Ausfertigung

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

Arbeitsgericht Berlin
Geschäftszeichen (bitte immer angeben)
36 Ca 12983/16

Verkündet
am 04.04.2017

MENZEL
Gerichtsbeschäftigte/r
als Urkundsbeamter/in
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

Urteil

In Sachen

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:
Rechtsanwaltsbüro Wenning & Schütz,
Kurfürstendamm 157-158, 10709 Berlin

gegen

Deutsche Telekom AG,
vertreten durch d. Vorstandsvorsitzenden
Timotheus Höttges,
Godesberger Allee 83-91, 53175 Bonn **- Beklagte -**

Prozessbevollmächtigte/r:
Ass. jur. Jan-Oliver Petry, Ass. jur. Daniel Tabatabai,
Ass. jur. Claudia Frederking, Ass. jur. Joachim
Ruckriegel
agv comunity, Arbeitgeberverband für
Telekommunikation und IT e.V. - Büro München,
Dingolfinger Str. 1-15, 81673 München

hat das Arbeitsgericht Berlin, 36. Kammer, auf die mündliche Verhandlung vom
04.04.2017
durch den Richter am Arbeitsgericht Kirsch als Vorsitzenden
sowie die ehrenamtliche Richterin Frau Menzel
und den ehrenamtlichen Richter Herrn Köhn
für Recht erkannt:

I.

Es wird festgestellt, dass die mit Schreiben der Beklagten vom 13.09.2016 ausgesprochene Versetzung zur Vivento Customer Services GmbH /Braunschweig unwirksam ist.

II.

Es wird festgestellt, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, ab dem 04. Okt. 2016 – bis derzeit 30. Sept. 2018 – die Arbeit bei der Vivento Customer Services GmbH am Standort Braunschweig aufzunehmen.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

IV.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 7.368,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Versetzung der Klägerin und damit im Zusammenhang stehende Verpflichtungen

Die seit dem 1. April 1986 zunächst bei Rechtsvorgängern der Beklagten und mittlerweile bei jener selbst, einer zum Konzern der Deutschen Telekom gehörenden Telekommunikations-Dienstleisterin, in einem Arbeitsverhältnis stehende Klägerin wurde mit Wirkung zum 1. August 2003 in einen Beschäftigungs- und Qualifizierungsbetrieb mit dem Sitz in der Dernburger Straße in Berlin-Charlottenburg versetzt und von dort in unterschiedliche Projekteinsätze inner- und außerbetrieblich entsandt, zuletzt in Hennigsdorf bei Berlin. Ihr monatliches Bruttoarbeitsentgelt beträgt 3.684,00 EUR.

Ausweislich einer Anlage 2 zu einem Protokoll einer arbeitsmedizinischen Eignungsuntersuchung der Klägerin am 6. März 2013 (Bl. 15 ff.) ist wöchentliches Pendeln mit auswärtiger Übernachtung nicht möglich, ferner bestehen danach gesundheitliche Einschränkungen bezüglich eines Umzuges.

Mit Schreiben unter dem 13. September 2016 (Bl. 8 ff.) versetzte die Beklagte die Klägerin mit Wirkung vom 4. Oktober 2016 bis „derzeit 30. September 2018 in die Vivento Customer GmbH“ in 38100 Braunschweig zum Einsatz als „Sachbearbeiter Backoffice“.

Im Rahmen der am 5. Oktober 2016 bei dem Arbeitsgericht Berlin eingegangenen und der Beklagten am 17. Oktober 2016 zugestellten Klage wendet sich die Klägerin gegen die Versetzung. Ihrer Ansicht nach hat die Beklagte das billige Ermessen bei der Versetzungsanordnung aufgrund ihrer gesundheitlichen Situation nicht gewahrt.

Nach dem einschlägigen Tarifwerk sollten temporäre Einsätze im Regelfall wohnortnah und/oder berufsbildbezogen erfolgen. Dem entspreche der Arbeitsplatz in Braunschweig nicht, die tägliche Fahrtzeit betrage mehr als vier Stunden. Es sei nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein Einsatz bei anderen Konzernunternehmen nicht wohnortnah möglich sei.

