

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 4 Sa 477/03
4 Ca 326 b/03 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 10. Februar 2005

gez. ...
als Urkundsbeamt. d. Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Hartmann als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 24. November 2003 (4 Ca 326 b/03) teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 24. November 2003 (4 Ca 326 b/03) wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits (beide Instanzen).
4. Für den Kläger wird die Revision zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionsschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionsschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber,

- (1.) ob die Versetzung des Klägers zur Personal-Service-Agentur (PSA, „V.“) rechtswirksam ist,
- (2.) ob die Beklagte berechtigt ist, den Kläger nach dem AÜG zur Leiharbeit einzusetzen,
- (3.) ob die Beklagte berechtigt ist, den Kläger auch an einen anderen Arbeitgeber zu vermitteln,
- (4.) ob und wo der Kläger von der Beklagten zu beschäftigen ist und
- (5.) ob die im Unternehmensbereich der Beklagten geltenden Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis der Parteien kraft einzelvertraglicher Bezugnahme anwendbar sind.

Der 1958 geborene Kläger trat am 27. Juli 1977 ausweislich des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 27. Juli 1977 als vollbeschäftigter Arbeiter beim Fernmeldeamt 2 in Hamburg 76 in die Dienste der Deutschen Bundespost ein. Zur Anwendbarkeit tariflicher Bestimmungen heißt in diesem Arbeitsvertrag:

„Die Bestimmungen des Tarifvertrages für die Arbeiter der Deutschen Bundespost (TV-Arb) und der sonstigen Tarifverträge für die Arbeiter der Deutschen Bundespost gelten in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Vertragsparteien vereinbart.“

Bereits zum Zeitpunkt der Einstellung des Klägers gab es einen Tarifvertrag über Rationalisierungsschutz, nämlich den Tarifvertrag Nr. 306 Arbeiter.

Der Kläger ist nach dem Änderungsvertrag vom 1. Oktober 1990 in Lohngruppe 9 der Anlage 2 zum Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost eingruppiert.

Nach Gründung der Beklagten ging das Arbeitsverhältnis des Klägers am 1. Januar 1995 auf diese über. Der Kläger ist seit dem 1. August 1995 ordentlich unkündbar nach § 26 a TV-Arb. Seit dem 1. Oktober 1997 ist er nicht mehr Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft.

Nachdem die konkrete Tätigkeit des Klägers weggefallen war, versetzte die Beklagte ihn mit Schreiben vom 13. Januar 1998 unter Hinweis auf die Anwendbarkeit des bei ihr abgeschlossenen Rationalisierungs-Tarifvertrages Nr. 33 vom 6. Juli 1997 (TV-Nr. 33) mit Wirkung ab dem 19. Januar 1998 in das Ressort Projektmanagement und Service (PMS). Dieser Tarifvertrag bezweckte die sozialverträgliche Umsetzung von Rationalisierungsmaßnahmen. Das Ressort „PMS“ diente u. a. der Weitervermittlung auf dauerhafte Arbeitsplätze im Telekom-Konzern. Wegen der Einzelheiten dieses Tarifvertrages Nr. 33 wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 176 – 194 d. A.).

Im Zusammenhang damit führte der Kläger einen Rechtsstreit mit der Beklagten, in dem er u. a. die Rechtsansicht vertrat, er werde in der „PMS“ tarifvertraglich unterwertig beschäftigt und für ihn würden nach seinem Verbandsaustritt und nach dem Wortlaut seines Arbeitsvertrages nur der TV-Arb und die Tarifverträge der DBP, nicht jedoch die Tarifverträge der Beklagten gelten, zudem werde er nicht vertragsgemäß beschäftigt. Das Arbeitsgericht Lübeck sowie das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein wiesen die damalige Klage als unbegründet ab (LAG Schl.-Holst., 2 Sa 58/99). Das Bundesarbeitsgericht wies mit Urteil vom 23. Januar 2002 (4 AZR 463/99) die Revision des Klägers teilweise mangels hinreichender Bestimmtheit der Anträge als unzulässig, teilweise als unbegründet ab. Dagegen hat der Kläger Verfassungsbeschwerde eingelegt. In den Gründen des Urteils des Bundesarbeitsgerichts (II. 1.) heißt es: „Aus der Formulierung des Antrags ergibt sich im Übrigen, dass sich der Kläger gegen die unterwertige Beschäftigung selbst, nicht aber gegen die Versetzung zum PMS wendet. Das hat der Kläger in der Revisionsbegründung noch einmal ausdrücklich bestätigt.“

Im Jahre 2002 bildete die Beklagte zur Optimierung der Vermittlung von Beschäftigten, die von der Rationalisierung betroffen wurden, die so genannte Personal-Service-Agentur „PSA“, die zunächst noch mit dem Arbeitstitel „VQE“ (Vermittlungs- und Qualifizierungseinheit) bezeichnet wurde und heute „V.“ heißt.

Mit Wirkung ab 31. Juli 2002 trat der den „Tarifvertrag-Rationalisierung“ (Nachfolgetarifvertrag des TV-Nr. 33) ablösende „Tarifvertrag-Rationalisierungsschutz und Beschäftigungssicherung“ (TV-Ratio) in Kraft.

Zum sachlichen Geltungsbereich heißt es in § 1 dieses Tarifvertrages, zur Erhaltung, Sicherung und Steigerung sowohl der Wettbewerbsfähigkeit als auch der Marktanteile der Deutschen Telekom AG seien wirtschaftliche, organisatorische und personelle Maßnahmen erforderlich, um eine kontinuierliche Qualitäts- und Produktivitätsverbesserung sowie eine flexible Anpassung an technologische und nachfragebezogene Veränderungen sicherzustellen. Der Tarifvertrag diene der sozialverträglichen Umsetzung dieser Maßnahmen. Maßnahmen unter diesen Voraussetzungen seien Änderungen der Aufbauorganisation, der Ablauforganisation, Maßnahmen zur Nutzung des technischen Fortschritts und andere personalwirtschaftliche Maßnah-

men, soweit dadurch der Arbeitsplatz eines Arbeitnehmers wegfallen oder verlegt werde.

Der TV-Ratio regelt u. a. in § 11 das Verbot betriebsbedingter Beendigungskündigungen in der Zeit vom 1. Oktober 1997 bis 31. Dezember 2004. In § 3 enthält er zusammen mit hierauf bezogenen Anlagen zum TV ausführliche Regelungen darüber, welche Arbeitnehmer in die VQE (PSA, jetzt V.) versetzt werden können, nach welchen Auswahlkriterien vorzugehen ist und wie das Auswahlverfahren zu erfolgen hat.

In § 5 Abs. 3 TV-Ratio ist geregelt, dass für die nach §§ 3 und 4 identifizierten Arbeitnehmer bis zur Weitervermittlung auf einen dauerhaften Arbeitsplatz vorübergehende Beschäftigungen erfolgen, auch in Form der Zeit- bzw. Leiharbeit i. S. d. AÜG, innerhalb und außerhalb des Konzerns Deutsche Telekom. Gem. § 5 Abs. 3 Satz 2 TV-Ratio erfolgen die Beschäftigungseinsätze in Leih- und Zeitarbeit im Regelfall wohnortnah und / oder berufsbildbezogen. Die bei vorübergehenden Beschäftigungen hierbei jeweils auszuübende Tätigkeit ist gem. § 5 Abs. 3 Satz 3 TV-Ratio für den Arbeitnehmer zumutbar und gleichwertig; Einschränkungen können sich lediglich aus den Absätzen 4 – 7 ergeben.

In der Protokollnotiz zu § 5 des TV-Ratio heißt es:

„Die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bei PMS ressortierten Beschäftigten sind ab 1. August 2002 Beschäftigte der VQE“.

