

**2 Sa 62/10**  
28 Ca 8147/08  
(ArbG München)

Verkündet am: 18.08.2011

Souli  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

C.  
C-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.  
D-Straße, A-Stadt

gegen

Firma E.

A-Straße, A-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. F.  
F-Straße, A-Stadt

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Waitz und die ehrenamtlichen Richter Zehentmair und Gerstandl

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 19.11.2009 – 28 Ca 8147/08 – wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.**
  
- 2. Die Revision wird zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch über den Inhalt des Beschäftigungsanspruchs des Klägers.

Der 1961 geborene Kläger war seit 1985 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten beschäftigt. Nach einem Arbeitsvertrag vom Dezember 2001/Januar 2002 (Bl. 23 ff d.A.) wird er „als außertariflicher Angestellter“ weiter beschäftigt. Weiter heißt es in dem Arbeitsvertrag u.a.:

„§ 2 Aufgabengebiet und Arbeitspflicht, Direktionsrecht

- (1) Der Angestellte wird als Geschäftsgebietsleiter Grundsatzplanung eingesetzt.

Die Gesellschaft kann dem Angestellten nach billigem Ermessen auch andere Aufgaben übertragen, sofern sie seiner Vorbildung, seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechen . ...“

Mit Wirkung zum 1.1.2004 ging das Arbeitsverhältnis in Folge Betriebsübergangs auf die Beklagte über. Mit Schreiben vom 22.4.2004 (Bl. 32 f d.A.) wurde dem Kläger die Leitung der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST übertragen und mitgeteilt, er nehme seine Aufgaben als leitender Angestellter i.S.d. § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG wahr. Ein Organigramm der Beklagten mit dem Stand 22.4.2004 (Anlage K 28, Bl. 247 d.A.) gibt die Detailorganisation der Netzstrategie IN-ST wieder. Danach besteht die Netzstrategie aus den vier Bereichen Netzentwicklung, Netzrichtlinien und Qualitätscontrolling, Projektführung und Finanzführung. Dazu kommt das Projekt NIS-Works. Der gesamte Bereich Netzstrategie bestand damals aus 55 Arbeitnehmern.

Am 19.9.2005 wurde der Kläger von seinen Aufgaben als Leiter der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST entbunden. Mit Schreiben vom 12.12.2005 wurde er von der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST wegversetzt und ihm die Aufgabe „Leitung Sonderprojekte“ übertragen. Mit diesem Schreiben sprach die Beklagte vorsorglich eine ordentliche Änderungskündigung zum 31.7.2010 aus, außerdem am 20.3.2006 eine vorsorgliche Beendigungskündigung zum 31.10.2010. Im Verfahren 3 Ca 18169/05 beim Arbeitsgericht München bzw. 4 Sa 968/06 beim Landesarbeitsgericht München wurde rechtskräftig festgestellt, dass sowohl die Versetzung als auch die vorsorglichen Kündigungen rechtsunwirksam seien. Ein vorsorglicher Auflösungsantrag der Beklagten wurde zurückgewiesen.

In einem weiteren Verfahren (11 Ca 17689/07 beim Arbeitsgericht München) machte der Kläger einen Anspruch auf Beschäftigung zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Leiter der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST geltend. In einem Vergleich vom 11.4.2008 verpflichtete sich die Beklagte, den Kläger ab 1.6.2008 zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Leiter der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST weiter zu beschäftigen (Bl. 88 f d.A.). In der Verhandlung hatte die Beklagte darauf hingewiesen, dass strukturelle Änderungen ihrer Organisation vorbehalten und geplant seien. Im Mai 2008 hatte die Geschäftsführung der Stadtwerke A-Stadt GmbH, der

Konzernmutter der Beklagten, einen Beschluss zur organisatorischen Neuausrichtung der Beklagten gefasst (Anlage K 16 = Anlage B 1, Bl. 169 ff d.A.). Darin ist u.a. die Aufbauorganisation der Beklagten mit dem Stand 1.4.2008 sowie die künftige Aufbauorganisation ab 1.6.2008 wiedergegeben. Wegen des Organigramms der Beklagten mit dem Stand 3.1.2011 wird auf Bl. 612 d.A. Bezug genommen, wegen weiterer von den Parteien vorgelegter Organigramme auf die Anlagen K 28 bis K 33 (Bl. 247 ff a.A.) sowie die Anlage BB 5 (Bl. 789 ff d.A.) Bezug genommen.

