

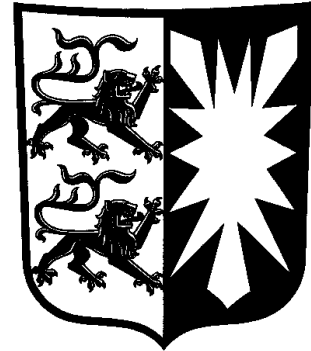
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 4 Sa 148/11

3 Ca 2506 d/10 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 25.08.2011



gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 25.08.2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 16.02.2011 - 3 Ca 2506 d/10 – abgeändert:

Der beklagte Bund wird verurteilt, den Kläger als Funkoffizier im Seedienst zu beschäftigen.

Der beklagte Bund trägt die Kosten des Rechtsstreits (beide Rechtszüge).

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um den Inhalt des klägerischen Beschäftigungsanspruches.

Der 1957 geborene Kläger trat am 1. April 1980 in die Dienste des beklagten Bundes ein. Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 01. April 1980 (Bl. 53 d.A.) heißt es, er werde ab 01. April 1980 auf unbestimmte Zeit im Geschäftsbereich des Bundesministers der Verteidigung bei der Beschäftigungsdienststelle V. als Fernschreiber eingestellt. Weiterhin heißt es im Arbeitsvertrag, das Arbeitsverhältnis bestimme sich nach dem BAT und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen. Danach werde der Angestellte (Kläger) eingruppiert die Vergütungsgruppe VIII Fallgruppe 1 Teil III Abschnitt L Unterabschnitt VII der Anlage 1a zum BAT.

Die Tätigkeit als Fernschreiber übte der Kläger bis 1983 aus. Danach beschäftigte der beklagte Bund ihn bis 1990 als Schreibfunke und in der Zeit von 1990 bis 1997 als Bezügerechner im Wehrbereichsgebührensamt.

Im Jahre 1998 versetzte der beklagte Bund den Kläger zu seiner jetzigen Dienststelle, der W. (W...) und beschäftigte ihn bis zum Jahre 2010 ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst.

Der Kläger erhält Vergütung nach der Vergütungsgruppe E9.

Die W. verfügte über die Schiffe H., K., S. und P.. Auf jedem dieser Schiffe setzte sie einen Funkoffizier ein.

In der Vergangenheit stritten Besatzungsmitglieder dieser Schiffe mit dem beklagten Bund darum, ob ihre Anwesenheit an Bord dieser Schiffe während der Seediensttage außerhalb der ausdrücklich angeordneten Arbeitszeit zu 50 % als Arbeitszeit zu werten sei.

Das Arbeitsgericht Kiel gab mit Urteil vom 13. März 2008 rechtskräftig (ö.D. 1 Ca 2024 b/07) der Klage des Klägers ganz überwiegend statt und verurteilte den beklagten Bund dazu, ihm 5.646,30 EUR brutto zu zahlen und stellte mit dem Antrag zu 2) fest, die Anwesenheit des Klägers an Bord der Schiffe H., K., S. und P. während der Seediensttage im Rahmen der Ausübung seiner Tätigkeit als einziger Funkoffizier sei auch außerhalb der ausdrücklich angeordneten Arbeitszeit zu 50 % als Arbeitszeit zu werten. Weitere Funkoffiziere der vier Schiffe führten entsprechende Prozesse gegen den beklagten Bund und obsiegten zu einem erheblichen Teil mit ihren Zahlungsanträgen, während sie anders als der Kläger einen entsprechenden Feststellungsantrag zweitinstanzlich nicht mehr stellten.

Spätestens seit dem Jahre 2010 setzt der beklagte Bund den Kläger nicht mehr ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst ein.

Der Kläger vertrat mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 01. Juli 2010 gegenüber dem beklagten Bund die Auffassung, er werde nicht mehr vertragsgemäß beschäftigt. Er forderte den beklagten Bund auf, ihn weiterhin als Funkoffizier einzusetzen. Die Argumentation des beklagten Bundes greife nicht, wonach er wegen arbeitszeitrechtlicher Problematiken nicht im Seedienst eingesetzt werden könne. Er habe mehrfach erklärt, dass er gegebenenfalls bereit sei, einen Verzicht auf Vergütungsansprüche zu erklären.

Der beklagte Bund teilte dem Kläger mit Schreiben vom 14. Juli 2010 (Bl. 13 d.A.) mit, seine Einsatzfähigkeit als Funker sei bekanntlich durch das Urteil des Arbeitsge-

richt Kiel eingeschränkt. Daher könne er zur Zeit als Funker lediglich bei Tagesfahrten eingesetzt werden, darüber hinaus werde er im Hafengebäude beschäftigt.

Der Kläger, der noch auf seinem ursprünglichen Dienstposten T. geführt wird, wird derzeit von dem beklagten Bund im Verwaltungsbereich des Seebetriebes beschäftigt und hat dort Aufgaben eines Bürosachbearbeiters zu erledigen. Daneben ist er aber auch zeitweise als Funkoffizier bei Tagesfahrten im Einsatz.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe einen Anspruch darauf, als Funkoffizier im Seedienst eingesetzt zu werden. Auch ohne schriftliche Fixierung sei dieses mündlich bzw. konkludent vereinbart worden. Seine Beschäftigung in entsprechender Funktion über zwölf Jahre habe zu einer Änderung des Arbeitsvertrages geführt. Sofern der beklagte Bund auf seinen Forschungsschiffen Tagesfahrten durchführe, habe er jedenfalls einen Anspruch auf entsprechende Beschäftigung im Tagesdienst. Bei weiterer Nichtbeschäftigung als Funkoffizier drohe ihm der Verlust seiner Funklizenz.

Der Kläger hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, ihn als Funkoffizier im Seedienst zu beschäftigen;
2. den Beklagten hilfsweise zu verurteilen, ihn als Funkoffizier bei mindestens 19 Tagesfahrten im Jahr im Seedienst einzusetzen.

Der beklagte Bund hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der beklagte Bund hat die Auffassung vertreten, der Kläger habe keinen Anspruch auf einen Einsatz als Funkoffizier auf den Schiffen der W.. Der Arbeitsvertrag biete dafür keine Grundlage. Von einer Konkretisierung der Tätigkeit auf jene eines Funkoffiziers könne auch keine Rede sein. Folglich unterliege es seinem – des beklagten Bundes – Direktionsrecht, den Kläger entsprechend der gegebenen Umstände einzusetzen. Ein Einsatz unter den Bedingungen, die vor Rechtskraft des arbeitsgerich-

tlichen Urteils bestanden hätten, sei ihm aufgrund des Urteils des Arbeitsgerichts Kiel nicht mehr möglich. Das Urteil bedeute, dass jede Stunde, die der Kläger ohne Vertreter an Bord eines der genannten Schiffe verbringe, als Arbeitszeit zu werten sei. Die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes seien daher bezogen auf den Kläger unter Berücksichtigung der rechtskräftigen erstinstanzlichen Entscheidung nicht einzuhalten.

Durch eine Vereinbarung mit dem Flottenkommando sei im Übrigen eine Modifizierung des Fernmeldedienstes für Seefahrzeuge und Hilfsschiffe der W. erfolgt, die mittels fester Meldezeiten gewährleiste, dass zukünftig kein rechtswidriger Einsatz der übrigen Funkoffiziere erfolge. Diese neuen Vorschriften änderten jedoch an den Einsatzmöglichkeiten des Klägers nichts, da das erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts Kiel aus dem Vorprozess für ihn persönlich Anwesenheit und Arbeitszeit an Bord der Schiffe gleichsetze.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird Bezug genommen auf den Inhalt des Tatbestandes der angegriffenen Entscheidung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe keinen vertraglichen Anspruch auf ausschließliche Beschäftigung als Funkoffizier. Durch die tatsächlich unterschiedlichen Beschäftigungen sei der ursprüngliche schriftliche Arbeitsvertrag hinsichtlich der geschuldeten Tätigkeit mündlich bzw. konkludent aufgehoben worden. Der beklagte Bund habe den Kläger so behandelt, als ob im Arbeitsvertrag lediglich als Tätigkeitsbezeichnung "Angestellter" eingetragen wäre, was sonst in den Verträgen des öffentlichen Dienstes üblich sei. Entsprechend habe der beklagte Bund sein Direktionsrecht ausgeübt. Von einer Konkretisierung könne keine Rede sein. Anhaltspunkte für ein objektiv gerechtfertigtes Vertrauen des Klägers auf Beschäftigung ausschließlich als Funkoffizier bestünden nicht. Die Klage sei deshalb un schlüssig.

Der Kläger hat gegen das ihm am 30. März 2011 zugestellte Urteil am 06. April 2011 mit Fax- und am 07. April 2011 mit Originalschriftsatz Berufung eingelegt und die Berufung am 28. April 2011 begründet.

Der Kläger vertritt die Auffassung, die Parteien hätten mit seiner Versetzung zur W. den Arbeitsvertrag einvernehmlich mündlich mit der Maßgabe geändert, dass er einen Anspruch auf Beschäftigung als Funkoffizier im Seedienst habe. Zudem sei auch von einer Konkretisierung der vertragsgemäßen Tätigkeit auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit als Funkoffizier auszugehen. Er habe bis zum Jahre 2010 über eine Dauer von zwölf Jahren ausschließlich die Tätigkeit des Funkoffiziers im Seedienst ausgeübt. Er werde aller Voraussicht nach sein Funkzeugnis verlieren, weil der beklagte Bund ihn nicht an einer ausreichenden Zahl an Tagen im Seedienst einsetze.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 16. Februar 2011
- 3 Ca 2506 d/10 - abzuändern und den beklagten Bund
zu verurteilen,

1. ihn als Funkoffizier im Seedienst zu beschäftigen,
2. hilfsweise ihn als Funkoffizier bei mindestens 19
Tagesfahrten pro Jahr im Seedienst einzusetzen.

Der beklagte Bund beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der beklagte Bund verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung und führt aus, aus dem Arbeitsvertrag lasse sich kein Beschäftigungsanspruch ausschließlich als Funkoffizier herleiten. Zudem sei auch nicht von einer Konkretisierung auszugehen. Es drohe auch nicht die Gefahr, dass der Kläger sein Funkzeugnis verliere. Er sei bereits ausreichend als Funkoffizier eingesetzt worden. Auch für die Zukunft sei zu erwarten, dass er im ausreichenden Umfang als Funkoffizier jedenfalls auf Tagesfahrten beschäftigt werde, weshalb auch insoweit kein Verlust des Funkzeugnisses drohe. Es überwiege auch sein Interesse daran, den Kläger nicht ausschließlich als Funkoffizier zu beschäftigen. Bei Mehrtagesfahrten könne er nämlich unter Berück-

sichtigung der rechtskräftigen Entscheidung des Arbeitsgerichts Kiel aus dem Vorprozess nicht die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes gewährleisten.

Der Hilfsantrag sei im Übrigen unzulässig, weil der Kläger auch zukünftig bei entsprechendem Bedarf als Funkoffizier im Seedienst auf Tagesfahrten eingesetzt werde. Zudem sei er unbegründet. Der Kläger habe keinen Anspruch darauf, mindestens auf 19 Tagesfahrten pro Jahr unabhängig von entsprechendem Bedarf eingesetzt zu werden.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie auch Erfolg. Der Kläger hat derzeit einen Anspruch auf Beschäftigung als Funkoffizier im Seedienst. Das Arbeitsgericht hat insoweit zwar zutreffend festgestellt, dass sich ein solcher Anspruch nicht bereits aufgrund vertraglicher Vereinbarung aus dem Arbeitsvertrag ergebe. Es hat auch zutreffend eine Konkretisierung der vertraglich geschuldeten Leistung auf eine ausschließliche Tätigkeit als Funkoffizier verneint. Die erstinstanzliche Entscheidung ist aber dennoch abzuändern, weil das Arbeitsrecht verkannt hat, dass der Arbeitnehmer auch dann den allgemeinen Beschäftigungsanspruch auf die – bisherige - Beschäftigung hat, wenn die Änderung des Inhalts der Arbeitsleistung durch Ausübung des Direktionsrechtes oder eines sonstigen Leistungsbestimmungsrechtes unwirksam ist. Da der beklagte Bund bei seiner personellen Maßnahme, den Kläger nicht mehr ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst zu beschäftigen, die Anforderungen des § 106 GewO nicht beachtet hat, hat der Kläger derzeit einen Anspruch auf Beschäftigung als Funkoffizier im Seedienst. Dazu im Einzelnen:

1. Der Leistungsantrag des Klägers ist zulässig. Der Kläger kann den von ihm geltend gemachten Anspruch auf Beschäftigung als Funkoffizier im Seedienst im Wege der Leistungsklage geltend machen. Er ist nicht gehalten, die Unwirksamkeit der Zu-

weisung des neuen Arbeitsplatzes im Wege der Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO feststellen zu lassen.

Bei der Klage auf vertragsgemäße Beschäftigung handelt es sich um eine Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO. Die Möglichkeit einer solchen Klage steht der Erhebung einer Feststellungsklage zwar nicht entgegen. Wie sich aus dem Wort "kann" in § 259 ZPO ergibt, steht insoweit dem Kläger aber ein Wahlrecht zu. (BAG, Urteil vom 29.10.1997 – 5 AZR 573/96 -, zitiert nach juris, Rn. 15,16).

2. Der Leistungsantrag des Klägers (Hauptantrag) ist auch begründet. Zwar hat der Kläger gegenüber dem beklagten Bund weder aus arbeitsvertraglicher Vereinbarung noch aufgrund einer Konkretisierung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung einen vertraglichen Anspruch auf ausschließliche Beschäftigung als Funkoffizier im Seedienst, so dass der beklagte Bund auf der Grundlage des Weisungsrechtes gemäß § 106 der Gewerbeordnung berechtigt ist, ihm jede Tätigkeit zuzuweisen, die den Merkmalen seiner Vergütungsgruppe entspricht, soweit ihm dies billigerweise zugemutet werden kann. Eine solche Maßnahme muss jedoch den Anforderungen des § 106 GewO genügen, was hier nicht der Fall ist. Daraus folgt, dass der Kläger derzeit wegen unzureichender Ausübung des Direktionsrechtes einen Beschäftigungsanspruch auf seine - bisherige – Beschäftigung als Funkoffizier im Seedienst hat.

a. Mit der vertraglichen Vereinbarung im Ausgangsarbeitsvertrag vom 01. April 1980, wonach der Kläger als Fernschreiber eingestellt wurde, haben die Vertragsparteien entgegen der Auffassung des Klägers auch unter Berücksichtigung der in den Folgejahren vorgenommenen Veränderungen der Tätigkeitsgebiete keine vertragliche Vereinbarung darüber getroffen, dass der Kläger jeweils einen vertragsgemäßen Anspruch auf Beschäftigung mit ausschließlich der ihm zuletzt zugewiesenen Tätigkeit hat. Die Argumentation des Klägers, insoweit sei der Arbeitsvertrag jeweils mündlich beziehungsweise konkludent einvernehmlich geändert worden, trägt nicht.

aa. Zwar ist zutreffend, dass der Ausgangsarbeitsvertrag anders als üblich im öffentlichen Dienst konkret eine Tätigkeit benennt, nämlich seinerzeit die des Fernschreibers. Üblicherweise werden Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst mit den dort be-

kannten Musterverträgen allgemein als Angestellte oder Arbeiter mit einem allenfalls allgemein umschriebenen Aufgabenbereich eingestellt und es wird lediglich die Vergütungsgruppe festgelegt. Hier haben die Vertragsparteien seinerzeit sowohl die Tätigkeit der Art nach als auch die Arbeitsstelle genau bezeichnet. Daraus könnte vor-dergründig gefolgert werden, dass die Vertragsparteien insoweit die vertraglich geschuldete Leistung auch nur auf die konkret benannte Tätigkeit beschränken wollten. Mit diesem Ansatz könnte dann argumentiert werden, auch die Änderung des Tätigkeitsbereiches – egal ob dieses schriftlich fixiert wird oder nur einvernehmlich mündlich erfolgt – bedeute wiederum eine vertragliche Bestimmung mit der Maßgabe, dass ausschließlich die jeweils neu zugewiesene Tätigkeit vereinbart ist.

Ein solcher Ansatz trägt jedoch im Ergebnis nicht. Das Bundesarbeitsgericht hat mehrfach entschieden, dass selbst dann, wenn im Arbeitsvertrag des öffentlichen Dienstes die Tätigkeit sowohl der Art als auch der Arbeitsstelle nach genau bezeichnet wird, dennoch zusätzlich feststehen muss, dass auf diese Weise nicht nur die erste Einsatzstelle genau angegeben wurde, sondern diese unter Verzicht auf das tarifliche Direktionsrecht als dauerhafter, ausschließlich zukünftiger Arbeitsort festgelegt werden sollte. Dazu bedarf es nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eindeutiger, klar auf diesen Gegenstand bezogener Zusagen oder Absprachen. Dies wiederum setzt nach der dortigen Rechtsprechung im Regelfall voraus, dass die Frage des dauerhaften Einsatzortes zwischen den Vertragsparteien offen thematisiert wurde. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts insbesondere bei einer uneingeschränkten Bezugnahme auf das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes (so BAG, Beschluss vom 22.01.2004 - 1 AZR 495/01 -, zitiert nach juris Rn. 22; BAG, Beschluss vom 26.06.2002 - 6 AZR 50/00 -, zitiert nach juris Rn. 15).

bb. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung hat der Kläger keinen vertraglichen Anspruch auf eine Beschäftigung ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst. Dem steht bereits entgegen, dass die Arbeitsvertragsparteien seinerzeit im Ausgangsarbeitsvertrag vereinbart haben, das Arbeitsverhältnis bestimme sich nach dem BAT und den diesen ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen, wobei zwischen den Parteien unstreitig ist, dass derzeit auf das Arbeitsverhältnis der TVöD-Bund Anwendung findet. Gerade wegen dieser Inbezugnahme eines tariflichen Regelwer-

kes des öffentlichen Dienstes bestehen überhaupt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vertragsparteien eine ganz bestimmte Tätigkeit als die ausschließlich vertraglich geschuldete vereinbaren wollten. Es ist insbesondere nicht erkennbar, dass der beklagte Bund trotz der Inbezugnahme des Tarifwerkes des öffentlichen Dienstes auf das sich aus diesem Tarifrecht ergebende tarifliche Direktionsrecht verzichten wollte. Solche eindeutigen, klar auf diesen Gegenstand bezogene Zusagen oder Absprachen sind nicht erkennbar und werden auch nicht vom Kläger vorgetragen.

Nach alledem besteht nicht bereits aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ein Anspruch des Klägers auf Beschäftigung ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst.

b. Die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung des Klägers hat sich auch nicht wegen seines zwölf Jahre währenden ausschließlichen Einsatzes als Funkoffizier im Seedienst auf diese Arbeitsleistung konkretisiert.

Eine Konkretisierung des Arbeitsvertrages erfordert über die langjährige Handhabung hinaus zusätzliche Umstände, die ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers auf Beibehaltung des bisherigen Leistungsinhalts für die Zukunft begründen (BAG, Urteil vom 24.01.2001 – 5 AZR 411/99 –, zitiert nach juris Rn. 37).

Zwar wird nicht verkannt, dass der Kläger in den letzten zwölf Jahren ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst tätig war. Bezogen auf seine Tätigkeit insgesamt seit 1980 für den beklagten Bund ist dies zwar einerseits ein erheblicher Zeitraum. Andererseits ist aber zu beachten, dass er davor achtzehn Jahre anderweitig auf verschiedenen Positionen eingesetzt wurde. Entscheidend ist aber, dass allein der Zeitraum von zwölf Jahren nicht zu einer Konkretisierung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung führt. Denn hinzukommen müssen zusätzliche Umstände, die ein schutzwürdiges Vertrauen des Klägers auf Beibehaltung seiner Tätigkeit als Funkoffizier im Seedienst für die Zukunft begründen können. Daran fehlt es hier.

Ein Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes muss regelmäßig wissen, dass dort

Beschäftigte grundsätzlich verpflichtet sind, jede ihnen zugewiesene Tätigkeit zu verrichten, die den Merkmalen der Vergütungsgruppe entspricht, soweit ihnen diese Tätigkeit billigerweise zugemutet werden kann (BAG, Beschluss vom 26.06.2002 - 6 AZR 50/00 - zitiert nach juris Rn. 15). Hinzu kommt, dass die Vertragsparteien im Ursprungsarbeitsvertrag die Anwendung des Bundesangestelltentarifvertrages vereinbarten und im Übrigen zwischen den Parteien unstreitig ist, dass nunmehr der TVöD auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Beide Tarifwerke (BAT und TVöD) sehen Versetzungs- und Abordnungsmöglichkeiten vor. Zudem ist nicht erkennbar, dass der Kläger darauf vertrauen konnte, der beklagte Bund werde auf sein sich aus § 106 GewO und dem anzuwendenden Tarifvertrag ergebendes Direktionsrecht verzichten.

Nach alledem ist ein vertraglicher Anspruch auf eine Tätigkeit ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst nicht begründet.

c. Trotz eines fehlenden vertraglichen Anspruches auf Beschäftigung ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst ist die Klage dennoch begründet, weil der beklagte Bund mit der Herausnahme des Klägers aus seiner ausschließlichen Beschäftigung als Funkoffizier im Seedienst die Vorschrift des § 106 GewO nicht beachtet hat. Ändert der Arbeitgeber den Inhalt der Arbeitsleistung durch Ausübung des Direktionsrechtes, so hat dies nach billigem Ermessen gemäß § 106 GewO zu erfolgen. Verstößt der Arbeitgeber bei der Ausübung des Direktionsrechtes gegen die Vorschrift des § 106 GewO und verletzt er damit die Grenzen seines Weisungsrechtes, so hat der Arbeitnehmer dann einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch auf die – bisherige – Beschäftigung (so schon LAG München, Urteil vom 18.09.2002 - 5 Sa 619/00 –, zitiert nach juris Rn. 32; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 14.03.2008 – 6 Sa 690/07 –, zitiert nach juris Rn. 30).

Die Herausnahme des Klägers aus seiner Beschäftigung ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst wird dem Maßstab des § 106 Gewerbeordnung nicht gerecht. Der beklagte Bund überschreitet damit die Grenzen des ihm zustehenden Weisungsrechtes.

aa. Die Ausübung des Weisungsrechtes muss nach billigem Ermessen erfolgen. Die Wahrung billigen Ermessens setzt voraus, dass die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden. Ob dies geschehen ist, unterliegt der gerichtlichen Kontrolle. Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Änderung des Inhalts der vom Arbeitgeber beanspruchten Arbeitsleistung durch Ausübung des Direktionsrechtes muss nach den allgemeinen Grundsätzen wiederum der Arbeitgeber darlegen und gegebenenfalls beweisen.

bb. Dem beklagten Bund ist es nicht gelungen darzulegen, dass die Herausnahme des Klägers aus seiner ausschließlichen Beschäftigung als Funkoffizier im Seedienst billigem Ermessen entsprach.

Der beklagte Bund beruft sich insoweit nicht für die Ausübung seines Direktionsrechtes auf den Umstand, dass er das Mehrzweckboot "S." an das Land Mecklenburg-Vorpommern veräußerte. Die sich daraus möglicherweise ergebende Folge des Überhanges eines Funkoffiziers ist ausweislich des Vortrages des beklagten Bundes nicht Anlass für die Ausübung des Direktionsrechtes gegenüber dem Kläger gewesen.

Vielmehr stützt sich der beklagte Bund für die Ausübung des Direktionsrechtes darauf, wegen der rechtskräftigen Entscheidung des Arbeitsgerichts Kiel im Vorprozess sei es ihm nicht möglich, den Kläger unter Beachtung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst auch in Mehrtagesfahrten einzusetzen. Diese Argumentation trägt jedoch nicht. Zwar ist es selbstverständlich, dass der beklagte Bund nicht verpflichtet werden darf, den Kläger entgegen den Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes zu beschäftigen. Hier ist aber zu beachten, dass der beklagte Bund vorträgt, durch eine Vereinbarung mit dem Flottenkommando sei eine Modifizierung des Fernmeldedienstes für Seefahrzeuge und Hilfsschiffe der W. erfolgt. Dies führe dazu, dass mittels fester Meldezeiten gewährleistet werde, dass kein rechtswidriger Einsatz der übrigen Funkoffiziere erfolge. Mit anderen Worten: Der beklagte Bund trägt vor, er habe durch Veränderung der Umstände einen Zustand hergestellt, der die Besetzung eines Schiffes mit nur einem Funkoffizier unter Beachtung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes ermögliche. Folglich wird nach wie vor nur ein Funkoffizier auf den nunmehr drei Schiffen der W. auch bei Mehrtages-

gesfahrten eingesetzt. Ob es davon im Einzelfall auch Ausnahmen gibt und die Schiffe mit zwei Funkoffizieren besetzt sind, kann hier dahingestellt bleiben, da es sich insoweit selbst nach dem Vortrag des beklagten Bundes immer nur um Einzelfälle handeln würde.

Wenn aber der beklagte Bund nunmehr einen solchen Zustand geschaffen hat, so kann er auch den Kläger ohne weiteres als Funkoffizier im Seedienst auch auf Mehrtagesfahrten einsetzen, und zwar ohne Verletzung der Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes. Die Argumentation des beklagten Bundes, die rechtskräftige Entscheidung mit ihrem Feststellungsantrag (Arbeitsgericht Kiel im Vorprozess) hindere ihn daran, ist nicht zutreffend. Der beklagte Bund verkennt, dass insoweit der Feststellungsantrag durch Veränderung der Umstände keine Rechtskraft für die Zukunft mehr hat. Gemäß § 322 Absatz 1 ZPO sind Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden ist. Hat eine positive Feststellungsklage Erfolg, so wird festgestellt, dass das in dem Urteil bezeichnete Recht oder Rechtsverhältnis besteht, und zwar unabhängig davon, ob das Gericht alle einschlägigen Aspekte gesehen und zutreffend gewürdigt hat. Die Rechtskraft erstreckt sich aber immer nur auf einen rechtshängigen Streitgegenstand. Der Streitgegenstand wiederum wird durch den Antrag und dem diesen zugrunde liegenden Sachverhalt bestimmt. Ändert sich der Sachverhalt, so entfaltet eine rechtskräftige Entscheidung für diesen geänderten Sachverhalt keine Bindungswirkung.

Hier ist festzustellen, dass durch die vom beklagten Bund angeführte Vereinbarung mit dem Flottenkommando nach Rechtskraft der Entscheidung des Arbeitsgerichts Kiel sich der Sachverhalt änderte. Folglich entfaltet die erstinstanzliche rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsrechts Kiel auch keine Bindungswirkung mehr bezogen auf die geänderten Umstände.

Wenn der beklagte Bund sich dann aber wiederum nur auf eine solche vermeintliche Bindungswirkung stützt für die Ausübung des Direktionsrechtes, so bleibt festzustellen, dass auf seiner Seite kein erkennbares schutzwürdiges Interesse anzunehmen ist, das eine Herausnahme des Klägers aus seinem ausschließlichen Einsatz als Funkoffizier im Seedienst rechtfertigen und billigem Ermessen entsprechen könnte.

Der beklagte Bund beruft sich ausschließlich zur Ausübung seines Ermessens auf eine fehlerhafte Einschätzung der Rechtslage. Dies kann aber unter keinem Gesichtspunkt ein zu seinen Gunsten sprechender Abwägungsaspekt im Rahmen von § 106 Gewerbeordnung sein. Da es folglich für die Herausnahme des Klägers aus dem ausschließlichen Einsatz als Funkoffizier im Seedienst auf Seiten des beklagten Bundes keinen zu akzeptierenden Grund gab, reicht bereits das Interesse des Klägers daran aus, wie bisher in seiner Funktion als Funkoffizier weiterbeschäftigt zu werden. Zwar ist grundsätzlich allein ein Interesse eines Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst auf Beibehaltung seiner Tätigkeit nicht besonders schützenswert. Vielmehr müssen grundsätzlich weitere Aspekte hinzukommen, die die Ausübung des Direktionsrechtes als ermessensfehlerhaft erscheinen lassen. Hat aber der Arbeitgeber – wie hier der beklagte Bund – überhaupt keinen zu akzeptierenden Grund für die Ausübung seines Direktionsrechtes, so reicht bereits das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung seiner bisherigen Tätigkeit aus. Dies gilt auch unabhängig von der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob dem Kläger der Verlust der Funklizenz droht.

Nach alledem hat der Kläger derzeit einen Anspruch auf Beschäftigung als Funkoffizier im Seedienst. Es ist aber ausdrücklich zu betonen, dass es sich dabei nicht um einen vertraglichen Anspruch auf ausschließliche Beschäftigung mit dieser Tätigkeit handelt, der nur gegebenenfalls durch eine Änderungskündigung beseitigt werden könnte. Sobald der beklagte Bund ordnungsgemäß sein Direktionsrecht ausübt, könnte der Beschäftigungsanspruch des Klägers ausschließlich als Funkoffizier im Seedienst entfallen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Anlass zur Zulassung der Revision besteht nicht.

gez. ...

gez. ...

gez. ...