Es liege eine Unzumutbarkeit nach dem Tarifwerk vor, da ausweislich einer Eignungsuntersuchung vom 1. August 2016 die in den Voruntersuchungen genannten Einschränkungen fortbestünden. Es sei es ihr gesundheitlich weder möglich wöchentlich zu pendeln noch umzuziehen.

Zudem habe die Beklagte mit der Versetzung die Grenzen des Direktionsrechts gemäß § 106 GewO überschritten, zumal sie, die Klägerin, die ihr übertragene Tätigkeit ohne weiteres in einem Homeoffice erledigen könne.

Die Zustimmungen der Betriebsräte des abgebenden und des aufnehmenden Betriebes sei nicht nachgewiesen worden.

Die Klägerin beantragt,

1. festzustellen, dass die mit Schreiben der Beklagten vom 13. September 2016 ausgesprochene Versetzung zur Vivento Customer Services GmbH/Braunschweig unwirksam ist;

2. festzustellen, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, ab dem 4. Oktober 2016 - bis derzeit 30. September 2018 - die Arbeit bei der Vivento Customer Services GmbH am Standort Braunschweig aufzunehmen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Ihrer Ansicht nach ist die Versetzung wirksam.

Aufgrund des Wegfalls des ursprünglich von der Klägerin besetzten Dauerarbeitsplatzes sei sie in die seinerzeitige Personalservice-Agentur versetzt worden, die später den Namen Betrieb „Vivento" erhalten habe. Dieser habe als Ausgleich für einen Ausschluss betriebsbedingter Beendigungskündigungen ein tarifvertraglich erweitertes Direktionsrecht dahingehend, dass von dem Arbeitsplatzwegfall betroffene Arbeitnehmer zur Erwirtschaftung von Deckungsbeträgen temporär bei ihr selbst, aber auch in Arbeitnehmerüberlassung bei Drittarbeitgebern inner- und außerhalb des Konzern eingesetzt werden könnten. Mittlerweile führe der Betrieb die Bezeichnung „Telekom Placement Service".

Der neue Einsatz in Braunschweig resultiere aus der Schließung des Standortes Hennigsdorf ihres Kunden und lasse für sie, die Beklagte, keinen Spielraum zu. Die Versetzung nach Braunschweig sei weder unwirksam noch rechtswidrig. Der Standort Braunschweig sei der nunmehr nächstgelegene Ziel-Standort.

Eine andere Beschäftigungsmöglichkeit bestehe nicht, zumal die zur Zeit durchgehend erkrankte Klägerin auf das Angebot eines betrieblichen

Eingliederungsmanagements mitgeteilt habe, dass sie erst nach ihrer Erkrankung zur Verfügung stehe.

Auch verfüge die Beklagte über die für eine Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Erlaubnis und dürfe die Klägerin in Anwendung der individual- und tarifrechtlichen Grundlagen entsprechend einsetzen.

Die sich aus einer aktuellen ärztlichen Untersuchung ergebenden gesundheitlichen Einschränkungen der Klägerin berücksichtige sie, die Beklagte, bei dem Einsatz, aus dem Gutachten gehe nicht hervor, dass die Klägerin für die Tätigkeit in Braunschweig nicht geeignet sei. Zudem sei der diesbezügliche Sachvortrag der Klägerin zu pauschal.

Da sie bis zur Weitervermittlung der betroffenen Arbeitnehmer und also auch der Klägerin durch das Tarifwerk angehalten sei, temporäre Beschäftigungen der Arbeitnehmer in konstantem Umfang auch durch temporäre Einsätze wie den hier streitigen sicherzustellen, sei die Versetzung nicht zu beanstanden, zumal sie rein vorsorglich den für ihren Betrieb zuständigen Betriebsrat beteiligt habe. Auch der Betriebsrat in Braunschweig habe dem befristeten Einsatz der Klägerin zugestimmt.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I. Die Klage ist zulässig.