Zum Jahreswechsel 2008/2009 wurden bestimmte Tätigkeiten, für die der Kläger bis dahin verantwortlich war, auf die E Services GmbH übertragen. Diese Gesellschaft ist ebenso wie die Beklagte eine Tochtergesellschaft der Stadtwerke A-Stadt GmbH. Die dem Kläger im Jahre 2008 noch unterstellten fünf Mitarbeiter wechselten in die E Services GmbH. Änderungen des organisatorischen Aufbaus der Beklagten sind Gegenstand von Beschlüssen der Geschäftsführung der Stadtwerke A-Stadt GmbH vom November/Dezember 2008 (Anlage B 14, Bl. 145 ff d.A.). Mit Schreiben vom 4.12.2008 (Anlage B 21, Bl. 408 ff d.A.) informierte die E Services GmbH den Kläger über einen Konzernwechsel von der Beklagten zur E Services GmbH und bot dem Kläger einen neuen Arbeitsvertrag an. Der Kläger lehnte einen neuen Arbeitsvertrag ab.

Der Kläger hat schon erstinstanzlich geltend gemacht, er werde nicht entsprechend dem Vergleich vom 11.4.2008 beschäftigt. Nach dem Vergleichsschluss sei ihm eine Stelle zugewiesen worden, die zwar den Titel „Leiter der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST“ trage, tatsächlich jedoch so gut wie nichts mehr mit seinem bisherigen Aufgabengebiet gemeinsam habe. Aufgrund einer vorgeschobenen Neuorganisation der Beklagten seien im alle wesentlichen Aufgabengebiete entzogen worden und seine Personalverantwortung von 55 auf 5 Mitarbeiter reduziert worden. Die darin liegende Versetzung sei aus mehreren Gründen unwirksam. Auch wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats habe er einen Anspruch auf Beschäftigung gemäß dem zuletzt erteilten Arbeitsauftrag.

Der Kläger hat in erster Instanz folgende Anträge gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, dem Kläger die Leitung der Fachbereiche Netzentwicklung/Strukturplanung (mit dem Inhalt

Versorgungskonzeption und Stellungnahmen), netztechnische Richtlinien und Dokumentation/Qualitätscontrolling (mit dem Inhalt Qualitätsmanagement, Netztechnische Richtlinien, Dokumentationssteuerung und NIS-Anforderungskoordination), Projektführung/Projektplanung (mit dem Inhalt Anlagen und Sonderprojekte, Versorgungsprojekte, Projekte Strom und Rohrsparten-Projekte) sowie Finanzführung/Projektcontrolling (mit dem Inhalt Finanzplanung und Projektcontrolling) zu entziehen.

2. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten am 2.6.2008 vorgenommene Versetzung des Klägers durch Entzug der von ihm bisher wahrgenommenen Leitung der Fachbereiche Netzentwicklung/Strukturplanung (mit dem Inhalt Versorgungskonzeption und Stellungnahmen), Netztechnische Richtlinien und Dokumentation/Qualitätscontrolling (mit dem Inhalt Qualitätsmanagement, Netztechnische Richtlinien, Dokumentationssteuerung und NIS-Anforderungskoordination), Projektführung/Projektplanung (mit dem Inhalt Anlagen und Sonderprojekte, Versorgungsprojekte, Projekte Strom und Rohrspartenprojekte) sowie Finanzführung/Projektcontrolling (mit dem Inhalt Finanzplanung und Projektcontrolling) unwirksam ist.
3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu unveränderten Bedingungen als Leiter der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST mit der Aufgabe, die Fachbereiche Netzentwicklung/Strukturplanung (mit dem Inhalt Versorgungskonzeption, Netzberechnung und –simulation, Stellungnahmen), Netztechnische Richtlinien und Dokumentation/Qualitätscontrolling (mit dem Inhalt Qualitätsmanagement, Netztechnische Richtlinien, Dokumentationssteuerung NIS-Anforderungskoordination), Projektführung/Projektplanung (mit dem Inhalt Anlagen und Sonderprojekte, Versorgungsprojekte, Projekte Strom und Rohrsparten-Projekte) sowie Finanzführung/Projektcontrolling (mit dem Inhalt Finanzplanung und Projektcontrolling) zu leiten, weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, die Beschäftigung des Klägers bedürfe aufgrund der organisatorischen Neuausrich-

