proT-in
Bundesvorstand
Kellerbergstr. 16
57319 Bad Berleburg
eMail bundesvorstand@proT-in.de
Tel. (0 27 51) 95 91 96

# Landesarbeitsgericht Hamburg

## Urteil

**Im Namen des Volkes**

**Geschäftszeichen:**

**8 Sa 50/13**
(11 Ca 316/12 ArbG Hamburg)

Verkündet am:
30.01.2014

Ohde, JOS'in
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

**In dem Rechtsstreit**

**-Kläger / Berufungskläger-**

Prozessbevollmächtigte:

gegen

**Deutsche Telekom AG**

**- Beklagte / Berufungsbeklagte-**

Prozessbevollmächtigte:

erkennt das Landesarbeitsgericht Hamburg, 8. Kammer,
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. Januar 2014
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Rühl als Vorsitzenden
den ehrenamtlichen Richter Brade
den ehrenamtlichen Richter Albrecht
**für Recht:**

1. Auf die Berufung wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 21.05.2013 (11 Ca 316/12) abgeändert:

   Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu den Bedingungen des Arbeitsvertrags vom mit Tätigkeiten gemäß der Entgeltgruppe T 2 des Entgeltrahmentarifvertrags der Deutschen Telekom AG vollzeitig am Arbeitsort Hamburg zu beschäftigen.

   Die Anschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit zu zahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger eine Entgeltabrechnung für den Monat Januar 2014 zu erteilen, aus der die Bestandteile des Arbeitsentgelts, die Abzüge und der Abrechnungszeitraum zu entnehmen sind.

4. Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

# Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist ein weiteres Rechtsmittel nicht gegeben.

Die Nichtzulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht kann selbständig durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Begründung muss enthalten

1. die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtsfrage und deren Entscheidungserheblichkeit, oder

2. die Bezeichnung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer anderen Kammer desselben Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts, von der das Urteil des Landesarbeitsgerichts abweicht, sowie die Darlegung, dass die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht, oder

3. die Darlegung eines absoluten Revisionsgrundes nach § 547 Nr. 1 bis 5 der Zivilprozessordnung oder der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und der Entscheidungserheblichkeit der Verletzung.

Die Beschwerde kann nur ein Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin, der bzw. die bei einem deutschen Gericht zugelassen ist, oder eine Gewerkschaft, eine Vereinigung von Arbeitgebern oder ein Zusammenschluss solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder einlegen und begründen. Dies gilt entsprechend für juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die Beschwerde ist bei dem Bundesarbeitsgericht innerhalb einer Notfrist von **einem Monat** nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils schriftlich einzulegen. Der Beschwerdeschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Urteils beigefügt werden, gegen das die Revision eingelegt werden soll.

Die Beschwerde ist innerhalb einer Notfrist von **zwei Monaten** nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils zu begründen.

Wird der Beschwerde stattgegeben, so wird das Beschwerdeverfahren als Revisionsverfahren fortgesetzt. In diesem Fall gilt die form- und fristgerechte Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde als Einlegung der Revision. Mit der Zustellung der Entscheidung beginnt die Revisionsbegründungsfrist.

Die Revisionsbegründung muss enthalten:

- die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten und dessen Aufhebung beantragt wird (Revisionsanträge),
- die Angabe der Revisionsgründe, und zwar,
  a) die bestimmte Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt,
  b) soweit die Revision darauf gestützt wird, dass das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Tatsachen, die den Mangel ergeben.

Zur Begründung der Revision kann auf die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde Bezug genommen werden.

Die Revision kann nur ein Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin, der bzw. die bei einem deutschen Gericht zugelassen ist, oder eine Gewerkschaft, eine Vereinigung von Arbeitgebern oder ein Zusammenschluss solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder begründen. Dies gilt entsprechend für juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

**Die Frist** für die Begründung der Revision beträgt **zwei Monate.** Die Revisionsbegründungsfrist kann auf Antrag einmal bis zu einem weiteren Monat verlängert werden.