§ 6 des TV-Ratio sichert die Bezahlung der bisherigen Entgeltgruppe unabhängig von der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit. § 7 TV-Ratio enthält ausführliche Regelungen darüber, welche Arbeitsplätze und Beschäftigungen als gleichwertig und zumutbar anzusehen sind. Näheres dazu wird in einer Anlage 4 geregelt (Bl. 130 – 135 d. A.). Im Zusammenhang mit der Festschreibung der Zumutbarkeitskriterien bzgl. einer etwaigen vorübergehenden Vermittlung auf Arbeitsplätze außerhalb der Deutschen Telekom ist für ältere und unkündbare Arbeitnehmer in § 8 der Anlage 4 ein Rückkehrrecht zur Telekom unter detaillierten Voraussetzungen geregelt. § 10 TV-Ratio

räumt dem Arbeitnehmer wahlweise die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung ein.

Die Beklagte ist im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung.

Mit Schreiben vom 8. November 2002 (Bl. 11 d. A.) teilte die Beklagte dem Kläger mit, das Projekt, in dem er bisher über das Ressort PMS beschäftigt worden sei, sei eingestellt. Zurzeit könne ihm weder ein Dauerarbeitsplatz noch eine andere vorübergehende Beschäftigung angeboten werden. Sie – Beklagte – stelle ihn daher bis auf weiteres von der Arbeitsleistung frei und bitte ihn, sich für evtl. Einsatzmöglichkeiten erreichbar zu halten. Mit Schreiben vom 20. November 2002 (Bl. 12 d. A.) begehrte der Kläger Aufhebung der Suspendierung und sofortige arbeitsvertragsgemäße Beschäftigung. Mit Schreiben vom 27. November 2002 (Bl. 13, 14 d. A.) erwiderte die Beklagte unter Hinweis auf § 5 TV-Ratio und wies darauf hin, der Kläger habe derzeit keinen Dauerarbeitsplatz. Sie – Beklagte – treffe aus § 5 Abs. 3 TV-Ratio lediglich die Pflicht, für den Kläger wie für andere Betroffene einen vorübergehenden Einsatz zu suchen. Dieser Pflicht komme sie nach. Solange aber keine Arbeit für den Kläger gefunden werde, bleibe er von der Arbeitsleistung suspendiert mit der Pflicht, sich für einen neuen Arbeitseinsatz bereitzuhalten.

Mit Schreiben vom 13. Dezember 2002 (Bl. 26, 27 d. A.) versetzte die Beklagte den Kläger mit Wirkung vom 19. Dezember 2002 aus dienstlichen Gründen von der T-Com, T NL H. zur Personalservice-Agentur (PSA), Regelarbeitsstelle ...straße in L., und ordnete ihn dezentral der nächstgelegenen Organisationseinheit der Personalservice-Agentur zu. Die zu beteiligenden Betriebsräte stimmten der Maßnahme zu.

In der Zeit von August 2003 bis Dezember 2003 wurde der Kläger als Monteur mit Schaltarbeiten im Netz der Deutschen Telekom eingesetzt, wobei Auftraggeber die Beklagte war. In der Zeit von Januar 2004 bis Juni 2004 war der Kläger ebenfalls mit Schaltarbeiten für die Beklagte beauftragt. Ab Juli 2004 bis Dezember 2004 erledigte er ebenfalls Schaltarbeiten im Netz der Deutschen Telekom, wobei Auftraggeber die ... GmbH & Co. KG. war.

Mit Schreiben vom 4. November 2004 teilte die ... GmbH & Co. KG dem Kläger mit, er habe bisher für sie in Form von Leih- und Zeitarbeit gearbeitet, sie möchte ihn nun gerne als dauerhaften Mitarbeiter gewinnen. Der Kläger hat es bisher abgelehnt, einen ihm unterbreiteten Arbeitsvertrag mit der ... GmbH & Co. KG und einen gleichzeitigen Auflösungsvertrag mit der Beklagten zu unterzeichnen.

Seit dem 3. Januar 2005 wird der Kläger tatsächlich nicht beschäftigt. Im Januar 2005 ist das Angebot von der ... GmbH & Co. KG zum Abschluss eines Arbeitsvertrages nochmals an ihn herangetragen worden. Nach Darlegung der Beklagten hätte es sich bei der vom Kläger bei ... GmbH & Co. KG zu erledigenden Tätigkeit um jene gehandelt, die er bereits bis zum 31. Dezember 2004 erledigte. Bei Abschluss eines Arbeitsvertrages mit der ... GmbH & Co. KG hätte die Vergütung allerdings nur noch 91% betragen, und zwar basierend auf den Regelungen des neuen TV-Vertrages, der Ende des Jahres 2004 abgeschlossen wurde.

Unter dem 13. Dezember 2002 hat der Kläger gegen die Beklagte Klage erhoben und Beschäftigung zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 27. Juli 1977 begehrt. Mit Klagerweiterung vom 7. Januar 2003 hat er Feststellung begehrt, dass die Versetzung zum 19. Dezember 2002 in die PSA unwirksam sei, die Beklagte nicht berechtigt sei, ihn zum Zwecke der Leiharbeit einzusetzen und auch nicht ohne seinen ausdrücklichen Auftrag ihn zur Begründung eines anderen Arbeitsverhältnisses an einen anderen Arbeitgeber vermitteln dürfe.

Der Kläger hat vorgetragen:

Seine Freistellung verstoße gegen das Persönlichkeitsrecht. Die Beklagte könne ihn auch beschäftigen, da sie freie Arbeitsplätze ausschreibe und sogar Neueinstellungen vornehme. Der Beschäftigungsbedarf hinsichtlich eines vertragsgemäßen Einsatzes für ihn sei nicht entfallen. Die Versetzung in die PSA sei unwirksam. Bei der PSA handele es sich um eine Zeit- bzw. Leiharbeitsagentur, deren primäres Ziel der Abbau von Personal unter Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen bei der Beklagten sei. Der TV-Vertrag vom 29. Juni 2002 sei auf sein Arbeitsverhältnis nicht anwendbar. Denn er unterfalle nach seinem Arbeitsvertrag lediglich dem Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost (TV-Arb). Die Versetzung in die PSA mit der Möglichkeit der Vermittlung auch an externe Arbeitgeber stelle eine unzulässige Teil-

kündigung seines tariflich unkündbaren Arbeitsverhältnisses dar. Die Versetzung überschreite das Direktionsrecht der Beklagten.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 27. Juli 1977 zu beschäftigen,
2. festzustellen, dass die mit Schreiben der Beklagten vom 13. Dezember 2002 gegenüber ihm ausgesprochene Versetzung zur Personal Service Agentur der Beklagten vom 19. Dezember 2002 rechtsunwirksam ist,
3. festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, ihn zum Zwecke der Leiharbeit im Sinne des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) einzusetzen,
4. festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, ihn ohne seinen ausdrücklichen Auftrag zur Begründung eines anderen Arbeitsverhältnisses an einen anderen Arbeitgeber zu vermitteln,

hilfsweise

festzustellen, dass sämtliche von der Beklagten und ihren Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge nicht von der Bezugnahme Klausel des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 27. Juli 1977 erfasst werden.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, dass die Tarifverträge der Deutschen Bundespost bzw. der Nachfolgeorganisation in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung finden, so auch der Tarifvertrag TV-Ratio. Sie, Beklagte, sei gem. § 5 Abs. 3 TV-Ratio auch nur verpflichtet, einen vorübergehenden Einsatz zu suchen. Die PSA sei lediglich als Zwischenstation gedacht gewesen für die Suche nach einem neuen Dauerarbeitsplatz, sei aber selbst gerade kein solcher. Die Versetzung des Klägers sei i. S. d. § 6 des Manteltarifvertrages für die Arbeitnehmer der Deutschen Telekom zumutbar. Weder aus den Arbeitsverträgen noch aus den Tarifverträgen ergebe sich, dass der Arbeitsort L. für den Kläger vereinbart gewesen sei. Es sei kein bestimmter Beschäftigungsbetrieb vertraglich vorgesehen.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 24. September 2003 die Beklagte verurteilt, den Kläger zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 16. Juli 1971 in der zuletzt geänderten Fassung vom 21. Juni 1991 zu beschäftigen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Die Beklagte hat am 23. Oktober 2003 gegen das ihr am 10. Oktober 2003 zugestellte Urteil Berufung eingelegt, der Kläger am 7. November 2003 gegen das ihm am 9. Oktober 2003 zugestellte Urteil. Die Beklagte hat die Berufung – nach Verlängerung der Frist bis 9. Januar 2004 – mit Faxeschriftsatz am 9. Januar 2004 und mit Originalschriftsatz am 12. Januar 2004 begründet. Der Kläger hat die Berufung mit Faxeschriftsatz am 9. Dezember 2003 und mit Originalschriftsatz am 10. Dezember 2003 begründet.