tung der Beklagten durch den Beschluss der Geschäftsführung der Stadtwerke A-Stadt GmbH vom 27.5.2008 (Bl. 93 ff) einer Konkretisierung. Der Kläger habe keinen Anspruch, dass die Position des Leiters der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST statisch und unverändert bleibe. Die Beschäftigung des Klägers gemäß den Vorgaben des oben genannten Beschlusses sei betriebsverfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, denn der Betriebsrat habe die organisatorische Neuausrichtung der Beklagten ausdrücklich gebilligt.

Mit Endurteil vom 19.11.2009 hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass die von der Beklagten am 2.6.2008 vorgenommene Versetzung des Klägers durch Entzug der von ihm bisher wahrgenommenen Leitung der Fachbereiche Netzentwicklung/Strukturplanung (mit dem Inhalt Versorgungskonzeption und Stellungnahmen), Netztechnische Richtlinien und Dokumentation/Qualitätscontrolling (mit dem Inhalt Qualitätsmanagement, Netztechnische Richtlinien, Dokumentationssteuerung und NIS-Anforderungskoordination), Projektführung/Projektplanung (mit dem Inhalt Anlagen und Sonderprojekte, Versorgungsprojekte, Projekte Strom und Rohrsparten-Projekte sowie Finanzführung/Projektcontrolling (mit dem Inhalt Finanzplanung und Projektcontrolling) unwirksam ist. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, im Rahmen der vorgenommenen Neuausrichtung der Beklagten gemäß Beschluss vom 27.5.2008 sei dem Kläger ein erheblicher Teil der bisher wahrgenommenen Aufgaben und des ihm unterstellten Personals auf Dauer entzogen worden. In der Neuorganisation sei eine Versetzung nach §§ 95 Abs. 3, 99 BetrVG zu sehen, die wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats unwirksam sei. In der Zustimmung des Betriebsrats zur organisatorischen Neuausrichtung liege keine ausreichende Zustimmung zur darin mitenthaltenen Versetzung des Klägers. Dagegen stehe dem Kläger der geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch nicht zu. Der Kläger könne nur seine Beschäftigung zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen verlangen, nicht aber zu den bisherigen tatsächlichen Bedingungen. Hinzu komme, dass der bisherige Arbeitsplatz des Klägers in der von ihm geltend gemachten Ausprägung aufgrund der vorgenommenen Organisationsänderung bei der Beklagten gar nicht mehr existiere.

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien sowie der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Gegen dieses, den Klägervertretern am 17.12.2009 zugestellte Endurteil richtet sich die Berufung des Klägers, die am Montag, 18.1.2010 eingegangen und am 17.3.2010 begründet worden ist, nachdem die Berufungsbegründungsfrist bis zu diesem Tag verlängert worden war.

Nach Ansicht des Klägers hat das Arbeitsgericht die Auswirkungen der Unwirksamkeit der Versetzung auf den Beschäftigungsanspruch verkannt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts habe der Arbeitnehmer nach einer unwirksamen Versetzung einen Anspruch auf Beschäftigung mit der bisherigen Tätigkeit. Da ein neuer Tätigkeitsbereich nicht wirksam zugewiesen worden sei, bleibe es bei dem zuletzt erteilten Arbeitsauftrag. Seinem Anspruch würden die Umorganisationsmaßnahmen bei der Beklagten nicht entgegenstehen. Ein großer Teil der Aufgabenbereiche, für die er zuständig gewesen sei, existiere nämlich weiter bei der Beklagten. Wegen der Einzelheiten hierzu wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 28.4. und 20.7.2011 Bezug genommen. Darin stellt der Kläger den im früheren Geschäftsbereich Netzstrategie IN-ST wahrgenommenen Aufgaben und Tätigkeiten Aufgaben nach dem aktuellen Organigramm der Beklagten gegenüber, die nach seiner Auffassung den früheren Aufgaben entsprechen. Nur einige Aufgaben würden nun von der E Services GmbH wahrgenommen.