**Hinweis:**

1. Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

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

2. Aus technischen Gründen sind die Beschwerdeschrift, die Beschwerde-/Revisionsbegründungsschrift und die sonstigen wechselseitigen Schriftsätze im Beschwerde-/Revisionsverfahren in **siebenfacher** Ausfertigung (und für jeden weiteren Beteiligten eine Ausfertigung mehr) bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen.

3. Zur Möglichkeit der Einlegung der Beschwerde/Revision mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung vom 9. März 2006 (BGBl I, 519 ff) hingewiesen.

# Tatbestand

Die Parteien streiten um den Beschäftigungsanspruch des Klägers und – im Wege der Klageerweiterung – um Verzugslohnansprüche für Januar 2014 sowie – im Rahmen der unselbständigen Anschlussberufung der Beklagten – weiterhin um den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses.

Wegen des Sach- und Streitstands in erster Instanz wird gemäß § 69 II ArbGG auf die Feststellungen des Arbeitsgerichts (Bl. 171 – 177 d.A.) Bezug genommen. Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Fa. Nokia Siemens Networks (NSN) endete aufgrund arbeitgeberseitiger Kündigung zum ___013, nachdem der Kläger bereits ab dem ___2013 unwiderruflich von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt worden war. Der Kläger ist im Januar 2014 von der Beklagten nicht beschäftigt worden.

Das Arbeitsgericht hat den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses der Parteien festgestellt, den Beschäftigungsanspruch des Klägers jedoch im Hinblick auf das im Zeitpunkt der Entscheidung des Arbeitsgerichts noch bestehende Arbeitsverhältnis mit NSN abgewiesen. Auf die Gründe (Bl. 177 – 182 d.A.) wird Bezug genommen.

Gegen das am 21.05.2013 verkündete und dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 10.06.2013 zugestellte Urteil hat der Kläger am 08.07.2013 Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 10.09.2013 – an diesem Tag begründet.

Der Kläger meint, das Arbeitsgericht habe den Beschäftigungsanspruch des Klägers im Hinblick auf das mit NSN bestehende Arbeitsverhältnis jedenfalls deshalb nicht abweisen dürfen, weil der Kläger ab dem ___2013 unwiderruflich von der Arbeitsleistung freigestellt worden sei. Dies habe das Arbeitsgericht erst nach dem

Tatbestandsberichtigungsantrag des Klägers zur Kenntnis genommen und deshalb seinem Urteil nicht zugrunde gelegt. Allein der Bestand eines weiteren Arbeitsverhältnisses mit der NSN habe dem Beschäftigungsanspruch nicht entgegen gestanden. Der Kläger habe sich insoweit in seinem Schriftsatz vom 13.05.2013 mit der Rechtsauffassung des LAG Schleswig-Holstein im dessen Urteil vom 05.10.2010 kritisch auseinandergesetzt und auf die abweichenden Entscheidungen des LAG Hamburg (5 Sa 99/11) sowie des LAG Mecklenburg-Vorpommern (5 Sa 17/12) Bezug genommen. Darauf sei das Arbeitsgericht nicht in der gebotenen Weise eingegangen. Das Arbeitsgericht hätte auch von seinem Rechtsstandpunkt aus jedenfalls dem auf Beschäftigung ab dem 01.01.2014 gerichteten Hilfsantrag stattgeben müssen. Die Auffassung, ein Beschäftigungsanspruch setzte die rechtskräftige Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisse voraus, sei bereits vom Ansatz her verkehrt. Das Arbeitsgerichts hätte lediglich seiner eigenen Feststellung folgen müssen. Soweit das Arbeitsgericht davon ausgegangen sei, einer tatsächlichen Beschäftigung des Klägers stünden überwiegende Interessen der Beklagten entgegen, habe das Arbeitsgericht den Sachvortrag der Beklagten in deren Schriftsatz vom 17.05.2013 zu Unrecht als unstreitig zugrunde gelegt. Der Kläger habe auf das verspätete Vorbringen der Beklagten nicht entgegnen können. Selbst wenn die Beklagte in ihrer eigenen Betriebsorganisation keine Servicemitarbeiter mehr beschäftige, verfüge sie als Konzernobergesellschaft über die Möglichkeit, ihre Tochtergesellschaften zur Beschäftigung des Klägers zu veranlassen. Die Voraussetzungen, unter denen das Bundesarbeitsgericht von einer konzernweiten Beschäftigungspflicht ausgehe, lägen also vor. Die Beklagte verfüge über den erforderlichen bestimmenden Einfluss auf ihre konzernzugehörigen Tochtergesellschaften gemäß Anlage K 12 (Bl.. 234 d.A.).