Die Beklagte hält den ausgeurteilten Beschäftigungsanspruch für unzulässig, da er nicht hinreichend bestimmt und insoweit nicht vollstreckungsfähig sei. Zudem gebe es für den Kläger keinen Arbeitsvertrag vom 16. Juli 1971 und eine letzte Änderung vom 21. Juni 1991. Im Übrigen verteidigt die Beklagte das erstinstanzliche Urteil. Ihre Tarifverträge seien anwendbar. Der TV-Ratio enthalte für den Kläger keine überraschenden Regelungen. Seit Bestehen seines Arbeitsverhältnisses habe es Rationalisierungsschutzverträge gegeben. Die Regelungen des TV-Ratio seien ausgewogen und stellten keine Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes dar. Sie dienten der Bestandssicherung aller Arbeitsverträge und damit auch dem Schutz des Klägers. Die Tarifvertragsparteien hätten eine sachlich vertretbare Lösung gefunden, um das dem TV-Ratio zugrunde liegende Ziel, nämlich den tarifvertraglichen Verzicht auf den Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen, umzusetzen. Der TV-Ratio lasse eine externe Vermittlung nur vorübergehend zu und diene ausschließlich der Vermeidung fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten sowie von Beendigungsmaßnahmen. Im Übrigen enthalte die Anlage 4 zum TV-Ratio detaillierte und sehr weit gehende Regelungen auf Rückkehrrecht.

Die Beklagte beantragt,

das erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 24. September 2003 (4 Ca 326 b703) insoweit abzuändern, als sie verurteilt worden ist, den Kläger zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 16. Juni 1971 in der zuletzt geänderten Fassung vom 21. Juni 1991 zu beschäftigen, und die Klage insoweit abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt weiterhin,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 24. September 2003 (4 Ca 326 b/03) abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 27. Juli 1977 zu beschäftigen,

hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 27. Juli 1977 in der Fassung des ab 1. Oktober 1990 geltenden Änderungsvertrages in der technischen Infrastruktur Niederlassung ... mit Sitz in H. als Fernmeldhandwerker / Fachwirt Telekom mit Tätigkeiten gemäß der Entgeltgruppe T 6 (Vergütungsordnung) des Entgelttarifvertrages Telekom zu beschäftigen.

2. festzustellen, dass die mit Schreiben der Beklagten vom 13. Dezember 2002 gegenüber ihm ausgesprochene Versetzung zur Personal Service Agentur der Beklagten vom 19. Dezember 2002 rechtsunwirksam ist,
3. festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, ihn zum Zwecke der Leiharbeit i. S. d. Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) einzusetzen,
4. festzustellen, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, ihn ohne seinen ausdrücklichen Auftrag zur Begründung eines anderen Arbeitsverhältnisses an einen anderen Arbeitgeber zu vermitteln,

hilfsweise

festzustellen, dass sämtliche von der Beklagten und ihren Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge nicht von der Bezugnahmeklausel des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 27. Juli 1977 erfasst werden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger trägt vor:

Der vom Arbeitsgericht ausgeurteilte Beschäftigungsanspruch sei nicht vollstreckungsfähig und inhaltlich untrennbar mit der Feststellung der Unwirksamkeit der Versetzung in die PSA verbunden. Diese Versetzung auf der Basis des TV-Ratio sei rechtswidrig. Er sei nicht tarifgebunden. Die Tarifverträge der Beklagten seien auch nicht arbeitsvertraglich vereinbart. Jedenfalls sei der TV-Ratio auch deshalb auf ihn unanwendbar, weil er im Zusammenhang mit der arbeitsvertraglichen Bestimmung mit derartigen überraschenden, inhaltlich ausufernden Tarifregelungen billigerweise nicht habe rechnen müssen. Zudem seien die tatsächlichen Voraussetzungen für seine Übernahme in die PSA bzw. im Jahre 1998 in die PSV nicht gegeben. Zwar sei seine konkrete Tätigkeit 1998 entfallen. Beschäftigungsbedarf gebe es für ihn entsprechend seines vertraglichen Anspruches aber weiterhin. Er könne arbeitsvertraglich nach wie vor beschäftigt werden. Die Beklagte nehme Neueinstellungen vor. Er bestreite, dass sein Arbeitsplatz weggefallen sei. Beschäftigungsmöglichkeiten in der PSA existierten.

Eine Angemessenheitskontrolle ergebe auch, dass der TV-Ratio seine tarifliche Unkündbarkeit unterlaufe und das Kündigungsschutzgesetz umgehe, weil er der Beklagten mit Sanktionsandrohungen für den Fall seiner Ablehnung erlaube, ihn an externe Arbeitgeber leihweise zu vermitteln, ohne dass sie insoweit das Kündigungsschutzgesetz und seinen Kündigungsschutz als unkündbarer Arbeitnehmer zu beachten habe. Dadurch wandle sich der Inhalt seines Arbeitsverhältnisses qua Direktionsrecht vollständig um. Dagegen könne er sich nicht zur Wehr setzen, sofern er nicht seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzen wolle.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird auf den mündlich vorgetragene Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18. November 2004 und 10. Februar 2005 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet. Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.

I. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Denn sie ist statthaft und form- und fristgerecht eingelegt worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

1. Zu Recht abgewiesen hat das Arbeitsgericht den Antrag des Klägers auf Feststellung, die von der Beklagten mit Schreiben vom 13. Dezember 2002 ausgesprochene Versetzung zur Personal Service Agentur sei rechtsunwirksam.

a. Der Feststellungsantrag ist zulässig.

Gem. § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. m. § 256 Abs. 1 ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat. Im Rahmen einer Feststellungsklage ist es unzulässig, lediglich abstrakte Rechtsfragen durch das Gericht klären zu lassen. Streitgegenstand und Grund des festzustellenden Anspruches müssen angegeben werden. Zwischen den Parteien muss erkennbar ein konkreter Streit bestehen. Fehlt es daran, dann würde eine Entscheidung lediglich die Erstattung eines Rechtsgutachtens darstellen, dies ist dem Gericht jedoch verwehrt. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist ferner dann nicht gegeben, wenn lediglich die Feststellung einer Tatsache oder ihrer rechtlichen Bewertung begehrt wird. Unzulässig ist deshalb die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Streiks (vgl. dazu Germelmann u. a., Arbeitsgerichtsgesetz, § 46 Rdnr. 56).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund könnten Zweifel an der Zulässigkeit des Feststellungsantrages bestehen, da der Kläger möglicherweise mit der begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit der Versetzung lediglich die Feststellung einer Tatsache und ihrer rechtlichen Bewertung begehrt. Zweifel an der Zulässigkeit des Antrages könnten auch insoweit bestehen, als er möglicherweise hinsichtlich der von ihm be-

gehrten Abwehr der beanstandeten Versetzung auf einen Leistungsantrag in Form eines Unterlassungsantrages zu verweisen ist.

Letztlich führen nach Auffassung der Berufungskammer diese rechtlichen Bedenken jedoch nicht zur Unzulässigkeit des Antrages. Denn der Kläger stützt sein Feststellungsinteresse auf das Argument, mit der Versetzung in die PSA verändere sich der Inhalt seines Arbeitsverhältnisses, und zwar insbesondere bezogen auf eine mögliche Verpflichtung zur Ableistung von Leiharbeit und auch im Übrigen hinsichtlich Ort und Inhalt der zu erbringenden Arbeitsleistung. Er bezieht sich daher auf ein Rechtsverhältnis, das nach seiner Auffassung Folgen für die Gegenwart und Zukunft beinhaltet und begehrt damit die Klärung einer bzw. einzelner Beziehungen und Folgen eines Rechtsverhältnisses.