Der Kläger hat seine in der Berufungsbegründung angekündigten Anträge umformuliert und stellt zuletzt folgende Anträge:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 19.11.2009 – Az: 28 Ca 8147/08 – dem Kläger zugestellt am 17.12.2009, wird abgeändert, soweit die Klage abgewiesen wurde.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu unveränderten Bedingungen als Leiter der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST mit der Aufgabe, die Fachbereiche Netzentwicklung (mit den Fachaufgaben Versorgungskonzeption – jetzt als „Technisch-wirtschaftliche Steuerung für die Sparten Strom, Wärme und Wasser“ sowie „Querschnittsfunktionen/Geschäftsentwicklung“ bezeichnet – und Netzkonzeption – jetzt als

Bereitstellung & Betrieb/Konzepte für Strom, Wärme und Wasser“ bezeichnet), Netzrichtlinien und Qualitätscontrolling (mit den Fachaufgaben Service-Level-Agreements, Richtlinienkompetenz, Dokumentationssteuerung – jetzt alles unter „Technisch-wirtschaftliche Steuerung/Daten & Prozesse“ gefasst), Projektführung (mit den Fachaufgaben Interessenvertretung und Kundenberatung, Sonderprojekte und Großprojekte, Versorgungsprojekte, Projekte Strom, Projekte Fernwärme/Gas/Wasser – jetzt alles unter „Bereitstellung & Betrieb/Umsetzungssteuerung sowie Unterstützung für „Querschnittsfunktionen/Geschäftsentwicklung“ gefasst) sowie Finanzführung (mit den Fachaufgaben Finanzplanung und Projektcontrolling - jetzt als „Querschnittsfunktionen/Umsetzungscontrolling“ sowie Unterstützung für „Querschnittsfunktionen/Geschäftsentwicklung“ bezeichnet) zu leiten, weiter zu beschäftigen.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, dem Kläger die Leitung der Fachbereiche Netzentwicklung (mit den Fachaufgaben Versorgungskonzeption und Netzkonzeption), Netzrichtlinien und Qualitätscontrolling (mit den Fachaufgaben Service-Level-Agreements, Richtlinienkompetenz und Dokumentationssteuerung), Projektführung (mit den Fachaufgaben Interessenvertretung und Kundenberatung, Sonderprojekte und Großprojekte, Versorgungsprojekte, Projekte Strom und Projekte Fernwärme/Gas/Wasser) sowie Finanzführung (mit den Fachaufgaben Finanzplanung und Projektcontrolling) ohne Zustimmung des Betriebsrats bzw. Ersetzung der Zustimmung durch des Arbeitsgerichts zu entziehen.

Hilfsweise stellt er den Antrag 2 mit der Maßgabe, dass die Formulierungen „Jetzt als ... bezeichnet“ wegfallen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die geänderte Fassung des Antrags 2 für eine unzulässige Klageänderung. Außerdem sei dieser Antrag unzulässig, da nicht hinreichend bestimmt.

In der Sache hält die Beklagte die Entscheidung des Arbeitsgerichts für zutreffend. Die Unwirksamkeit der Versetzung führe nicht ohne Weiteres zur Begründetheit der weiteren Anträge des Klägers. Die vom Kläger zitierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Eine Beschäftigung zu den vom Kläger begehrten Bedingungen sei nämlich nicht möglich. Der Kläger beanspruche Aufgabenbereiche für sich, die nicht zu seinen Aufgaben als Leiter des Geschäftsbereichs IN-ST gehört hätten. Die meisten Aufgaben hätten sich inhaltlich im Laufe der Zeit vollständig geändert. Viele der im aktuellen Organigramm genannten Aufgaben, die der Kläger beanspruche, seien neu und mit früheren Aufgaben des Klägers nicht vergleichbar. Das Begehren des Klägers laufe auf eine Neuordnung des Konzerns hinaus. Der Kläger habe aber keinen Anspruch darauf, dass die Struktur der Beklagten und des Konzerns grundlegend geändert wird. Wegen der Einzelheiten zu den früheren Aufgaben des Klägers und den vom Kläger beanspruchten Aufgaben wird auf den Schriftsatz vom 22.6.2011 Bezug genommen. Darin stellt die Beklagte die früheren Aufgaben des Klägers dar und nimmt dann zu den Aufgaben Stellung, die der Kläger unter Zugrundelegung des aktuellen Organigramms beansprucht. Schließlich werden die Tätigkeitsbereiche derjenigen Mitarbeiter aus der Sicht der Beklagten beschrieben, die nach Ansicht des Klägers (jedenfalls teilweise) zu seinen früheren Aufgaben gehörten.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 17.3.2010, 28.4.2011 und 20.7.2011 sowie der Beklagten vom 7.5. und 22.6.2011 Bezug genommen, außerdem auf die Sitzungsniederschriften vom 30.6.2010, 3.3.2011 und 28.7.2011. Den Schriftsatz der Beklagten vom 10.8.2011 hat das Gericht bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt.