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 09.09.2013 (Bl. 223 – 234 d.A.) sowie auf die Schriftsätze vom

16.01.2016 (Bl. 278 – 284 d.A.) und vom 21.01.2014 (Bl. 288f d.A.) Bezug genommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 21.05.2013 (11 Ca 316/12) teilweise abzuändern und

1) die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den Bedingungen des Arbeitsvertrags der Parteien vom .1981 mit Tätigkeiten gemäß der Entgeltgruppe T 2 des Entgeltrahmentarifvertrages der Deutschen Telekom AG (ERTV) vollzeitig am Arbeitsort Hamburg zu beschäftigen.

hilfsweise zu 1)

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den Bedingungen des Arbeitsvertrags der Parteien vom .1981 mit Tätigkeiten gemäß der Entgeltgruppe T 2 des Entgeltrahmentarifvertrages der Deutschen Telekom AG (ERTV) vollzeitig zu beschäftigen.

2) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem zu zahlen;

3) die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger eine Entgeltabrechnung für den Monat Januar 2014 zu erteilen, aus dem die Bestandteile des Arbeitsentgelts, die Abzüge und der Abrechnungszeitraum zu entnehmen sind.

Die Beklagte beantragt,

1) die Berufung des Klägers und die mit der Klageerweiterung geltend gemachten Ansprüche zurückzuweisen.

2) Das Urteil des Arbeitsgerichts vom 31.05.2013 (11 Ca 316/12) abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es die Klage abgewiesen hat.

Das Arbeitsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht „tarifkonstitutiv" beendet worden sei. Das Arbeitsgericht habe den Regelungsgehalt des TV Ratio und seiner Anlagen durch seine gegenteilige Annahme unzulässig verkürzt. Unabhängig davon sei das Interesse des Klägers an einer Feststellung des Arbeitsverhältnisses zur Beklagten jedenfalls verwirkt, weil der Kläger sich erst 6 Jahre und 4 Monate nach Beginn der Beschäftigung bei der Rechtsvorgängerin der NSN auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses berufen habe.

Den Beschäftigungsanspruch des Klägers habe das Arbeitsgericht unter Hinweis auf das Arbeitsverhältnis mit NSN zu Recht abgewiesen. Auf keinen Fall könne der Kläger beanspruchen, in Hamburg beschäftigt zu werden. Der Kläger habe mit der Deutschen Bundespost am ...1981 einen Standardarbeitsvertrag geschlossen, der keinen Arbeitsort festschreibt.

Die Forderung des Klägers, zu unveränderten Arbeitsbedingungen mit Tätigkeiten der Entgeltgruppe T 2 ERTV DTAG enge das

Direktionsrecht der Beklagten zu sehr ein. Wenn man vom Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses ausgehe, bestehe allenfalls ein Anspruch des Klägers auf eine vertragsgemäße Beschäftigung mit der Wertigkeit der Tätigkeit entsprechend der Entgeltgruppe ERTV DTAG. Der Kläger sei bei der Beklagten zuletzt als Transferarbeitnehmer beschäftigt gewesen. Auf sein Arbeitsverhältnis hätten die Regelungen des TV Ratio DTAG Anwendung gefunden. In diesen status quo ante falle der Kläger zurück, wenn man von einer fortbestehenden Arbeitsverhältnis ausgehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Ausführungen der Beklagten wird auf die Berufungserwiderung (Bl. 262 –273 d.A.) verwiesen.