Der Feststellungsantrag ist daher zulässig. Das Berufungsgericht sieht sich insoweit in Übereinstimmung mit den Arbeitsgerichten Düsseldorf (4 Ca 11364/03) und Mönchen-Gladbach (3 Ca 75/04), die ähnliche Feststellungsanträge als zulässig akzeptierten, ohne dies allerdings näher zu begründen.

b. Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Die mit Schreiben vom 13. Dezember 2002 angeordnete Versetzung des Klägers in die Personal Service Agentur ist wirksam.

aa. Individualrechtlich konnte die Beklagte diese Versetzung im Wege des Direktionsrechtes ohne Ausspruch einer Änderungskündigung durchführen. Die Maßnahme war nicht vertragswidrig. Sie beruht auf § 5 Abs. 1 TV-Ratio i. V. m. der Protokollnotiz zu Abs. 1. § 5 Abs. 1 TV-Ratio bestimmt, dass Arbeitnehmer, deren Arbeitsplätze weggefallen sind, nach einer vorausgegangenen Identifizierung in die Vermittlungs- und Qualifizierungseinheit mit dem Arbeitstitel VQE versetzt werden und diese Maßnahme als zumutbar und gleichwertig anzusehen ist. Ausweislich der Protokollnotiz zu § 5 Abs. 1 TV-Ratio entfällt bei Arbeitnehmern, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TV-Ratio bei PMS ressortiert waren, das Identifizierungsverfahren gem. §§ 3 und 4 TV-Ratio. Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bei PMS ressortiert sind, sind gem. der Protokollnotiz zu § 5 Abs. 1 TV-Ratio ab 1. August 2002 Beschäftigte der VQE bzw. PSA.

(1.) Der TV-Ratio findet auf das Arbeitsverhältnis des Klägers Anwendung. Die Tatsache, dass er zum 30. September 1997 aus der Gewerkschaft ausgetreten ist, berührt die Anwendbarkeit der Tarifverträge nicht. Denn ungeachtet der Verbandszugehörigkeit des Klägers ergibt sich die Anwendbarkeit des TV-Ratio aus der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel. Danach gelten die Bestimmungen des Tarifvertrages für die Arbeiter der Deutschen Bundespost und der sonstigen Tarifverträge für die Arbeiter der Deutschen Bundespost in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Parteien vereinbart. Die Argumentation des Klägers geht bereits deshalb fehl, weil er übersieht, dass diese Klausel – anders als möglicherweise Vereinbarungen in den Arbeitsverträgen einiger seiner Kollegen – nicht nur konkret den Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost in Bezug nimmt, sondern auch die sonstigen Tarifverträge für die Arbeiter der Deutschen Bundespost in ihrer jeweiligen Fassung. Damit haben die Parteien kraft ausdrücklicher arbeitsvertraglicher Vereinbarung die Anwendbarkeit nicht nur des TV-Arb, sondern sämtlicher für die Mitarbeiter der Deutschen Bundespost maßgeblichen Tarifverträge in ihrer jeweiligen Geltung vereinbart.

Diese arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel ist eine Gleichstellungsabrede. Sie enthält eine dynamische Verweisung auf die einschlägigen Tarifverträge. Nehmen Arbeitsvertragsparteien auf Tarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung, d. h. auf die sie ändernden und ergänzenden Tarifverträge einzelvertraglich Bezug, so ist der Umfang dieses Bezugs nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung zu bestimmen. Es ist der wirkliche Wille der Vertragsparteien zu erforschen; ein Vertrag ist so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Die im Arbeitsvertrag getroffene Abrede der Geltung der jeweiligen Tarifverträge ist bei Tarifbindung des Arbeitgebers im Zweifel als so genannte Gleichstellungsabrede auszulegen. Sinn und Zweck einer vertraglichen Bezugnahmeklausel auf die einschlägigen Tarifverträge ist es, die unorganisierten mit den tarifgebundenen Arbeitnehmern gleich zu behandeln.

Ausweislich des Wortlauts der arbeitsvertraglichen Vereinbarung handelt es sich um eine so genannte dynamische Verweisung auf alle Tarifverträge für die Arbeiter der Deutschen Bundespost.

Unerheblich ist, dass der streitige TV-Ratio nicht mehr von der Deutschen Bundespost abgeschlossen wurde, sondern von der Beklagten. Dies steht der Anwendbarkeit des TV-Ratio über die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel jedoch nicht entgegen, denn die Beklagte ist seit dem 1. Januar 1995 in das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der vormaligen Deutschen Bundespost eingetreten. Denn nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Postpersonalrechtsgesetz (PostPersRG) treten die Unternehmen in Zeitpunkt des Übergangs in die Rechte und Pflichten der mit den Angestellten und Arbeitern geschlossenen Arbeitsverhältnisse ein. Die Beklagte trat daher in diesem Sinne in die Arbeitsverhältnisse der Deutschen Bundespost Telekom ein. Dies bedeutet daher in einem ersten Schritt, dass auch die bisherigen Tarifverträge der Deutschen Bundespost auf das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten Anwendung finden. Darüber hinaus ist die vertragliche Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag des Klägers allerdings auch unter Berücksichtigung des hypothetischen Willens der Parteien dahingehend korrigierend auszulegen, dass sie, hätten die Vertragsparteien die Umwandlung der Deutschen Bundespost in die Deutsche Telekom AG vorausgesehen, in die Klausel aufgenommen hätten, dass auch die zukünftig von der Beklagten abgeschlossenen Tarifverträge einzelvertraglich Anwendung auf das Arbeitsverhältnis finden sollen. Denn anderenfalls liefe der Zweck der vertraglichen Bezugnahmeklausel leer, im Betrieb tarifgebundene und nicht tarifgebundene Arbeitnehmer gleichzustellen. Die Kammer schließt sich insoweit der Auffassung der 2. (2 Sa 475/03) und der 3. Kammer (3 Sa 476/03) an.

Entgegen der Ansicht des Klägers ist der TV-Ratio auch nicht deshalb unanwendbar, wenn er zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages mit einem solchen Tarifvertrag nicht zu rechnen brauche.

Zwar ist dem Kläger zuzugestehen, dass die Auswirkungen sowie die Reichweite arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln einem Vertrauensschutz unterliegen. Der Arbeitnehmer soll davor geschützt werden, dass infolge der arbeitsvertraglichen Bezugnahme tarifvertragliche Bestimmungen auf ihn angewandt werden, mit denen er nicht zu rechnen braucht. Dabei handelt es sich um die Frage, welche Reichweite der Bezugnahmeklausel dem Arbeitnehmer angesichts des damit verfolgten Zwecks – Gleichstellung mit den tarifgebundenen Beschäftigten oder eigenständige vertragli-

che Regelung – zugemutet werden kann. In engen Grenzen ist eine so genannte „Angemessenheitskontrolle“ bzgl. der Auswirkungen arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln für Einzelfälle möglich (vgl. BAG v. 14. März 1961, AP-Nr. 78 zu § 242 BGB Ruhegehalt). Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln erfassen jedoch nur solche Tarifentwicklungen nicht, die für den Arbeitnehmer schlechterdings nicht mehr voraussehbar waren (Löwisch-Riedle, Tarifvertragsgesetz, § 3 Rdziff. 256; Seibert, Auslegung und Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Verweisungen, NZA 1985, 730 (732 f.)).

In der Sache kann es nur um Schutz vor extremen unangemessenen Änderungen der Vertragsbedingungen, nicht aber um einen Fall des allgemeinen Überraschungsschutzes gehen. Sinn einer dynamischen Verweisung ist es gerade, auch Regelungen zu erfassen, mit denen man nicht gerechnet hatte. Schließlich soll die Verweisung gerade die zeitgemäße Anpassung der Arbeitsbedingungen an veränderte Verhältnisse ermöglichen, die man alle nicht vorhersehen kann.

Diese Grenze ist vorliegend nicht überschritten.

Zum einen ist zu beachten, dass es bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bei der Deutschen Bundespost einen Rationalisierungsschutztarifvertrag gab, nämlich Nr. 306 für Arbeiter. Damit war für den Kläger – und zwar unabhängig von der konkreten Ausgestaltung dieses Tarifvertrages – jedenfalls die Veränderbarkeit der arbeitsvertraglichen Bedingungen durch Rationalisierungsschutztarifverträge voraussehbar. Zudem – und das ist entscheidend – ist es im Arbeitsleben üblich und allgemein vorhersehbar, dass sich der Inhalt von zum Zeitpunkt des Arbeitsvertragschlusses existierenden Tarifverträgen und damit auch der Inhalt des Arbeitsvertrages ändern kann. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts tragen tarifvertragliche Regelungen auch während der Laufzeit des Tarifvertrages den immanenten Vorbehalt der Abänderbarkeit durch Tarifvertrag in sich. Dies gilt selbst für bereits entstandene und fällig gewordene, noch nicht abgewickelte Ansprüche. Dabei ist die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien zur – rückwirkenden – Änderung nur durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes begrenzt (BAG, Urt. v. 22. Oktober 2003 – 10 AZR 152/03 –). Das Vertrauen in die Fortgeltung einer Tarifnorm ist unabhängig davon, ob der Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis kraft beider-

seitiger Tarifbindung der Parteien gilt oder ob dessen Anwendung in seiner jeweiligen Fassung vertraglich vereinbart ist, dann nicht mehr schutzwürdig, wenn und sobald die Normunterworfenen mit einer Änderung rechnen müssen. Maßgebend sind dabei die Umstände des Einzelfalles. Dabei hat der Wegfall des Vertrauensschutzes nicht zur Voraussetzung, dass der einzelne Tarifunterworfenen positive Kenntnis von den einzelnen Umständen hat. Entscheidend und ausreichend ist vielmehr die Kenntnis der betroffenen Kreise.

Der Kläger durfte weder zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch zum Zeitpunkt seines Austrittes aus der tarifschließenden Gewerkschaft noch in den Jahren 1998 oder 2002 davon ausgehen, er werde ohne Übergangsmaßnahmen des Arbeitgebers lückenlos und ohne überbrückende interne oder externe Beschäftigungen auf einem Dauerarbeitsplatz beschäftigt werden, obwohl sein Arbeitsplatz durch Änderungen in der Aufbauorganisation, der Ablauforganisation, durch Maßnahmen zur Nutzung des technischen Fortschrittes oder durch andere personalwirtschaftliche Maßnahmen weggefallen sein könnte. Zwar ist zwischen den Parteien streitig, ob der Beschäftigungsbedarf für den Kläger weggefallen ist. Für die Frage der hier zu beurteilenden Voraussehbarkeit tariflicher Änderungen kommt es darauf jedoch nicht an, sondern nur auf die Feststellung, dass ein Arbeitnehmer im Falle des Wegfalles seines Arbeitsplatzes nicht damit rechnen kann, durch tarifvertragliche Regelungen zumindest vorübergehend Änderungen unterworfen zu werden.

(2.) Die Beklagte hat den Kläger auch in rechtlich nicht zu beanstandender Weise mit Schreiben vom 13. Dezember 2002 in die Personal Service Agentur versetzt. Die tarifvertraglichen Voraussetzungen waren dafür erfüllt.

Es ist für die Berufungskammer allerdings bereits zweifelhaft, ob es sich bei der Zuordnung des Klägers mit Schreiben vom 13. Dezember 2002 in die PSA überhaupt um eine Versetzung im arbeitsrechtlichen Sinne handelt, da der Kläger bereits durch die Maßnahme vom Januar 1998 dem Ressort PMS zugeordnet war, das von der Personal Service Agentur abgelöst wurde. Es ist daher zweifelhaft, ob diese Maßnahme aus dem Jahre 2002 den Kläger angesichts der schon im Jahre 1998 vollzogenen Maßnahme überhaupt noch eigenständig in eigenen Rechten verletzen kann. Insoweit ist nämlich beachtlich, dass gemäß der Protokollnotiz zu § 5 des TV-Ratio

die im Zeitpunkt des Inkrafttretens bei PSM ressortierten Beschäftigten – wie der Kläger – ab 1. August 2002 Beschäftigte der VQE bzw. PSA sind. Den Gründen des Urteils des Bundesarbeitsgerichts (4 AZR 463/99, II. 1.) ist zu entnehmen, dass der Kläger sich seinerzeit gegen die unterwertige Beschäftigung selbst, nicht aber gegen die Versetzung zum PMS wendete.

Aber unabhängig davon erweist sich – sollte es sich um eine Versetzung im arbeitsrechtlichen Sinne handeln – diese Maßnahme jedenfalls nicht als rechtswidrig. Der Kläger meint, die Voraussetzungen für seine Übernahme in die PSA seien deshalb nicht erfüllt, weil für ihn durchaus ein Beschäftigungsbedarf auf einem Dauerarbeitsplatz gegeben sei.

Dem folgt die Kammer nicht. Denn der Kläger ist über die Protokollnotiz zu § 5 des TV-Ratio zu Recht im Jahre 2002 der VQE bzw. PSA zugeordnet worden, weil die Beklagte ihn bereits im Jahre 1998 zutreffend auf der Grundlage des Tarifvertrages Nr. 33 vom 6. Juli 1997 bei PMS ressortierte. Dagegen hat er sich seinerzeit nicht gewendet (dazu 4 AZR 463/99, II. 1. der Gründe). Schon deshalb ist es dem Kläger verwehrt, 4 Jahre später die Ressortierung im Zusammenhang mit dem Wechsel in die Personalservice-Agentur anzugreifen. Unabhängig davon erfolgte die Ressortierung im Jahre 1998 aber auch beanstandungsfrei.

Nach dem TV-Nr. 33 wurden gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 die nach den §§ 3 und 4 identifizierten Arbeiter in die Aufgabengruppe „PMS“ der jeweiligen Organisationseinheit versetzt.

Zur Identifizierung stellte dieser Tarifvertrag in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 wiederum auf die Arbeiter ab, welche konkret vom Wegfall bzw. Verlegung des Arbeitsplatzes betroffen sind. Es geht bei der Identifizierung also nicht darum, ob für einen bestimmten Arbeitnehmer noch irgendwo im Unternehmen ein Beschäftigungsbedarf auf einem Dauerarbeitsplatz existiert. Vielmehr sollen von der Identifizierung betroffen sein die Arbeitnehmer, die konkret vom Wegfall des Arbeitsplatzes betroffen sind. Dies meint die konkrete Tätigkeit. Insoweit wiederum ist unstreitig zwischen den Parteien, dass die konkrete Tätigkeit des Klägers im Jahre 1998 wegfiel. Im Vorprozess (4 AZR 463/99) hat das Bundesarbeitsgericht im Tatbestand bezogen auf die Maßnahme im

Jahre 1998 festgestellt, Anlass für die Umsetzung des Klägers sei der Wegfall der bisherigen Tätigkeit aufgrund technischer Änderungen gewesen. Auf dem damaligen Dauerarbeitsplatz des Klägers bestand also im Jahre 1998 kein Beschäftigungsbedarf mehr.

Nach alledem ordnete die Beklagte bereits im Jahre 1998 zu Recht den Kläger der Aufgabengruppe „PMS“ zu, wobei für die Berufungskammer auch nicht erkennbar ist, dass die nach Maßgabe der §§ 3 und 4 des Tarifvertrages Nr. 33 vorzunehmende Auswahl rechtsfehlerhaft erfolgte. Der Kläger hat sich 1998 gegen die Versetzung zum PMS nicht gewendet und damit das Identifizierungsverfahren nicht angegriffen.

Demnach ist die Versetzung des Klägers im Jahre 2002 in die PSA nicht zu beanstanden.

(3.) Diese Maßnahme verstößt auch nicht gegen höherrangiges Recht. Die Frage, ob der TV-Ratio gegen Verfassungsrecht oder zwingendes einfaches Gesetzesrecht verstößt, kann für die Frage der Beurteilung der Versetzung dahingestellt bleiben. Denn die mit diesem Antrag beanstandete konkrete Maßnahme ist allein die Versetzung. Durch die Versetzung allein hat die Beklagte die Arbeitsleistung des Klägers jedoch noch nicht im Einzelnen einseitig neu festgelegt. Sie hat lediglich einen Tarifvertrag vollzogen, der kraft arbeitsvertraglicher Gleichstellungsabrede Anwendung fand. Sie hat mit dieser Maßnahme noch keine, möglicherweise auf ein erweitertes Direktionsrecht nach dem TV-Ratio gestützte, einzelne, vom Kläger ggf. anzugreifende Maßnahme ausgeübt. Die Versetzung des Klägers als solche in die PSA in Form der schlichten Zuordnung von einer Vermittlungseinheit in eine andere stellt noch keine vertragswidrige, das Direktionsrecht der Beklagten überschreitende und möglicherweise Kündigungsschutz umgehende Maßnahme dar. Der Umstand, dass die Beklagte anknüpfend an diese Versetzung gegenüber dem Kläger sodann auf dem TV-Ratio basierende einzelne Maßnahmen anordnet, führt noch nicht zur Rechtswidrigkeit der Versetzung allein. Vielmehr ist der Kläger gehalten – was er mit den nachfolgenden Anträgen auch zum Teil getan hat – sich sodann gegen die konkreten Auswirkungen zu wehren. Nicht die Versetzung allein berührt den Kläger in seinen arbeitsvertraglichen Rechten. Eine Beeinträchtigung ist vielmehr erst dann denkbar, wenn die Beklagte anknüpfend an die Zuordnung in die PSA sich konkret

gegenüber dem Kläger z. B. auf die Vorschriften der §§ 5 Abs. 3, 6 und 7 des TV-Ratio stützt.

Nach alledem ist die Versetzung in die PSA als solche nicht rechtswidrig.

2. Auch der Feststellungsantrag des Klägers, die Beklagte sei nicht berechtigt, ihn zum Zwecke der Leiharbeit im Sinne des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) einzusetzen, ist zulässig, aber nicht begründet.

a. Der Antrag ist zulässig, denn er bezieht sich auf die Feststellung einer einzelnen Beziehung zwischen den Parteien aus dem Arbeitsvertrag, nämlich auf die Verpflichtung zur Ableistung von Leiharbeit. Er ist auch hinreichend bestimmt, denn als so genannter Globalantrag soll er jede Form der Leiharbeit erfassen.

b. Der Antrag ist unbegründet. Zwar mag es sein, dass ein Arbeitgeber ohne vertragliche Grundlage einen Arbeitnehmer nicht im Wege der Leiharbeit einsetzen darf. Hier folgt die vertragliche Grundlage jedoch aus der arbeitsvertraglichen Bezugnahme aller Tarifverträge, mithin auch des TV-Ratio.

Der TV-Ratio ermöglicht in § 5 Abs. 3 bis zur Weitervermittlung auf einem dauerhaften Arbeitsplatz die vorübergehende Beschäftigung, auch in Form der Zeit- bzw. Leiharbeit, innerhalb und außerhalb des Konzerns Deutsche Telekom.

Diese Tarifnorm verstößt entgegen der Auffassung des Klägers nicht gegen die Verfassung und zwingendes Gesetzesrecht.

Tarifliche Regelungen, durch die dem Arbeitgeber Änderungsvorbehalte im Sinne eines Leistungsbestimmungsrechts hinsichtlich einzelner Arbeitsbedingungen eingeräumt werden, sind grundsätzlich zulässig. Sie haben die Vermutung eines angemessenen Ausgleichs der Interessen der Arbeitnehmer am unveränderten Fortbestand ihrer Arbeitsverhältnisse und des Interesse des Arbeitgebers an flexiblerer Gestaltung der Arbeitsbedingungen für sich und unterliegen insoweit keiner Prüfung ihrer sachlichen Berechtigung. Hierin unterscheiden sich tarifliche Änderungsvorbehalte von entsprechenden vertraglichen Vorbehalten, die einer unbeschränkten Kon-

trolle im Einzelfall zugänglich sind. Auch tarifliche Änderungsvorbehalte dürfen aber nicht zur Umgehung des gesetzlichen Kündigungsschutzes führen, der nicht nur Beendigungsschutz beinhaltet, sondern im Hinblick auf § 2 KSchG auch Vertragsinhaltschutz. Bei der Bestimmung der kündigungsrechtlichen Wertungen ist die Anbindung des Kündigungsschutzes an Art. 12 GG zu beachten. Ein gesetzlicher Mindeststandard des Kündigungsschutzes ist grundrechtlich gewährleistet. Tarifliche Änderungsvorbehalte, die dem Arbeitgeber ohne nähere Festlegung das Recht zuweisen, die Arbeitsbedingungen beliebig weit zu ändern, werden diesem Mindeststandard nicht mehr gerecht und sind wegen Umgehung des Kündigungsschutzes unwirksam (Rost, Festschrift für Thomas Ditterich, Die „Erweiterung des Direktionsrechtes“ durch Tarifvertrag, S. 518). Die Grenze liegt also dort, wo die tarifliche Regelung nicht mehr als Konkretisierung der den Kündigungsschutzbestimmungen zugrunde liegenden Wertung angesehen werden kann (KR-Rost, § 2 KSchG, Rdnr. 54 c). Tarifvertraglich kann deshalb nicht eine voraussetzungslose Änderung der Arbeitstätigkeit und erst recht des Arbeitsentgelts vorgesehen werden (Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 6. Aufl., Einleitung, Rdnr. 374).

Das Bundesarbeitsgericht (Urt. v. 22. Mai 1985, 4 AZR 427/83) hat entschieden, § 16 Abs. 1 Lohntarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundesbahn vom 1. November 1960 (LTVDB) verstoße nicht gegen höherrangiges staatliches Gesetzesrecht. Die in dieser Norm festgeschriebene Berechtigung des Arbeitgebers, ohne Änderung des Arbeitsvertrages bei Erfüllung der tariflichen Erfordernisse den Arbeitern einseitig eine andere, auch nach einer niedrigeren Lohngruppe zu vergütende Tätigkeit zuzuweisen, sei nicht zu beanstanden.

Mit Urteil vom 26. Juni 1985 (4 AZR 585/83) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, tarifliche Regelungen, die bei Bestehen einer von den Tarifvertragsparteien festgelegten Normalarbeitszeit dem Arbeitgeber das Recht geben, einseitig innerhalb eines tariflich festgelegten Rahmens die Arbeitszeit der Arbeitnehmer über die tarifliche Normalarbeitszeit hinaus zu erhöhen und wieder entsprechend zu ermäßigen, verletzen kein zwingendes staatliches Gesetzesrecht.

Mit Urteil vom 18. Oktober 1994 (1 AZR 503/93) hat der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts entschieden, die Gewährung eines Leistungsbestimmungsrechts, das über

das allgemeine Direktionsrecht des Arbeitgebers hinausgehe, sei grundsätzlich möglich. Es dürfe nur nicht zur Umgehung zwingender Gesetzesschutzbestimmungen führen. Insoweit sei den Tarifvertragsparteien zwar ein größerer Gestaltungsspielraum zuzubilligen als den Parteien des Arbeitsvertrages. Die Grenze überschreite jedoch eine tarifliche Regelung, die dem Arbeitgeber **ohne jede Vorgabe und Einschränkung** die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses überlasse.

Nach Auffassung der Berufungskammer ist unter Berücksichtigung dieser Entscheidungen, die sich mit der Erweiterung des Leistungsbestimmungsrechtes durch Tarifvertrag befassen, § 5 Abs. 3 TV-Ratio im Hinblick auf die mögliche Leiharbeit nicht zu beanstanden. Weller-Hauck (Dorndorf/Weller/Hauck u. a., KSchG, 4. Aufl., § 2 Rdnr. 64) weisen darauf hin, dass das Bundesarbeitsgericht tarifliche Regelungen für zulässig hält, die den Arbeitgeber in einem **tarifvertraglich vorgegebenen Rahmen** einseitig zur Kürzung der Arbeitszeit, zur Übertragung einer anderen, niedriger zu bewertenden und zu vergütenden Tätigkeit, zur einseitigen Festsetzung der Mindestvergütung und zur Reduzierung von Entgeltbestandteilen berechtigen. Nach Auffassung der Berufungskammer gilt dies auch für die vorübergehende Anordnung von Leiharbeit. Entscheidend ist allein, dass die Tarifvertragsparteien tarifvertraglich den Rahmen vorgeben, d. h. nicht voraussetzungslos den Arbeitgeber legitimieren, nach seiner freien Entscheidung Leiharbeit anzuordnen.

Diesen Anforderungen wird § 5 Abs. 3 TV-Ratio gerecht. Die Tarifvertragsparteien regeln in diesem Tarifvertrag selbst, unter welchen Voraussetzungen der Mitarbeiter zur Leiharbeit verpflichtet ist. Zum einen knüpft der Tarifvertrag an das Identifizierungsverfahren nach §§ 3 und 4 an und bezieht die Möglichkeit des § 5 Abs. 3 TV-Ratio nur auf jene Mitarbeiter, deren Dauerarbeitsplatz entfallen ist. Wenn dann wiederum der Tarifvertrag für diese Mitarbeiter, für die infolge der Reduzierung des Beschäftigungsbedarfes der Dauerarbeitsplatz entfallen ist, die Möglichkeit vorübergehender Beschäftigung in Zeitarbeit festlegt, so ist dies nicht zu beanstanden und ein angemessener Ausgleich zwischen dem Interesse des Arbeitgebers und jenem des Arbeitnehmers. Dem Arbeitnehmer ist es zuzumuten, bis zur Weitervermittlung auf einen Dauerarbeitsplatz auch vorübergehend in Zeitarbeit zu arbeiten. Dem Arbeitgeber wiederum wäre es nicht zumutbar, einen Mitarbeiter, für den er zurzeit keinen Dauerarbeitsplatz hat, nicht im Wege der Zeitarbeit vorübergehend einzusetzen, zu-

mal er gem. § 6 TV-Vertrag verpflichtet ist, unabhängig von der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit Vergütung nach der bisherigen Entgeltgruppe und Gruppenstufe fortzuzahlen. Es wäre eine Überforderung des Arbeitgebers, ihn einerseits zur Weiterzahlung des Gehaltes zu verpflichten, ihm andererseits aber die Möglichkeit zu untersagen, bei fehlendem eigenem Beschäftigungsbedarf den Mitarbeiter im Wege der Leiharbeit innerhalb und außerhalb des Konzerns Deutsche Telekom zu beschäftigen. Weiterhin ist zu beachten, dass der Tarifvertrag in § 5 Abs. 3 Satz 2 auch hinsichtlich der Beschäftigungseinsätze in Leih- und Zeitarbeit bestimmt, dass der Einsatz im Regelfall wohnortnah und / oder berufsbildbezogen zu erfolgen hat. Auch insoweit ist der Tarifvertrag also nicht voraussetzungslos und schützt den betroffenen Arbeitnehmer – was Ort und Inhalt der Tätigkeit betrifft – angemessen. Dies gilt erst recht unter Beachtung des Umstandes, dass in § 5 Abs. 4 – 7 weitere Regelungen hinsichtlich der Zumutbarkeit getroffen wurden.

Hinzu kommt Folgendes:

Der Kläger begehrt mit seinem weit gefassten Antrag, einem Globalantrag, Feststellung, dass jegliche Art der Leiharbeit unzulässig sei. § 5 Abs. 3 TV-Vertrag ermöglicht Leiharbeit innerhalb und außerhalb des Konzerns Deutsche Telekom. Ein solcher Globalantrag ist bereits dann unbegründet, wenn es allein eine Art der Leiharbeit gibt, die rechtmäßig wäre. Für die Kammer überhaupt nicht erkennbar ist, warum es dem Kläger nicht zumutbar und dies insbesondere gegen höherrangiges Recht verstoßen soll, innerhalb des Konzerns Telekom wohnortnah und/oder berufsbildbezogen im Wege der Leiharbeit eingesetzt zu werden. Der Kläger war seit Juli 2004 als Leiharbeiter bei der ... GmbH & Co. KG tätig. Diese Personengesellschaft ist eine 100%ige Tochter der Beklagten. Betraut war der Kläger mit den Tätigkeiten Schalten im Netz, Schaltarbeiten im Netz der Deutschen Telekom und Montage von Endeinrichtungen. Warum ein solcher Einsatz – wenn auch im Wege der Leiharbeit - innerhalb des Konzerns Deutsche Telekom gegen höherangiges Recht verstoßen soll, erschließt sich der Kammer nicht. Der Arbeitsinhalt dürfte sich nicht im Wesentlichen unterscheiden von den Tätigkeiten, die der Kläger für die Beklagte zu erbringen hatte. Der einzige Unterschied besteht darin, dass ... ab 1. Juli nicht mehr lediglich eine organisatorische Einheit der Beklagten war, sondern eine eigenständige Personengesellschaft.

Letztlich vermag auch der Umstand, dass der Kläger unkündbar im Sinne der tariflichen Vorschriften war, nicht zur Begründetheit seines Feststellungsantrages zu führen. Der Kläger führt das Argument der Unkündbarkeit an im Zusammenhang mit dem Identifizierungsverfahren nach dem Tarifvertrag Nr. 33 bzw. dem Tarifvertrag TV-Ratio und meint, dieses Identifizierungsverfahren beachte seinen Status als unkündbarer Arbeitnehmer und seine sozialen Daten nicht ausreichend. Dieses Argument vermag aber hinsichtlich der begehrten Feststellung bezogen auf die Leiharbeit nicht durchzugreifen. Denn der Kläger verkennt, dass es bei dem Identifizierungsverfahren nicht um die Auswahl jener Mitarbeiter ging, denen gegenüber eine Beendigungskündigung ausgesprochen werden sollte. Mit der Versetzung in das Ressort PSM bzw. in die PSA ist nichts ausgesagt über den Ausspruch einer Beendigungskündigung. Im Übrigen verkennt die Kammer nicht, dass sich – soweit es keine anderen tarifvertraglichen Regelungen gibt – auch der Statuts der Unkündbarkeit auf Änderungskündigungen bezieht. Aber auch hier geht es nicht um den Ausspruch einer Änderungskündigung, sondern lediglich um die tarifvertragliche Erweiterung des Direktionsrechtes bezogen auf die Möglichkeit der Leiharbeit. Dies ist aus den dargelegten Gründen mit höherrangigem Recht vereinbar.

3. Der Antrag des Klägers auf Feststellung, die Beklagte sei nicht berechtigt, ihn ohne seinen ausdrücklichen Auftrag zur Begründung eines anderen Arbeitsverhältnisses an einen anderen Arbeitgeber zu vermitteln, ist unzulässig.

Diesem Feststellungsantrag fehlt das Feststellungsinteresse. Denn die Beklagte nimmt dies für sich überhaupt nicht in Anspruch. Dies hat sie ausdrücklich in ihrem Schriftsatz vom 9. Januar 2004 (Bl. 360 d. A.) erklärt. Der Kläger hätte darauf prozessual reagieren müssen (Rücknahme, Erledigung).

4. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag ist unzulässig. Es ist schon problematisch, zu welchen der anderen Feststellungsanträge dieser Antrag hilfsweise gestellt wird. Jedoch ist davon auszugehen, dass bei fehlender Konkretisierung sich der Hilfsantrag auf alle Feststellungsanträge bezieht. Seine Unzulässigkeit folgt jedoch aus der fehlenden Bestimmtheit. Der Feststellungsantrag enthält keinerlei Angaben, was unter „sämtlichen von der Beklagten und ihren Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträgen“ verstanden werden soll. Weder aus dem Wortlaut des Antrages noch

aus dessen Begründung lässt sich bestimmen, welche Tarifverträge für nicht anwendbar erklärt werden sollen. Darüber hinaus fehlt diesem Antrag auch das erforderliche Rechtsschutzinteresse. Soweit das Rechtsverhältnis der Parteien im Rahmen der Berufungsanträge des Klägers nach den Regeln des TV-Ratio zu beurteilen war, erfolgt sowohl eine Prüfung der Anwendbarkeit als auch der Wirksamkeit dieses Tarifvertrages. Ein Interesse an einer darüber hinausgehenden gesonderten Prüfung anderer, nicht einmal konkret bezeichneter Tarifverträge ist weder ersichtlich noch vorgetragen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, ein Rechtsgutachten zu erstatten, sondern konkrete Streitfälle zu entscheiden.

II. Die Berufung der Beklagten ist begründet. Das Urteil des Arbeitsgerichts ist bereits deshalb hinsichtlich des Beschäftigungsantrages abzuändern, weil es die Beklagte verurteilt hat, den Kläger zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 16. Juli 1971 in der zuletzt geänderten Fassung vom 21. Juni 1991 zu beschäftigen. Einen solchen Antrag hat der Kläger gar nicht gestellt. Es gibt keinen Arbeitsvertrag vom 16. Juli 1971, sondern lediglich einen vom 27. Juli 1977. Zwar könnte der Tenor der Entscheidung insoweit möglicherweise der Berichtigung zugänglich sein – was vom Kläger aber nicht beantragt wurde –, aber auch ein Antrag auf Beschäftigung des Klägers zu den Bedingungen des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrages vom 27. Juli 1977 ist unzulässig. Denn der Antrag ist nicht vollstreckungsfähig. Dies sieht der Kläger in seiner Berufungsbegründung übrigens auch selbst so. Dem Antrag ist nicht zu entnehmen, zu welchen arbeitsvertraglichen Bedingungen er mit welcher Beschäftigung wo beschäftigt werden will. Der Arbeitsvertrag enthält insoweit nur globale Angaben. Danach soll er beim Fernmeldeamt 2 in Ha... als vollbeschäftigter Arbeiter tätig sein. Eine Tätigkeitsbezeichnung enthält der Arbeitsvertrag nicht.

III. Der erstmals vom Kläger in der Berufungsinstanz gestellte Hilfsantrag zu dem erstinstanzlich gestellten Beschäftigungsantrag ist zwar zulässig, aber auch nicht begründet.

a. Der Antrag ist zulässig. Er ist bestimmt genug. Denn der Kläger begehrt Beschäftigung in der technischen Infrastruktur Niederlassung ... mit Sitz in H. als Fernmeldehandwerker / Fachwirt Telekom mit den Tätigkeiten gemäß der Entgeltgruppe T 6

des Entgelttarifvertrages Telekom. Mit diesem Antrag ist der Inhalt der begehrten Beschäftigung hinreichend bestimmt umschrieben.

Der Antrag ist aber unbegründet.

Zu Recht geht der Kläger zunächst davon aus, dass im bestehenden Arbeitsverhältnis ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung entsprechend der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit besteht. Da der allgemeine Beschäftigungsanspruch aus einer sich aus Treu und Glauben ergebenden Pflicht des Arbeitgebers herleitet, muss er allerdings dort zurückstehen, wo überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Der Arbeitgeber ist nach Treu und Glauben nicht verpflichtet, die Interessen des Arbeitnehmers ohne Rücksicht auf eigene überwiegende und schutzwürdige Interessen zu fördern. Deshalb bedarf es, wenn der Arbeitgeber wegen im Einzelfall entgegenstehender eigener Interessen die Beschäftigung des Arbeitnehmers ablehnt, einer Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Feststellung, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung schutzwürdig ist oder überwiegt (so auch LAG Hamburg, 2 Sa 99/03).

Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass sie aufgrund der Vorschriften des TV-Vertrages berechtigt ist, den Kläger zumindest vorübergehend bei nicht bestehenden Einsatzmöglichkeiten nicht zu beschäftigen. Die Beklagte stellt keineswegs in Abrede, überhaupt nicht zur Beschäftigung des Klägers verpflichtet zu sein, sie beruft sich nur darauf, angesichts der in Wegfall geratenen Beschäftigungsmöglichkeiten den Kläger derzeit noch nicht dauerhaft einsetzen zu können. Angesichts der ausgewogenen Regelungen im TV-Vertrag ist es dem Kläger zuzumuten, zumindest auch für eine gewisse Zeit einmal ohne tatsächliche Beschäftigung zu sein. Der TV-Vertrag verpflichtet die Beklagte vor dem Hintergrund eingeschränkter Beschäftigungsmöglichkeiten, den nach §§ 3 und 4 identifizierten und von den Regelungen des § 5 erfassten Arbeitnehmern einen anderen gleichwertigen und zumutbaren Dauerarbeitsplatz anzubieten. Die Beklagte ist weiterhin verpflichtet, unabhängig von den tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten den betroffenen Arbeitnehmer Bezahlung nach der bisherigen Entgeltgruppe und Gruppenstufe zu gewähren.

Vor dem Hintergrund dieser Verpflichtungen ist es dem betroffenen Arbeitnehmer zumutbar, auch für einen vorübergehenden Zeitraum bei fehlenden Beschäftigungsmöglichkeiten nicht eingesetzt zu werden. Insoweit muss sein Beschäftigungsinteresse zurücktreten, zumal § 7 Abs. 7 TV-Ratio ihn auch hinsichtlich der Annahme angebotener anderer Arbeitsplätze in die Pflicht nimmt und die ordentlich unkündbaren Mitarbeiter wie der Kläger wiederum nochmals besonders geschützt werden im Falle der Annahme externer Angebote über die Regelungen in der Anlage 4 zum TV-Ratio (Rückkehrrecht).

Bei alledem verkennt die Kammer nicht das Argument des Klägers, für ihn bestehe eine Beschäftigungsmöglichkeit auf einem Dauerarbeitsplatz bei der Beklagten. Es mag durchaus sein, dass es Beschäftigungsbedarf für die Tätigkeiten des Klägers gibt. Entscheidend ist aber, und darauf stellt der TV-Ratio ab, dass für die Gesamtheit der bisher beschäftigten Arbeitnehmer infolge des technischen Fortschritts, der Umorganisation und anderer personalwirtschaftlicher Maßnahmen der Beschäftigungsbedarf insgesamt geringer geworden ist. Dies bedeutet dann wiederum für die gem. § 3 TV-Ratio bzw. § 3 des Tarifvertrages Nr. 33 identifizierten Mitarbeiter, zu denen der Kläger gehört, dass eben kein Dauerarbeitsplatz für sie mehr vorhanden ist. Dies wiederum verstößt keineswegs gegen die Unkündbarkeit des Klägers, denn eine Kündigung seines Arbeitsverhältnisses steht nicht in Rede.

Die Kammer verkennt keineswegs, dass es möglicherweise mit dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch nicht vereinbar ist, wenn ein Mitarbeiter länger über mehrere Monate beschäftigungslos ist. Dieser Zustand ist beim Kläger aber noch nicht erreicht. Er hat im gesamten Jahr 2004 durchgehend gearbeitet. Zwar ist er seit 3. Januar 2005 ohne Beschäftigung. Damit vermag die Berufungskammer aber noch nicht anzunehmen, dass er im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 10. Februar 2005 bereits in einem zeitlichen Ausmaß beschäftigungslos war, das den Grad der Zumutbarkeit überschritten hat. Zudem dürfen dabei nicht die Bemühungen der Beklagten verkannt werden, dem Kläger einen anderen Arbeitsplatz zuzuweisen. Unstreitig ist ihm eine Tätigkeit bei der ... GmbH & Co. KG angeboten worden, und zwar nach Darlegung der Beklagten mit dem Inhalt jener Tätigkeiten, die der Kläger bereits seit 1. Juli 2004 für die ... GmbH & Co. KG noch als Arbeitnehmer der Beklagten erledigt hat. Dabei verkennt das Gericht nicht, dass die Beklagte gleichzeitig vom

Kläger verlangte, einen Aufhebungsvertrag mit ihr zu unterzeichnen. Dies mag dem Kläger schwer fallen. Er mag sich aber vor Augen führen, dass kein Arbeitnehmer einen Anspruch darauf hat, immer bei dem von ihm einmal ursprünglich gewählten Arbeitgeber beschäftigt zu sein. Der Kläger sei insoweit verwiesen auf Fälle der Ausgründung und auf die Vorschrift des § 613 a BGB. Zwar besteht die Möglichkeit des Widerspruchs, aber mit dem Risiko einer betriebsbedingten Kündigung.

Nach alledem ist die Berufung des Klägers unter Einschluss des in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrages zurückzuweisen, während der Berufung der Beklagten stattzugeben ist.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 97 ZPO.

Die Revision wird für den Kläger wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

gez. ...

gez. ...

gez. ...