Dieses betrifft insbesondere auch den Klageantrag zu 1), denn die Klägerin hat ein anerkennenswertes Interesse an der Feststellung, dass die streitgegenständliche Versetzung zur Vivento Customer Services GmbH/Braunschweig unwirksam ist.

Ein Streit über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses gemäß §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 256 Abs. 1 ZPO besteht auch dann, wenn über einzelne rechtliche Pflichten aus einer bestehenden Rechtsbeziehung gestritten wird (vgl. BAG, Urteil vom 29. September 2004 - 1 AZR 473/03 -, zitiert nach juris). Dies ist der Fall, wenn über die Wirksamkeit einer direktionsrechtlichen Maßnahme wie etwa einer Versetzung gestritten wird (vgl. BAG, Urteil vom 27. Oktober 2005 - 6 AZR 123/05 -, zitiert nach juris).

II. Die Klage hat auch in der Sache Erfolg.

1. Hinsichtlich des Klageantrages zu 1) beruht dieses auf dem Umstand, dass die Versetzung der Klägerin zur Vivento Customer Services GmbH/Braunschweig unwirksam ist, entsprechend war im Rahmen des Klageantrages zu 2) festzustellen, dass die Klägerin zur Befolgung der in der Versetzung liegenden Weisung nicht verpflichtet ist.

a. Nach § 106 Satz 1 GewO hat der Arbeitgeber sein Weisungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben, auch wenn die Versetzung des Arbeitnehmers nach dem Arbeitsvertrag zulässig ist. Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind. Ob dieses der Fall ist, unterliegt der gerichtlichen Kontrolle (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB). 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 Verwertung 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. Der Arbeitgeber, der sich auf die Wirksamkeit einer Versetzung beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 106 GewO. Dazu gehört, dass er darlegt und gegebenenfalls beweist, dass seine Entscheidung billigem Ermessen entspricht. Erweist sich eine vom Arbeitgeber vorgenommene Versetzung als unwirksam, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Beschäftigung in seiner bisherigen Tätigkeit am bisherigen Ort. Bei einer Versetzung handelt es sich um eine einheitliche Maßnahme, die nicht in den Entzug der bisherigen Tätigkeit und die Zuweisung einer neuen Tätigkeit aufgespaltet werden kann. Dies gilt auch dann, wenn Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung im Arbeitsvertrag nicht abschließend festgelegt sind, sondern dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO unterliegen. Solange dieser nicht rechtswirksam von seinem Weisungsrecht erneut Gebrauch gemacht oder eine wirksame Freistellung von der Arbeit ausgesprochen hat, bleibt es bei der bisher zugewiesenen Arbeitsaufgabe am bisherigen Ort (vgl. auch LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. Januar 2015 - 13 Sa 72/14 - m.w.N., zitiert nach juris).

b. Unter Zugrundelegung dessen ergibt sich folgendes:

aa. Augenscheinlich geht auch die Klägerin davon aus, dass die Beklagte sie grundsätzlich in unterschiedlichen Projekteinsetzen inner- und außerbetrieblich einsetzen darf, wie ihr Hinweis auf ihrer Ansicht nach mögliche wohnortnahe Einsätze bei anderen Konzernunternehmen zeigt.

bb. Allerdings kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass sie berechtigt gewesen sei, der Klägerin eine Tätigkeit bei der Vivento Customer Services GmbH am Standort Braunschweig als eine andere ihr zumutbare Arbeitstätigkeit zuzuweisen.

(1) Zwar wird eine Weisungsbefugnis der Beklagten auch bezüglich des Arbeitsortes bestehen.

Sie hat diese jedoch nicht unter hinreichender Berücksichtigung und Verwertung der Interessen beider Parteien und unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls ausgeübt. Dieses ergibt sich aus der Gesundheitssituation der Klägerin (vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 16. Oktober 2003 - 6 Sa 871/03 -, zitiert nach juris), denn ausweislich der Anlage 2 zu dem Protokoll der arbeitsmedizinischen Eignungsuntersuchung am 6. März 2013 ist ihr wöchentliches Pendeln mit auswärtiger Übernachtung nicht möglich, ferner bestehen danach gesundheitliche Einschränkungen bezüglich eines Umzuges. Da davon auszugehen ist, dass die tägliche Fahrtzeit mehr als vier Stunden beträgt, ist der Arbeitsplatz in Braunschweig auch nicht als Tagespendler zumutbar zu erreichen.