## Entscheidungsgründe:

### I.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber unbegründet, denn der Kläger hat insbesondere keinen Anspruch darauf, mit den in beiden Anträgen genannten Aufgaben beschäftigt zu werden.

1. Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 64 Abs. 2 b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

2. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Antrag 2 in seiner zuletzt gestellten Fassung. Die Umformulierung dieses Antrags stellt keine Klageänderung nach §§ 533, 263 ZPO dar. Eine Klageänderung liegt insbesondere vor, wenn der Streitgegenstand geändert wird. Da der Streitgegenstand nach Ansicht des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts sich aus dem Antrag und dem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt ergibt, kann eine Umformulierung des Klageantrags zwar eine Klageänderung darstellen. Keine Klageänderung ist es jedoch, wenn der Kläger seinen Antrag ohne inhaltliche Änderung nur präziser formuliert (Thomas/Putzo, ZPO, § 263 Rn 4). Ein solcher Fall liegt hier vor. Der Kläger hat weder sein Begehren geändert, noch trägt er einen neuen Lebenssachverhalt vor. Mit der Umformulierung verdeutlicht er lediglich sein Begehren und möchte dieses entsprechend den gerichtlichen Hinweisen im Beschluss vom 3.3.2011 hinreichend bestimmt formulieren.

3. Nur der Antrag 2 auf Beschäftigung ist zulässig.

a) Er ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Mit dem Erfordernis, einen bestimmten Antrag zu stellen, wird zum einen der Streitgegenstand abgegrenzt, zum anderen wird eine Voraussetzung für die etwa erforderlich werdende Zwangsvollstreckung geschaffen. Deshalb muss der Antrag den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbe-

fugnis (§ 308 ZPO) abstecken, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lassen und darf das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzen. Schließlich muss eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streites im Vollstreckungsverfahren möglich sein. Bei Anwendung dieser Grundsätze hat es das Bundesarbeitsgericht bei einem Urteil auf Weiterbeschäftigung für ausreichend angesehen, wenn die Art der ausgerichteten Beschäftigung des Arbeitnehmers aus dem Titel ersichtlich ist (Beschluss vom 15.4.2009 – 3 AZB 93/08 – NZA 2009, 917).

Der Antrag des Klägers genügt den genannten Anforderungen. Aus ihm ergeben sich die Aufgaben, für die der Kläger als Leiter verantwortlich sein soll. Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass bei einer Verurteilung entsprechend dem Antrag ein Streit darüber nicht auszuschließen ist, ob bezüglich einzelner konkreter Verantwortlichkeiten die Verpflichtung aus dem Urteil erfüllt wurde oder nicht. Das Rechtsstaatsprinzip und das daraus folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes rechtfertigen es allerdings, dass an die Bestimmtheit des Antrags keine Anforderungen gestellt werden, die nicht erfüllt werden können. Bei einem denkbaren Streit im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens muss das Vollstreckungsgericht eine möglicherweise schwierige Klärung der Frage herbeiführen, ob gegen die aus dem Titel folgende Verpflichtung verstoßen wurde (BAG vom 15.4.2009 aaO Rn 14) und wird dann, wenn eine solche Klärung nicht möglich sein sollte, von Vollstreckungsmaßnahmen absehen.

