 6 Ta 34/21, BeckRS 2021, 22020).

Die allgemeinen **Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen** (Titel, Klausel, Zustellung) müssen vorliegen. Die Zustellung des Urteils muss nicht im Parteibetrieb erfolgen, da § 750 Abs. 1 S. 2 ZPO die Zustellung durch den Gläubiger „genügen“ lässt; hieraus kann e contrario gefolgert werden, dass die Amtszustellung iRd § 50 Abs. 1 S. 1 ArbGG als

Vollstreckungsvoraussetzung ausreicht (LAG Hessen 27.11.1992 – 9 Ta 376/92, LAGE ZPO § 888 Nr. 30; zur Zustellung im Parteibetrieb LAG Hamm 21.11.1989 – 7 Ta 475/89, LAGE ZPO § 888 Nr. 20).

Alternativ zur Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO kann der Arbeitnehmer nach § 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG bereits im Erkenntnisverfahren beantragen, dass der Arbeitgeber für den Fall der Nichtbeschäftigung zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt wird; die Zwangsvollstreckung nach §§ 887, 888 ZPO ist in diesem Fall ausgeschlossen. Nach Ablauf der gesetzten Frist wandelt sich der Erfüllungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch um (ErfK/Koch ArbGG § 61 Rn. 6; aA BAG 4.10.1989 – 4 AZR 396/89, NZA 1990, 328).

4) Geltendmachung

Der Beschäftigungsanspruch als Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers unterliegt als absolutes Recht nicht tariflichen Ausschlussklauseln. Dies gilt auch für die Frage, welche bestimmte Beschäftigung arbeitsvertraglich geschuldet ist, denn beide Fragen sind untrennbar miteinander verbunden. Der Anspruch auf Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis lässt sich nur dadurch verwirklichen, dass der Arbeitnehmer mit einer bestimmten, arbeitsvertragsgerechten Tätigkeit betraut wird (BAG 15.5.1991 – 5 AZR 271/90, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 23).

2. Klage auf Beschäftigung nach Versetzung

An das

Arbeitsgericht

Klage

In Sachen

– Klagepartei –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

.

– beklagte Partei –

wegen: Beschäftigung

Namens und mit Vollmacht der Klagepartei erheben wir Klage und werden beantragen

Die beklagte Partei wird verurteilt, die Klagepartei zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Niederlassungsleiter in Nürnberg zu beschäftigen.¹

Begründung:

Die Klagepartei ist seit als bei der beklagten Partei beschäftigt. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis sind geregelt im Arbeitsvertrag vom, in der Anlage K 1. Ein Betriebsrat ist gebildet.

Unter § 2 des Arbeitsvertrages ist der Aufgabenbereich der Klagepartei als „Niederlassungsleiter für die Niederlassung in Nürnberg“ beschrieben. Am forderte die beklagte Partei die Klagepartei auf, ab als Niederlassungsleiter in Bremen tätig zu werden. Die bisherige Position der Klagepartei werde mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt.

Beweis: Schreiben der beklagten Partei vom, in der Anlage K 2

Diese Aufgabenzuweisung entspricht nicht den arbeitsvertraglichen Regelungen und ist damit vom Direktionsrecht nicht gedeckt.² Einen Versetzungsvorbehalt enthält der Arbeitsvertrag nicht.³ Durch die ausdrückliche Bezeichnung der Tätigkeit mit „Niederlassungsleiter Nürnberg“ haben die Arbeitsvertragsparteien konkret festgelegt, an welchem Ort welche Tätigkeit von der Klagepartei geschuldet und zu welcher Art Beschäftigung die beklagte Partei verpflichtet ist.

Der Betriebsrat weiß von der angeordneten Versetzung nichts;⁴ dessen ordnungsgemäße Beteiligung wird mit Nichtwissen bestritten. Befugnisse iSd § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG hat die Klagepartei nicht.

Mit Schreiben vom, in der Anlage K 3, lehnte die Klagepartei eine Tätigkeit in Bremen ab⁵ und forderte die beklagte Partei auf, sie als Niederlassungsleiter in Nürnberg zu beschäftigen. Mit Antwortschreiben vom, in der Anlage K 4, lehnte dies die beklagte Partei ab.

Damit ist Klage geboten.⁶

Rechtsanwalt⁷

Anmerkungen

1. Soweit die Voraussetzungen der §§ 285 f. ZPO vorliegen, kann es zweckmäßig sein, auch die künftigen **Annahmeverzugsansprüche** mit einzuklagen. Dies ist insb. dann sinnvoll, wenn die „Versetzung“ zu einer tatsächlichen Unerbringbarkeit der Arbeitsleistung führt (zB räumliche Entfernung). Das BAG hält auch eine Klage auf Feststellung, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen (= konkludente fristlose Änderungskündigung) rechtswirksam und sozial ungerechtfertigt ist und das Arbeitsverhältnis über den Tag der Anordnung zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbestehe, für „richtig“ (BAG 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 26). Dies ist kritisch beurteilt worden: Bei der auf Grund des Direktionsrechts angeordneten Änderung der Art der Beschäftigung handele es sich um eine **Leistungsbestimmung** nach billigem Ermessen (§ 315 BGB, → Anm. 2), deshalb sei gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BGB auf Festsetzung der billigen Leistung zu klagen. Nur in den Fällen, in denen nach Lage der Dinge die Entscheidung des Gerichtes entweder die arbeitgeberseitige Anordnung in vollem Umfang als „billig“ oder aber insgesamt als unwirksam beurteilen muss, sei die Feststellungsklage „ausreichend“ (Löwisch Anm. zu BAG 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 23).

2. Das **Direktionsrecht** (§ 106 GewO) ist ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers. Es gehört zum wesentlichen Inhalt eines jeden Arbeitsverhältnisses und beschreibt den Umfang der „Weisungsbefugnis“ des Arbeitgebers, dh das allgemeine **Weisungsrecht** hat eine Konkretisierungsfunktion hinsichtlich der im Arbeitsvertrag enthaltenen Rahmenbedingungen. Der Umfang der beiderseitigen Hauptleistungspflichten (Vergütungs- und Arbeitspflicht) unterliegt nicht dem allgemeinen Weisungsrecht des Arbeitgebers. Die Regelung der beiderseitigen Hauptleistungspflich-

ten gehört zum Kernbereich des Arbeitsverhältnisses mit der Folge, dass diese **Arbeitsbedingungen** lediglich durch Gesetz, Kollektiv- oder Einzelvertrag bestimmt werden können. Daher findet das Weisungsrecht seine Grenzen in den gesetzlichen Vorschriften sowie den kollektiven und einzelvertraglichen Regelungen. Nicht eingeschränkt wird das Weisungsrecht durch die Vorlage eines „Maskenbefreiungsattestes“, denn das Interesse des Arbeitgebers, den Ausstoß von Aerosolen im Betrieb und am Arbeitsplatz zu minimieren, geht dem Interesse des Arbeitnehmers auch dann vor, wenn dieser aus gesundheitlichen Gründen keine Mund-Nase-Bedeckung tragen kann (LAG Hamburg 13.10.2021 – 7 Sa 23/21, ArbRAktuell 2021, 671). Die Ausübung des Weisungsrechts muss nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) erfolgen (BAG 12.12.1984 – 7 AZR 509/83, NZA 1985, 321 mwN). Die Einhaltung der Grenzen des Direktionsrechts ist vollumfänglich gerichtlich nachprüfbar. Reicht das Direktionsrecht für eine Anordnung des Arbeitgebers nicht aus, ist eine Änderung der Arbeitsbedingungen nur im Wege der Änderungskündigung durchsetzbar.

3. Ist der Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers durch den Arbeitsvertrag sowohl seiner Art als auch der Arbeitsstelle genau bestimmt, so bedeutet jede Zuweisung einer anderen Tätigkeit und eines anderen Arbeitsplatzes eine Änderung des Arbeitsvertrages, die grundsätzlich nicht einseitig vom Arbeitgeber herbeigeführt werden kann (BAG 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, NJW 1956, 359). Anders ist dies im Falle eines Versetzungsvorbehalts (LAG Berlin-Brandenburg 24.4.2015 – 6 Sa 2360/14, NZA-RR 2015, 621), wobei es keinen Unterschied macht, ob im Arbeitsvertrag auf eine Festlegung des Orts der Arbeitsleistung verzichtet wird und diese dem Arbeitgeber im Rahmen von § 106 GewO vorbehalten bleibt oder ob der Ort der Arbeitsleistung bestimmt, aber die Möglichkeit der Zuweisung eines anderen Orts vereinbart wird. In diesem Fall wird lediglich klargestellt, dass § 106 S. 1 GewO gilt und eine Versetzungsbefugnis an andere Arbeitsorte bestehen soll (BAG 19.1.2011 – 10 AZR 738/09, NZA 2011, 631). Auch wenn die Parteien einen Versetzungsvorbehalt vereinbart haben (üblich: „Das Unternehmen behält sich vor, dem Arbeitnehmer bei gleich bleibender Vergütung auch andere gleichwertige zumutbare Tätigkeiten zuzuweisen, die seinen Vorkenntnissen entsprechen.“), kann eine Versetzung durch die Arbeitsgerichte iRd § 315 BGB überprüft werden (BAG 27.3.1980 – 2 AZR 506/78, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 26). IRD billigen Ermessens sind die Arbeitnehmerinteressen einerseits und die betriebliche Übung andererseits abzuwägen (BAG 19.6.1985 – 5 AZR 57/84, DB 1986, 132; 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, BB 1985, 1853; 23.6.1993 – 5 AZR 337/92, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 42; zu Gewissenskonflikten vgl. BAG 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, BB 1985, 1853 und 24.5.1989 – 2 AZR 285/88, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 27, Nr. 35), wobei es Sache des Arbeitgebers ist konkret darzulegen und im Streitfall zu beweisen, dass die Versetzung billigem Ermessen entsprochen hat (LAG Hamm 19.2.2008 – 3 Sa 733/07, BeckRS 2008, 53151). Außerdem ist jede Versetzungsklausel auf einen etwaigen Verstoß gegen höherrangiges Recht zu untersuchen. Nichtig ist eine Versetzungsklausel, die zur Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen führt. Das ist idR der Fall, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung unterliegen sollen, durch die das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört werden würde. Außerdem soll die Stellung des Arbeitnehmers in der betrieblichen Hierarchie und die Höhe seiner Vergütung maßgeblich sein: Gegenüber Arbeitnehmern in Spitzenpositionen mit Spitzenverdiensten kann sich der Arbeitgeber vertraglich weitergehende einseitige Bestimmungsrechte vorbehalten als gegenüber anderen Arbeitnehmern (BAG 28.5.1997 – 5 AZR 125/96, NZA 1997, 1162). Behält sich der Arbeitgeber jedoch vor, dem Arbeitnehmer geringwertigere Tätigkeiten zuzuweisen, ist dies ein schwerwiegender Eingriff in den gesetzlich gewährten Inhaltsschutz und unvereinbar mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (LAG Hamm 6.11.2007 – 14 SaGa 39/07, BeckRS 2008,

50915). Ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist eine örtliche Versetzungsklausel, wenn aufgrund einer anzuwendenden tariflichen Bestimmung zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit auch die Zeit gehört, die der Arbeitnehmer vom vertraglich vereinbarten Beschäftigungsort zum Einsatzort und zurück aufwendet (LAG Niedersachsen 16.2.2011 – 17 Sa 622/10, ArbRAktuell 2011, 321204). Weitere Einzelfälle BeckOK BGB/Jacobs § 307 Rn. 69)

4. Unabhängig von der arbeitsvertragsrechtlichen Zulässigkeit einer Versetzung ist der Betriebsrat iRd § 99 Abs. 1 BetrVG zu beteiligen, wenn dem Arbeitnehmer ein anderer Aufgabenbereich zugewiesen wird und dies voraussichtlich die Dauer von 1 Monat überschreitet bzw. mit einer erheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist (§ 95 Abs. 3 BetrVG). Dieser besondere betriebsverfassungsrechtliche **Versetzungsbegriff** umfasst auch die individualrechtliche Zuweisung eines anderen Arbeitsortes oder einer anderen Tätigkeit, da unter „Arbeitsbereich“ der konkrete Arbeitsplatz und seine Beziehung zur betrieblichen Umgebung in räumlicher, technischer und organisatorischer Hinsicht (BAG 10.4.1984 – 1 ABR 67/82, NZA 1984, 233 und 3.12.1985 – 1 ABR 82/83, AP BetrVG § 95 Nr. 4, Nr. 8; Fitting BetrVG § 99 Rn. 22a) und unter den „Umständen der Arbeitsleistung“ Ort, Art und Weise zu verstehen sind (BAG 10.4.1984 – 1 ABR 67/82, AP BetrVG § 95 Nr. 4). Eine Änderung des Arbeitsbereichs iSd § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG ist objektiv funktional auf die konkret ausgeübte, geschuldete Tätigkeit und den Inhalt der Arbeitsaufgabe bezogen, nicht auf alle vertraglich geschuldeten Arten von Aufgaben; ein anderer Arbeitsbereich wird zugewiesen, wenn sich nach den tatsächlichen Verhältnissen des Betriebes die Betätigung des Arbeitnehmers vor und nach der Zuweisung für einen mit betrieblichen Gegebenheiten vertrauten Beobachter unterscheidet (Künzl BB 1995, 824; BAG 19.2.1991 – 1 ABR 36/90, BB 1991, 1486). Stimmt der Betriebsrat nicht zu, so hat der Arbeitgeber die Zustimmung durch das Arbeitsgericht ersetzen zu lassen, § 99 Abs. 4 BetrVG (BAG 20.9.1990 – 1 ABR 37/90, BB 1991, 550; 19.2.1991 – 1 ABR 36/90, BB 1991, 1486; aA unzutreffend Gerauer BB 1995, 406). Zur Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens kann der Arbeitgeber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben aufgrund seiner vertraglichen Rücksichtnahmepflicht verpflichtet sein (LAG Hamm 12.5.2015 – 14 Sa 904/14, BeckRS 2015, 70507; Revision anhängig unter Az. 1 AZR 367/15). Versetzungen ohne Betriebsratsbeteiligung sind unwirksam (BAG 26.1.1988 – 1 AZR 531/86, AP BetrVG § 99 Nr. 50); der Arbeitnehmer braucht einer betriebsverfassungswidrigen Versetzungsanordnung nicht Folge zu leisten. Selbst bei Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Versetzung soll der Betriebsrat ein Widerspruchsrecht gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG haben, da immer noch kollektive Interessen tangiert sein könnten. Die Beteiligung soll nämlich nicht nur die Interessen des betroffenen Arbeitnehmers wahren, sondern auch die der verbleibenden Belegschaft sowie die betriebsratseigenen Bedürfnisse (Künzl BB 1995, 824).

5. Ein **Leistungsverweigerungsrecht** des Arbeitnehmers kann bestehen, wenn der Arbeitgeber die gesetzlichen, vertraglichen oder dem Ermessen gesetzten Grenzen überschreitet; unzulässige Weisungen lassen die so konkretisierte Arbeitspflicht entfallen und müssen nicht befolgt werden (Tschöpe S. 194 Rn. 54 mit dem zutreffenden Hinweis, auf Grund der auf die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts zu erwartenden fristlosen Arbeitgeberkündigung sei es aus Arbeitnehmersicht wirtschaftlich verträglicher, der Weisung unter Vorbehalt Folge zu leisten und den Umfang der Arbeitspflicht anschließend durch das Arbeitsgericht klären zu lassen). Nach Auffassung des 10. Senats des BAG soll ein Arbeitnehmer nicht – auch nicht vorläufig – an eine „nur“ unbillige Weisung des Arbeitgebers gebunden sein (BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452; hierzu Hromadka NJW 2018, 7 ff.).

6. Die Klage ist nicht fristgebunden. § 4 KSchG ist auch nicht entsprechend anwendbar. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Versetzungsmaßnahme des Arbeitgebers im Rahmen dessen Direktionsrechts hat dennoch zeitnah zu erfolgen. Ein jahrelanges Untätigbleiben des Arbeitnehmers führt zur Verwirkung des Rechts, die Unwirksamkeit der Versetzungsmaßnahme gerichtlich geltend zu machen (LAG Nürnberg 20.7.2005 – 9 (6) Sa 120/03, NZA-RR 2006, 162).

7. Kosten und Gebühren. Von idR 1 Monatsvergütung bis zu einem Vierteljahresentgelt, abhängig vom Grad der Belastungen aus der Änderung der Arbeitsbedingungen für die klagende Partei (ErfK/Koch ArbGG § 12 Rn. 15).

3. Klage auf Beschäftigung gemäß § 164 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB IX

An das

Arbeitsgericht

Klage

In Sachen

– Klagepartei –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

.

– beklagte Partei –

wegen: Beschäftigung

Namens und mit Vollmacht der Klagepartei erheben wir Klage und werden beantragen

Die beklagte Partei wird verurteilt, die Klagepartei als Sachbearbeiter in der Wertpapierabteilung zu beschäftigen.¹

Hilfswise für den Fall des Erfolges des Antrags I. wird beantragt festzustellen, dass die Klagepartei ab gemäß der Tarifgruppe 5 des Manteltarifvertrages für das private Bankgewerbe in der Bundesrepublik Deutschland zu vergüten ist.

Begründung:

Die Klagepartei ist seit als Sachbearbeiter in der Belegaufbereitung bei der beklagten Partei, einer Bank, beschäftigt und wird nach Tarifgruppe 4 des MTV für das private Bankgewerbe vergütet. Die Klagepartei ist mit einem GdB von schwerbehindert.

Beweis: Feststellungsbescheid des Versorgungsamtes vom, in der Anlage K 1

In der Wertpapierabteilung der beklagten Partei war bislang Herr/Frau als Sachbearbeiter/in beschäftigt. Gemäß MTV wird diese Position nach Tarifgruppe 5 vergütet. Herr/Frau ist zum ausgeschieden; die Stelle „Sachbearbeiter/in Wertpapierabteilung“ hat die beklagte Partei innerbetrieblich ausgeschrieben. Es bewarben sich insgesamt drei Personen einschließlich der Klagepartei. Die übrigen zwei Bewerber sind nicht schwerbehindert. Die Position wurde Herrn/Frau übertragen.

Mit der Klage macht die Klagepartei ihren Anspruch darauf geltend, nicht nur ihren Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechend beschäftigt zu werden, sondern darüber hinaus auch jede berufliche Förderung und Unterstützung iRd jeweils bestehenden Möglichkeiten und der Zumutbarkeit zu erfahren, § 164 Abs. 4 Nr. 1–3 SGB IX. Diese Vorschrift gewährt dem Arbeitnehmer zwar keinen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz und auch kein Recht, nach seinen Neigungen und Wünschen beschäftigt zu werden, wohl aber im bestehenden Arbeitsverhältnis einen klagbaren Anspruch darauf, iRd betrieblichen Möglichkeiten so beschäftigt zu werden, dass entsprechend der Vorbildung und dem Gesundheitszustand die vorhandenen Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwertet und weiterentwickelt werden können (BAG 10.7.1991 – 5 AZR 383/90, NZA 1992, 27; BAG 23.1.1964 – 2 AZR 289/63, AP SchwBeschG § 12 Nr. 2).² Die Vorschrift des § 81 Abs. 4 SGB IX beinhaltet damit eine privatrechtlich gesteigerte Fürsorgepflicht gegenüber dem Schwerbehinderten (BAG 28.5.1975 – 5 AZR 172/74, AP SchwBeschG § 12 Nr. 6 mit zust. Anm. Schwedes; BAG 10.7.1991 – 5 AZR 383/90, NZA 1992, 27).³

Die Klagepartei verfügt über ausreichende Fachkenntnisse, um die ausgeschriebene Position zu besetzen. (.). Auch steht ihr Gesundheitszustand einer Beschäftigung wie beantragt nicht entgegen. (.).

Damit hätte die Klagepartei berücksichtigt werden müssen. Der Hilfsantrag auf Vergütung gemäß Tarifgruppe 5 ergibt sich aus dem Beschäftigungsanspruch selbst, da der bisherige Stelleninhaber erstens nach Gruppe 5 vergütet worden ist und der MTV im Übrigen die Position „Sachbearbeiter Wertpapierabteilung“ ausdrücklich der Tarifgruppe 5 zuordnet.

Rechtsanwalt

Anmerkungen

1. Ein solcher auf § 164 Abs. 4 SGB IX gestützter Leistungsantrag ist zulässig und gemäß § 888 ZPO vollstreckbar (BAG 19.9.1979 – 4 AZR 887/77, AP SchwbG aF § 11 Nr. 2; aA Anm. Clemens zu dieser Entscheidung: die Zuweisung der von der Klagepartei begehrten Stellung hänge nicht vom Willen des Schuldners ab). Der Anspruch entsteht unmittelbar kraft Gesetzes (Kreutzberg-Kowalczyk RdA 2021, 137; Nassibi NZA 2012, 270 zur Vorgängerregelung § 81 Abs. 4 SGB IX aF).

2. Die Verletzung der sich aus § 164 Abs. 4 SGB IX ergebenden beruflichen Förderungspflicht kann sowohl Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (BAG 10.7.1991 – 5 AZR 383/90, AP SchwbG 1986 § 14 Nr. 1) als auch vertragliche Schadensersatzansprüche in Höhe der entgangenen Vergütung auslösen (Kreutzberg-Kowalczyk RdA 2021, 137). Str. ist, ob der Schwerbehinderte die Freikündigung eines Arbeitsplatzes verlangen kann (abl. BVerwG 28.2.1968 – V C 3366, AP SchwBeschG § 14 Nr. 29 = DB 1968, 856; zust. BAG 8.2.1966 – 1 AZR 365/65, AP SchwBeschG § 14 Nr. 4 für den Fall, dass der zu kündigende Arbeitnehmer nicht auch behindert ist und die Kündigung für ihn keine soziale Härte darstellt).

3. Aus dieser Auslegung des § 164 Abs. 4 SGB IX ergibt sich zunächst die grundsätzliche Verpflichtung des Arbeitgebers, den Schwerbehinderten jeweils so zu beschäftigen, dass dieser seine Kenntnisse und Fähigkeiten möglichst voll verwerten kann. Dem entspricht zugleich das Verbot unterwertiger Beschäftigung Schwerbehinderter. Die entsprechende Beschäftigungspflicht kann darüber hinaus so weit gehen, dem Schwerbehinderten zu ermöglichen, iRd betrieblichen Gegebenheiten aufzusteigen, wie es der Weiter-