(2) Soweit die Beklagte diesbezüglich vorträgt, die sich aus einer aktuellen ärztlichen Untersuchung ergebenden gesundheitlichen Einschränkungen der Klägerin berücksichtige sie bei dem Einsatz, aus dem Gutachten gehe nicht hervor, dass die Klägerin für die Tätigkeit in Braunschweig nicht geeignet sei, ist sie mit der Berufung auf diese Umstände ausgeschlossen, denn der diesbezügliche Sachvortrag war wegen Verspätung gemäß § 56 Abs. 1 ArbGG nicht zuzulassen.

(a) Die Nichtzulassungsvoraussetzungen des § 56 Abs. 1 ZPO sind erfüllt. Mit gerichtlicher Verfügung vom 23. November 2016 ist der Beklagten aufgeben worden, binnen acht Wochen nach Zustellung (die am 30. November 2016 erfolgte, Bl. 45 d.A.) zu der Klage Stellung zu nehmen und die Einwände gegen die geltend gemachten Ansprüche näher zu begründen und vorsorglich unter Beweis zu stellen.

(b) Diese Fristsetzung ist gemäß §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 276 ZPO wirksam. Die ergangene Anordnung enthält sowohl die erforderliche Unterschrift des Vorsitzenden des erkennenden Gerichts als auch die notwendigen Belehrungen, dass Angriffs- und Verteidigungsmittel, die erst nach Ablauf einer Ausschlussfrist vorgebracht werden, nur zuzulassen sind, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts dieses die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt (§§ 56 Abs. 2).

(c) Der Beschluss entspricht zudem den inhaltlichen Anforderungen, die an eine Auflage nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ArbGG zu stellen sind. Zwar genügt es regelmäßig nicht, wenn einer Prozesspartei lediglich aufgegeben wird, auf das Vorbringen der Gegenseite fristgebunden zu erwidern (vgl. auch BAG, Urteil vom 19. Mai 1998 - 9 AZR 362/97 - m.w.N., zitiert nach juris). Dieses ist vorliegend jedoch nicht erfolgt. Unter Berücksichtigung der von der Klägerin in der Klageschrift gerügten Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Versetzung und der deswegen ihrer Ansicht nach fehlenden Verpflichtung zur Arbeitsaufnahme an einem anderen Ort wurde der Beklagten aufgegeben, zu der Klage Stellung zu nehmen und die Einwände gegen die geltend gemachten Ansprüche näher zu begründen. Der zu erwartende Sachvortrag der Beklagten, nämlich hinsichtlich ihrer Berechtigung zur Versetzung der Klägerin, war damit klar, zumal selbst bei umstrittener oder problematischer Rechtslage ein Verfahrensbevollmächtigter grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und bei seinem Vortrag berücksichtigen muss (vgl. BAG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 9 AZN 226/06 -, zitiert nach juris).

Das erkennende Gericht hat die gesetzten Fristen zudem ausdrücklich als Ausschlussfristen bezeichnet. Nach allgemeinem Sprachgebrauch verlangen bereits Fristen die zeitgebundene Geltendmachung von Rechten. Handelt es sich überdies um „Ausschlussfristen", wird damit verdeutlicht, dass die Säumnis zum „Ausschluss" des fristgebundenen Vortrags führt, damit also möglicherweise zum Rechtsverlust (vgl. auch BAG, Urteil vom 19. Mai 1998 - 9 AZR 362/97 - m.w.N., zitiert nach juris).

(d) Die auflagengemäße Stellungnahme der Beklagten ging erst nach Fristablauf am 24. Januar 2017 mit einem Schriftsatz unter dem 27. März 2017 am 30. März 2017 bei Gericht ein, damit war das Vorbringen verspätet.