# Entscheidungsgründe

Die Anschlussberufung der Beklagten ist nicht begründet (I). Die Berufung des Klägers ist begründet (II). Das gleiche gilt für die mit der zulässigen Klageerweiterung geltend gemachten Ansprüche (III).

I. Die – logisch vorrangig zu prüfende – Anschlussberufung der Beklagten ist nicht begründet.

Die Ausführungen der Anschlussberufung gehen nicht über den erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten zur Frage des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses hinaus. Die Berufungskammer kann sich daher darauf beschränken, sich die zutreffenden Ausführungen des zu Ziffern 1 und 2 der Entscheidungsgründe (Bl. 177 – 179 d.A.) gemäß § 69 II ArbGG zu eigen zu machen.

Das Recht des Klägers, sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu berufen, ist auch nicht verwirkt. Die Beklagte selbst hat sich hilfsweise auf das Ruhen des Arbeitsverhältnisses berufen. Das Arbeitsgericht ist dem im Hinblick auf das mit NSN bestehende

weitere Arbeitsverhältnis gefolgt. Solange sich aus einem ruhenden Arbeitsverhältnis keine gegenseitigen Ansprüche ergeben, kann allein der Umstand, dass die Feststellung des ruhenden Arbeitsverhältnisses nicht betrieben wird, regelmäßig kein Vertrauen darauf begründen, der Vertragspartner werde auf das Arbeitsverhältnis auch dann nicht mehr zurückkommen, wenn die Umstände, die zum Ruhen des Arbeitsverhältnisses geführt haben, nicht mehr bestehen. Im konkreten Fall bedeutet das, dass vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit NSN schon das Zeitmoment für eine Verwirkung nicht in Lauf gesetzt werden konnte. Selbst wenn man insoweit auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Leistungsaustausch mit NSN abstellt, war die vorliegende Feststellungsklage bereits anhängig, als dieser Leistungsaustausch endete.

II. Die Berufung des Klägers ist begründet.

1. Da das Arbeitsverhältnis der Parteien fortbesteht, hat der Kläger einen Beschäftigungsanspruch aus § 611, 242 BGB i.V.m. Art. I und II GG (vgl. grundlegend BAG Großer Senat – Urteil v. 27.02.1985 – GS 1/84 – BAGE 48, 122, 134f = NZA 85, 702).

2. Es sind keine Umstände ersichtlich, die im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu einer ausnahmsweisen Befreiung der Beklagten von der Beschäftigungspflicht führen.

a) Ob das Bestehen eines anderen Arbeitsverhältnisses der Beschäftigungspflicht entgegen steht, wie das Arbeitsgericht meint, und ob dies ggf. nur so lange der Fall ist, wie der Arbeitnehmer auf der Grundlage des anderen Arbeitsverhältnisses tatsächlich beschäftigt wird, kann im Berufungsrechtszug dahinstehen. Da die Verurteilung zu einer tatsächlichen Beschäftigung in der Vergangenheit ohnehin nicht in Betracht kommt (vgl. BAG v. 29.10.1997 – 5 AZR 573/96 – Tz 16), kommt es auf den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen

Verhandlung in der Tatsacheninstanz an. Zu diesem Zeitpunkt war das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der NSN.

b) Die Beklagte kann sich auch nicht darauf beruhen, zu einer tatsächlichen Beschäftigung des Klägers nicht in der Lage zu sein. Zwar ist davon auszugehen, dass die Beklagte in ihrer eigenen betrieblichen Organisation keine Servicetechniker beschäftigt. Als Konzernobergesellschaft hat sie jedoch bestimmenden Einfluss auf ihre Tochtergesellschaften, bei denen – wiederum unstreitig – Servicetechniker eingesetzt werden. Die Beklagte kann den auf dem zwischen dem Kläger und ihr bestehenden Arbeitsverhältnis beruhenden Beschäftigungsanspruch des Klägers erfüllen, indem sie eine ihrer Tochtergesellschafen anweist, den Kläger zu beschäftigen.