b) Dagegen ist der Feststellungsantrag 3 nach § 256 ZPO unzulässig. Dabei kann dahinstehen, ob die Berechtigung der Beklagten, dem Kläger die Leitung der im Antrag genannten Fachbereiche zu entziehen, ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis betrifft. Jedenfalls fehlt ein Feststellungsinteresse i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO. Ein solches Feststellungsinteresse liegt nur vor, wenn einem subjektiven Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit dadurch droht, dass die Beklagte es ernstlich bestreitet oder sie sich eines Rechts gegen den Kläger berüht und wenn das erstrebte Feststellungsurteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (Zöller/Greger, ZPO, Rn 7 zu § 256 m.w.N.). Aus dem Umstand, dass die Beklagte den Kläger am 2.6.2008 ohne Zustimmung des Betriebsrats versetzt hat, kann ein Feststellungsinteresse nicht abgeleitet werden. Eine Gefahr, dass die Beklagte dem Kläger die im Antrag genannte Leitungsfunktion ohne Zu-

stimmung des Betriebsrats bzw. Ersetzung der Zustimmung entzieht, besteht nicht mehr. Die Beklagte hat gegen das erstinstanzliche Urteil keine Berufung eingelegt und berührt sich nicht mehr der Befugnis, den Kläger ohne Zustimmung des Betriebsrats bzw. Ersetzung seiner Zustimmung zu versetzen. Sie hält den Kläger auch nicht mehr für einen leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG.

4. Der Beschäftigungsantrag 2 ist unbegründet, weil der Kläger keinen Anspruch darauf hat, in der im Antrag beschriebenen Leitungsfunktion beschäftigt zu werden.

a) Dieser Anspruch ergibt sich nicht aus dem Vergleich vom 11.4.2008 im Verfahren 11 Ca 17689/07. Grundlage dieses Vergleichs war der Hinweis der Beklagten, dass strukturelle Änderungen in der Organisation der Beklagten vorbehalten und geplant sind. Die im Vergleich geregelten Verpflichtungen sollten also nur gelten, solange ihnen Organisationsentscheidungen nicht entgegenstehen. Nach dem eigenen Sachvortrag des Klägers beruht die Versetzung, deren Unwirksamkeit das Arbeitsgericht festgestellt hat, auf einem Beschluss der Geschäftsführung der Stadtwerke A-Stadt GmbH vom 27.5.2008 zur organisatorischen Neuausrichtung der Beklagten. Damit ist die Grundlage des Vergleichs weggefallen, und es kann offenbleiben, welchen genauen Inhalt die im Vergleich geregelte Verpflichtung haben sollte.

b) Der schriftliche Arbeitsvertrag des Klägers begründet jedenfalls isoliert betrachtet den geltend gemachten Anspruch nicht. Im Vertrag vom Dezember 2001/Januar 2002 ist die im Antrag beschriebene Leitungsfunktion nicht geregelt. Das Schreiben der Stadtwerke A-Stadt GmbH vom 27.4.2004 hat trotz der Unterzeichnung durch den Kläger die arbeitsvertraglich geregelte Tätigkeit nicht geändert. Die Formulierung, dem Kläger werde die Leitung der Organisationseinheit Netzstrategie IN-ST übertragen, ist keine Neuregelung der arbeitsvertraglichen Tätigkeit. Gegen einen entsprechenden Willen spricht schon, dass sich dann die Beklagte ihrer Umsetzungsmöglichkeiten begeben hätte und der Kläger bei möglichen Organisationsänderungen im Rahmen der Sozialauswahl nicht mit anderen Mitarbeitern vergleichbar wäre. Im Übrigen ist eine Ergänzung des Arbeitsvertrages erst im folgenden Absatz angesprochen, nämlich soweit es um die Aufgaben eines leitenden Angestellten geht.

c) Es spricht viel für die Annahme des Arbeitsgerichts, der Kläger habe wegen der Unwirksamkeit der Versetzung keinen Anspruch auf eine unveränderte Belassung seiner bisher wahrgenommenen Aufgaben, sondern könne nur eine Ausübung des Direktionsrechts im Rahmen des Vertrages und nach billigem Ermessen verlangen.

Der Kläger weist allerdings zutreffend darauf hin, dass das Bundesarbeitsgericht in mehreren Urteilen einen Anspruch auf Beschäftigung auf dem Arbeitsplatz, der vor der unwirksamen Versetzung eingenommen wurde, bejaht hat. Im Urteil vom 2.4.1996 (1 AZR 743/95 – NZA 1997, 112) hat es angenommen, der Arbeitnehmer könne sich auf die Unwirksamkeit einer Versetzung wegen der Verletzung des Mitbestimmungsrechts berufen. Es bleibe dann bei dem zuletzt erteilten Arbeitsauftrag, solange ein neuer Tätigkeitsbereich nicht wirksam zugewiesen werden könne (ähnlich Urteile vom 26.1.1988 – 1 AZR 531/86 – NZA 1988, 476 und vom 24.4.1996 – 4 AZR 976/94 – NZA 1997, 104).

Gegen einen klageweise durchsetzbaren Anspruch darauf, mit der konkreten Tätigkeit vor einer unwirksamen Versetzung beschäftigt zu werden, spricht jedoch, dass damit durch eine unwirksame Versetzung ein Anspruch geschaffen würde, der davor nicht bestand. Wie ausgeführt bezieht sich der Arbeitsvertrag des Klägers nicht auf eine ganz konkrete Tätigkeit. Vielmehr kann die Beklagte dem Kläger insbesondere unter Beachtung von § 106 GewO und des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats unterschiedliche Tätigkeiten zuweisen (s.a. LAG München vom 13.8.2009 – 3 Sa 91/09 – Juris insbesondere Rn 81 ff). Im Hinblick auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers hätte eine titulierte Verpflichtung zur Beschäftigung mit ganz konkreten Tätigkeiten für den Arbeitnehmer keinen großen Nutzen, denn auch nach den oben angesprochenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts würde diese Beschäftigungspflicht nur solange gelten, bis der Arbeitgeber erneut von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht.

d) Die unter c) behandelte Frage, ob ein Arbeitnehmer nach einer unwirksamen Versetzung eine Beschäftigung mit der früheren Tätigkeit beanspruchen kann, kann vorliegend offen bleiben, weil es die Stelle, die der Kläger vor dem 2.6.2008 innehatte, bei der Beklagten, nicht mehr gibt.

Bei einem Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes wird die Beschäftigung auf diesem Arbeitsplatz unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB; BAG vom 13.6.1990 – 5 AZR 350/89 – Juris, LAG Hamm vom 20.8.2004 – 7 Sa 889/04 – Juris). Unmöglich ist eine Leistung, die tatsächlich nicht mehr erbracht werden kann. Unmöglichkeit liegt insbesondere vor, wenn der Leistungserfolg weder von dem Schuldner noch von einem Dritten herbeigeführt werden kann. Setzt die Leistung eine bestimmte Grundlage voraus, im Arbeitsrecht also den Arbeitsplatz im Betrieb des Arbeitgebers, führt dessen Wegfall dazu, dass die ursprünglich geschuldete Leistung nicht mehr erbracht werden kann. Einem Wegfall des Arbeitsplatzes und der damit verbundenen Unmöglichkeit steht nicht entgegen, wenn die bisherigen Aufgaben nicht entfallen, sondern durch Umorganisation auf andere Bereiche verteilt worden sind (BAG aaO).

Ein solcher Fall liegt hier auch nach dem Sachvortrag des Klägers vor, also auch dann, wenn man zu Gunsten des Klägers unterstellt, die von ihm nach dem aktuellen Organigramm der Beklagten beanspruchten Bereiche würden seinen früheren Zuständigkeitsbereichen entsprechen. Er stellt in seinem Schriftsatz vom 28.4.2011 die Aufgaben, für die er aus seiner Sicht als Leiter der Organisationseinheit Netzwerkentwicklung IN-ST verantwortlich war, bestimmten Aufgabenbereichen gegenüber, die derzeit bei der Beklagten ausgeübt werden, und vertritt die Auffassung, die Aufgaben würden sich entsprechen. Aus dem aktuellen Organigramm der Beklagten, auf das sich auch der Kläger bezieht (Anlage BK 1, Bl. 612 d.A.) ist jedoch ersichtlich, dass diese Aufgaben in verschiedenen Bereichen der Beklagten und nicht unter einer einheitlichen Leitung wahr genommen werden.

Die vom Kläger begehrte Beschäftigung hätte damit zur Folge, dass die Organisationsstruktur der Beklagten geändert werden müsste. Praktisch alle Bereiche der Beklagten würden Verantwortlichkeiten verlieren und an einen Bereich, für den der Kläger die Verantwortung trägt, abgeben. Hierauf besteht ein Anspruch, auch nicht im Hinblick auf eine denkbare Schadensersatzpflicht. Hat die Beklagte die Unmöglichkeit zu vertreten, so ist sie grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet (§ 280 Abs. 1 BGB). Dieser Anspruch richtet sich in erster Linie auf die Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Dies kann nach Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes ein gleichwertiger anderer Arbeitsplatz sein (BAG aaO). Einen solchen Ar-

beitsplatz macht der Kläger in seinem Antrag allerdings nicht geltend. Außerdem haben die Parteien in § 2 des Arbeitsvertrages geregelt, dass die Beklagte den Kläger nach billigem Ermessen auch andere Aufgaben übertragen kann, sofern sie seiner Vorbildung, seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechen. Über eine Schadensersatzpflicht lässt sich keine Leistungspflicht begründen, die über die vertraglich geregelte Verpflichtung hinausgeht.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Kündigungen in Verbindung mit organisatorischen Umstrukturierungen. Danach sind Maßnahmen des Arbeitgebers auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet Unternehmerentscheidungen, die nur ausnahmsweise vom Gericht dahingehend überprüft werden können, ob sie offenbar sachwidrig, missbräuchlich oder willkürlich sind (APS – Kiel, § 1 KSchG, Rn 477 m.w.N.). Die kündigungsrechtliche Frage, ob die Unternehmerentscheidung zu einem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit führt, stellt sich bei der Beurteilung einer Versetzung nicht, denn diese soll dem Arbeitnehmer nicht die Beschäftigung nehmen, sondern zu einer anderen Beschäftigung des Arbeitnehmers führen. Im Hinblick darauf, dass eine Kündigung einen deutlich stärkeren Eingriff in die Position des Arbeitnehmers darstellt als eine Versetzung, wäre es ein Wertungswiderspruch, wenn man annehmen würde, der Arbeitgeber müsse zur Vermeidung einer Versetzung von organisatorischen Änderungen absehen. Gleiches gilt für die Annahme, wegen der Unwirksamkeit einer Versetzung müsse der Arbeitgeber bereits betroffene Organisationsmaßnahmen wieder rückgängig machen, jedenfalls bis zu einer neuen Ausübung seines Umsetzungsrechts.

Schließlich führt eine Betrachtung der beiderseitigen Interessen zu keinem anderen Ergebnis. Das Interesse eines unwirksam versetzten Arbeitnehmers, zu den tatsächlichen Bedingungen vor der unwirksamen Versetzung beschäftigt zu werden, ist zwar schützenswert. Sein Schutz ist aber zeitlich beschränkt bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber rechtmäßig erneut von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht. Wäre ein Arbeitgeber gezwungen, eine Entscheidung zur Umorganisation (vorübergehend) rückgängig zu machen, so würde dies den Kernbereich seiner verfassungsrechtlich garantierten Unternehmerfreiheit berühren. Damit überwiegt sein Interesse das Interesse des Arbeitnehmers.

Es kann nicht davon ausgegangen werden, die Umorganisation der Beklagten, die zur unwirksamen Versetzung des Klägers führe, sei willkürlich oder habe den Zweck gehabt, die bisherige Beschäftigung des Klägers zu vereiteln. Sie wurde von der Konzernmutter der Beklagten beschlossen und betrifft praktisch alle Bereiche des Unternehmens, teilweise sogar des Konzerns. Die Beklagte hat diese Umorganisation im Prozess erläutert und die zugrunde liegenden Beschlüsse vorgelegt. Der Kläger stellt nicht in Frage, dass die Maßnahmen, die weit über den ursprünglichen Verantwortungsbereich des Klägers hinausgehen, tatsächlich umgesetzt wurden.

5. Aus den genannten Gründen ist auch der Hilfsantrag 2 unbegründet.

## II.

Nach § 97 Abs. 1 ZPO trägt der Kläger die Kosten seiner erfolglosen Berufung.

## III.

Die Zulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. Den Rechtsfragen in Verbindung mit dem Beschäftigungsanspruch nach einer unwirksamen Versetzung kommt über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus grundsätzliche Bedeutung zu.

## **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

**Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt**

**Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt**

**Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000**

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Waitz

Zehentmair

Gerstandl