(e) Eine Zulassung dieses Vorbringens hätte die Erledigung des Rechtsstreits verzögert.

Eine Verzögerung liegt vor, wenn die Zulassung des verspäteten Sachvortrags zu einer nicht ganz unerheblichen zeitlichen Verschiebung zwingt (vgl. BAG a.a.O.).

Im Kammertermin am 4. April 2017 brauchte sich der Klägervertreter auf das Beklagtenvorbringen nicht einzulassen, da der Lauf der ihm gesetzten Ausschlussfrist von wiederum acht Wochen zur Erwiderung auf die schriftsätzliche Stellungnahme der Beklagten frühestens einige Tage zuvor begonnen hatte. Jedenfalls deshalb wäre eine Vertagung erforderlich geworden, weil dem Kläger eine fristausschöpfende Stellungnahme hätte ermöglicht werden müssen. Damit lag eine von dem erkennenden Gericht durch prozessleitende Maßnahmen nicht zu verhindernde Verzögerung des ansonsten entscheidungsreifen Rechtsstreits vor (vgl. auch OLG Frankfurt, Urteil vom 15. April 1999 - 1 U 18/98 -, zitiert nach juris).

(f) Die Verzögerung wurde seitens der Beklagten auch nicht hinreichend, sondern gar nicht entschuldigt.

2. Nach allem war das Vorbringen der Beklagten in ihrem Schriftsatz unter dem 27. März 2017 wegen Verspätung nicht zuzulassen.

III. Da die Klägerin aufgrund dessen vollständig obsiegt, hat die Beklagte die Kosten des Rechtsstreites gemäß §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 91 ZPO zu tragen.

IV. Die Entscheidung über den Wert des Streitgegenstandes für dieses Urteil beruht auf §§ 61 Abs. 1, 46 Abs. 2 ArbGG, 3, 5 ZPO, dabei war für jeden Antrag der Wert eines Bruttomonatsgehaltes anzusetzen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten Berufung eingelegt werden.

Die Berufungsschrift muss von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein oder einem Vertreter einer Gewerkschaft bzw. einer Arbeitgebervereinigung oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände eingereicht werden.

Die Berufungsschrift muss innerhalb

einer Notfrist von einem Monat

bei dem

Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg,
Magdeburger Platz 1,
10785 Berlin,

eingegangen sein. Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung enthalten, dass Berufung gegen dieses Urteil eingelegt werde.

Die Berufung ist gleichzeitig oder innerhalb

einer Frist von zwei Monaten

in gleicher Form schriftlich zu begründen.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments im Sinne des § 46c ArbGG genügt. Nähere Informationen dazu finden sich auf der Internetseite unter www.berlin.de/erv.

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

Dabei ist zu beachten, dass bei einer Zustellung durch Niederlegung bei einer Postanstalt die Frist bereits mit der Niederlegung und Benachrichtigung in Lauf gesetzt wird, also nicht erst mit der Abholung der Sendung. Das Zustellungsdatum ist auf dem Umschlag vermerkt.

Weitere Statthaftigkeitsvoraussetzungen ergeben sich aus **§ 64 Abs. 2 ArbGG**:
„Die Berufung kann nur eingelegt werden,

a) wenn sie in dem Urteil zugelassen worden ist,
b) wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 EUR übersteigt,
c) in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses oder
d) wenn es sich um ein Versäumnisurteil handelt, gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist, wenn die Berufung oder Anschlussberufung darauf gestützt wird, dass der Fall schuldhafter Versäumung nicht vorgelegen habe."

Für die Klägerin ist ein Rechtsmittel der Berufung nicht gegeben.

Kirsch

Von der Begründungsschrift werden zwei zusätzliche Abschriften zur Unterrichtung der ehrenamtlichen Richter erbeten.

Ausgefertigt
10785 Berlin, den 24. APR. 2017
Gerichtsbeschäftigte/r
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Arbeitsgerichts Berlin