3. Der Kläger hat auch einen Anspruch darauf, in Hamburg beschäftigt zu werden. Zwar obliegt die Bestimmung des Arbeitsortes gemäß § 106 I GewO grundsätzlich dem Weisungsrecht des Arbeitgebers. Das gilt jedoch nicht, wenn im Arbeitsvertrag ein bestimmter Arbeitsort vereinbart ist. Das ist hier der Fall. Laut Arbeitsvertrag der Parteien vom 1981 (Anl. K1, Bl. 5 d.A.) wurde der Kläger beim Fernmeldezeugamt in 2000 Hamburg 54 eingestellt. Der Arbeitsvertrag enthält keinen Hinweis darauf, dass es sich bei der Ortsangabe nur um die Bezeichnung des ersten Einsatzortes des Klägers handelt. Der Beklagten hätte es insoweit freigestanden, mit dem Kläger einen – ggf. bundesweiten – Versetzungsvorbehalt zu vereinbaren. Dies ist jedoch nicht geschehen. Ob sich aus der Ortsangabe „Hamburg 54" nicht sogar eine noch weitere Einschränkung der räumlichen Einsatzmöglichkeit des Klägers herleiten ließe, kann dahinstehen, da sich der Kläger darauf nicht beruft.

4. Da das vom Kläger mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten geschlossene Arbeitsverhältnis gemäß § 613 a BGB auf die Beklagte übergegangen ist, gelten die im Zeitpunkt des Übergangs vereinbarten Arbeitsbedingungen weiter (§ 613 a I 1 BGB). Abgesehen von

vertraglichen Vereinbarungen ist das Direktionsrecht des Übernehmers nicht eingeschränkt. Es bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung darüber, ob die Beklagte ihre Pflichten aus dem Arbeitsvertrag erfüllen kann, indem sie den Kläger an Vivento zur Aufnahme einer Tätigkeit überlässt, die höherwertig ist als die vom Kläger arbeitsvertraglich geschuldete Leistung.

**III.** Dem Kläger stehen auch die mit der Klagerweiterung geltend gemachten Ansprüche zu.

1) Die Klageerweiterung in der Berufungsinstanz ist gemäß § 64 VI ArbGG i.V.m. § 533 ZPO zulässig. Die Beklagte hat der – im Übrigen auch sachdienlichen – Klageerweiterung durch rügelose Einlassung zugestimmt. Die Entscheidung über den mit der Klageänderung geltend gemachten Zahlungsanspruch kann auf der Grundlage der zur Entscheidung über die Berufung ohnehin zu treffenden Feststellungen erfolgen.

2) Der Gehaltsanspruch des Klägers ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag der Parteien in Verbindung mit dem ERTV sowie § 615 I BGB. Die Höhe der monatlichen Vergütung beträgt unstreitig brutto. Der Kläger ist im Januar 2014 trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses nicht beschäftigt worden. Ein tatsächliches Arbeitsangebot war nicht erforderlich, weil die Beklagte die Arbeitsleistung des Klägers abgelehnt hat, indem sie die Abweisung des Feststellungsantrags beantragt hat. Die monatliche Vergütung ist gemäß § 9 I ERTV am 16. den Monats, im vorliegenden Fall also am fällig geworden.

3) Der Anspruch des Klägers auf Abrechnung ergibt sich aus § 108 GewO.

**III.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 VI ArbGG i. V. m. § 97 ZPO.

**IV.** Für die Zulassung der Revision bestand keine Veranlassung. Die Berufungskammer folgt der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die rechtlichen Erwägungen, auf denen das Urteil beruht, haben keine grundsätzliche Bedeutung i. S. v. § 72 II Nr. 1 ArbGG.

Brade Rühl Albrecht

Landesarbeitsgericht Hamburg 10

Für richtige Ausfertigung:

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle