

„Folgeleistungspflicht“ des Arbeitnehmers bei unbilliger Versetzung

Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, einer unbilligen Versetzung an einen anderen Ort vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Verbindlichkeit der Versetzung zu befolgen (entgegen BAG 22.02.2012 - 5 AZR 249/11).

LAG Düsseldorf, Urteil v. 6.4.2016 – 12 Sa 1153/15 –

Zum Sachverhalt

Die Parteien streiten über den tatsächlichen Einsatzort des Klägers sowie die Wirksamkeit einer Versetzung.

Der Kläger war bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin seit dem 04.08.1999 beschäftigt. Grundlage war zuletzt der noch mit der G. T. D. GmbH abgeschlossene Arbeitsvertrag vom 02.12.2002. In diesem hieß es u.a.:

„§ 2 Tätigkeit

1. Der Mitarbeiter wird als Callcenter Manager bei der Arbeitgeberin eingestellt. Der Dienstsitz des Mitarbeiters ist E..

2. Die Arbeitgeberin behält sich vor, dem Mitarbeiter eine andere zumutbare Arbeit - auch an einem anderen Ort - zuzuweisen, die seinen Vorkenntnissen und/oder Fähigkeiten entspricht.

...“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den zur Akte gereichten Arbeitsvertrag Bezug genommen. Die G. T. D. GmbH wurde ausweislich des Handelsregisterauszugs des Amtsgerichts Nürnberg HRB 18625 im November 2011 mit der Beklagten verschmolzen. Der Kläger war inzwischen sog. Operation Director Standortleiter bei der Beklagten und zwar am Standort E.. Er bezog im Geschäftsjahr 2013/2014 ein durchschnittliches Bruttogehalt einschließlich Provisionen von 12.000,00 Euro. Er besaß Gesamtprokura gemeinsam mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen. Der geschiedene Kläger hatte zwei Kinder aus erster Ehe, die im März 2015 sieben und fünfzehn Jahre alt waren und bei deren Mutter in N. lebten. Die ältere, am 06.10.1999 geborene Tochter war schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung von 100 Prozent. Der Kläger lebte mit seiner jetzigen Ehefrau, welche eine Festanstellung bei der Beklagten als Personalreferentin hatte, in L.. Die Betreuung der schwerbehinderten Tochter teilten sich die leiblichen Eltern. Der Kläger brachte dabei seine Tochter regelmäßig und zwar quartalsweise in die Universitätsklinik in Düsseldorf. An jedem zweiten Wochenende von Freitagnachmittag bis Sonntagabend wohnten beide Kinder bei dem Kläger in L., die er in N. abholte und dorthin zurückbrachte. Die persönliche Situation des Klägers war der Beklagten bekannt.

Die Beklagte, welche in den Bereichen Beratung und Dienstleistung mit dem Schwerpunkt Vertrieb tätig war, unterhielt neben dem Standort in E. einen Standort in O.. Die Beklagte wurde geleitet von den Geschäftsführern H. (bis Juni 2015) und S. sowie dem Chairman E.. Diese und die übrigen Prokuristen waren sämtlich am Standort O. tätig. Am Standort O. waren mehr als 100 Mitarbeiter eingesetzt und ein Betriebsrat war gebildet. Mehr als zwanzig der dort eingesetzten Mitarbeiter waren zum Betriebsrat wahlberechtigt. Am Standort E. waren im März 2015 einschließlich des Klägers jedenfalls zwölf Mitarbeiter im Projekt G. und vier Mitarbeiter im Projekt Y. tätig sowie eine Personalreferentin - die Ehefrau des Klägers -, eine Auszubildende und der Kläger. Der Kläger betreute bis zu seiner Versetzung in E. Projekte für die Kunden G. und Y. unter Leitung der mit diesen Projekten befassten Mitarbeiter. Er betreute weiter das Projekt T., wobei die Mitarbeiter aber in G. tätig waren. Es existierte in E. noch das Team W. Inside Sales mit 16 Mitarbeitern. Dieses war dem Standort G. zugeordnet.

Mit Schreiben vom 05.02.2015 versetzte die Beklagte den Kläger mit Wirkung zum 02.03.2015 in die Zentrale in O.. Der Dienstsitz sollte ausweislich des Schreibens ab diesem Zeitpunkt O. sein. Im Übrigen behalte der Arbeitsvertrag auch weiterhin mit Ausnahme des Dienstsitzes in allen Punkten seine Gültigkeit. Der

Kläger führte unter Vorbehalt Tätigkeiten in O. aus. Dabei war er im Jahr 2015 an 125 Tagen arbeitsunfähig erkrankt.

Mit Schreiben vom 21.05.2015, auf das wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, ersuchte die Beklagte den in O. gebildeten Betriebsrat um Zustimmung zur Versetzung und unterrichtete den Betriebsrat, dass die personelle Maßnahme dringend erforderlich sei und deshalb vorläufig durchgeführt werde. Der Betriebsrat gab hierzu keine Stellungnahme ab.

Mit Schreiben vom 21.09.2015, auf das wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, sprach die Beklagte dem Kläger gegenüber eine hilfsweise Änderungskündigung zum 31.03.2016 aus und bot an, das Arbeitsverhältnis ab dem 01.04.2016 am Standort O. zu ansonsten unveränderten Konditionen fortzuführen. Der Kläger nahm die geänderten Arbeitsbedingungen nicht - auch nicht unter Vorbehalt - an und erhob Kündigungsschutzklage. Mit Urteil vom 14.12.2015 - 6 Ca 5695/15 - stellte das Arbeitsgericht Düsseldorf fest, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 21.09.2015 nicht beendet worden sei und verurteilte die Beklagte, den Kläger vertragsgemäß als Operation Director mit Leitungsfunktion und Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern einzusetzen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das zur Akte genommene Urteil, das nach übereinstimmender Erklärung der Parteien im Termin rechtskräftig ist, Bezug genommen.

Der Kläger hat gemeint, die Versetzung nach O. sei unwirksam. Sie sei bereits von dem arbeitsvertraglich vereinbarten Direktionsrecht nicht gedeckt. Dieses erlaube eine Versetzung weltweit und es fehle eine Ankündigungsfrist. Jedenfalls sei die Versetzung unwirksam, weil sie nicht billigem Ermessen entspreche und ihn unverhältnismäßig belaste. Es werde das Kindeswohl der schwerbehinderten Tochter sowie das familiäre Leben belastet. Verlasse er seinen Dienstsitz in O. freitags nach Dienstschluss, sei er erst gegen 22.00 Uhr in L.. Wolle er seine Kinder in N. abholen, verlängere sich die Fahrzeit um ca. 30 Minuten. Wolle er seine Tätigkeit in O. montags um 09.00 Uhr aufnehmen, müsse er am jeweiligen Sonntagabend zuvor losfahren.

Betriebliche Interessen, welche eine Versetzung nach O. rechtfertigen könnten, seien nicht gegeben. Konkrete Planungen habe es noch nicht gegeben. Das Projekt Management LIV 2. Initiative / Performance, das er übernehmen solle, leite bereits ein anderer Mitarbeiter. Ob es in E. eine rückläufige Auftragslage gebe, könne dahingestellt bleiben. Am Standort E. bestehe nach wie vor Bedarf an seiner Arbeitskraft, denn er betreue dort bereits vorhandene Kunden. Für diese sei die Reisetätigkeit, die er auch bisher ausgeübt habe, von O. aus höher. Betreffend das Projekt W. Inside Sales habe er in E. als Ansprechpartner agiert. Zum 01.02.2015 sei zudem mit der Firma Y. ein neuer Kunde, den er betreue, für E. gewonnen worden. Das Projekt Y. laufe weiter und sei nicht eingestellt worden. Mitte 2015 sei mit einem Wachstum auf ca. zehn weitere Mitarbeiter zu rechnen. Der Kunde B. werde zum 01.06.2015 mit 30 Mitarbeitern am Standort E. einziehen. Es gebe weitere Projekte, die er von E. aus betreuen könne.

Kunden, die er aus O. betreuen könne, gebe es nicht. Er hat bestritten, dass künftige Projekte ausschließlich in O. angesiedelt würden. Es sei vielmehr in 2014 aktiv für E. Vertrieb gemacht worden. Vom 01.11.2014 bis 31.03.2015 sei hierfür ein Mitarbeiter ausschließlich tätig gewesen. Und es werde nach wie vor Akquise für E. betrieben. Abstimmungsprobleme mit der Geschäftsleitung in O. habe es bisher nicht gegeben. Soweit dies erforderlich gewesen sei, habe er Dienstreisen nach O. unternommen.

Letztlich sei die Versetzung in der Antipathie des Geschäftsführers S. ihm gegenüber begründet. Die angeblichen betrieblichen oder unternehmerischen Gründe seien nur vorgeschoben. Die Versetzung sei die Fortsetzung willkürlicher Maßnahmen. So sei ihm plötzlich die monatliche Vorauszahlung von 800,00 Euro nicht mehr gezahlt worden. Er habe eine neue Zielvorgabe erhalten, bei der ihm jede Möglichkeit genommen sei, mehr als das Grundgehalt zu verdienen. Er habe in den letzten Monaten nur noch 7.200,00 Euro (Grundgehalt plus Provisionsvorauszahlung) erhalten. Der Kläger hat weiter behauptet, nach der Versetzung habe die Beklagte ihm die bisher von ihm betreuten Projekte entzogen und an seiner Stelle sei nun Herr van B. zuständig. Er sei zu einem Operation Manager degradiert worden. Herr van B. sei bisher nie sein Vorgesetzter gewesen. Er habe auf derselben Hierarchieebene gestanden. Die Beklagte habe ihm in O. einen Büroraum zur Verfügung gestellt, der nicht den technischen Regeln für Arbeitsstätten entspreche.

Der Kläger hat weiter gerügt, dass die Beklagte den in O. gebildeten Betriebsrat nicht vor seiner Einstellung in den Betrieb beteiligt habe. Diese Beteiligung sei nicht entbehrlich gewesen, weil er kein leitender Angestellter gewesen sei.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verpflichten, ihn in deren Betrieb in E. zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen;

hilfsweise, festzustellen, dass seine Versetzung von dem Betrieb der Beklagten in E. in den Betrieb der Beklagten in O. ab dem 01.03.2015 unwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat gemeint, die Versetzung des Klägers nach O. sei wirksam. Sie habe im Jahr 2014 die unternehmerische Entscheidung getroffen, künftige Projekte ausschließlich in O. anzusiedeln und auch dort zu akquirieren. Dies habe sich aus den höheren Personalkosten in E. begründet. Nur wenn ein Kunde einen In-house-Service in E. wünsche, werde künftig das Projekt in E. kreiert. Die Mitarbeiterzahl in E. habe sich von 2012 (52) und 2013 (69) auf 43,8 in 2014 und 34 im Jahr 2015 reduziert. Am Standort E. seien nur noch die Teams G. und Y. vorhanden. Auf das Team W. Inside Sales komme es nicht an, weil es dem Standort G. zugeordnet war und dort die Projektleitung gewesen sei. Dort stünden freie Flächen für neue Projekte zur Verfügung. Sie hat weiter behauptet, dass die Gesamtverantwortung über alle ihre Projekte Herrn van B. obliegen habe. Am Standort O. seien 126 Mitarbeiter eingesetzt gewesen. Aufgrund der Abnahme der Bedeutung des Standortes E. sei die Entscheidung gefallen, die Position eines eigenen Callcenter Managers in E. mit Prokura abzubauen und nach O. zu verlegen.

Am Standort E. seien folgende Aufgaben des Klägers entfallen: Operative Verantwortung und Account Management des Kunden W. T.; Führung des Working Operation Managers D. L., Entfall des Managements W. T., dessen Teamleiter nun an Herrn N. berichte; Verkleinerung des G. Teams, Akquise von Neukunden, weil diese ab September 2014 für den Standort E. beendet sei, Wegfall der indirekten Mitarbeiter- bzw. Projektverantwortung bezogen auf den Standort E.. In O. solle der Kläger vor allem das Projekt Management LIV 2.0 Initiative /Performance Management übernehmen. Hinzu kämen die Projekte NN Airplus BTM und NN O. in O.. Außerdem solle der Kläger seinen Vorgesetzten van B. vertreten, der seinen Dienstsitz in O. habe.

Die Interessen des Klägers seien berücksichtigt. Er könne die Fahrten in die Universitätsklinik auch nach der Versetzung weiter tätigen, weil er an diesen Tagen vom Standort E. aus arbeiten könne. Die Betreuung der Kinder an den Wochenenden könne ebenfalls erfolgen, weil er jeden zweiten Freitag vom Standort E. aus arbeiten könne und so die Möglichkeit habe, seine Kinder am Freitagnachmittag abzuholen.

Sie hat behauptet, der Kläger werde nicht „degradiert“. Das Projekt Y. sei wegen Erfolglosigkeit inzwischen eingestellt worden. Im Übrigen sei der Kläger seit je her Herrn van B. unterstellt gewesen. Die Beklagte hat gemeint, der Kläger sei als Prokurist leitender Angestellter. Die Betriebsratsbeteiligung in O. sei nur vorsorglich erfolgt.

Das Arbeitsgericht hat den auf tatsächliche Beschäftigung in E. gerichteten Antrag abgewiesen und dem Hilfsantrag stattgegeben und festgestellt, dass die Versetzung unwirksam sei, weil sie nicht billigem Ermessen entspreche. Das Urteil des Arbeitsgerichts ist dem Kläger am 28.09.2015 und der Beklagten am 29.09.2015 zugestellt worden. Der Kläger hat am 26.10.2015 Berufung eingelegt und diese - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 28.12.2015 - am 18.12.2015 begründet. Die Beklagte hat am 26.10.2015 Berufung eingelegt und diese - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 23.12.2015 - am 26.11.2015 begründet.

Der Kläger ist der Ansicht, bereits der Arbeitsvertrag gewähre ihm den Dienstsitz in E.. Er behauptet, dass es keine unternehmerische Entscheidung gebe, dass die Beklagte den Fokus auf die Standorte O. und G. verlagert habe. Sie suche aktuell Mitarbeiter für E. und plane die Anmietung weiterer Räumlichkeiten in E.. Sie habe in 2015 laufend bei mehreren Unternehmen Akquise in E. betrieben. Ein in E. verlorener Kunde solle in E. wiedergewonnen werden. Der Kläger behauptet, er habe im Übrigen auch bisher das Projekt W. Inside Sales geleitet. Die Personalkosten in E. seien im Verhältnis zu O. oder G. gleich oder geringer.

Der Kläger behauptet, der Geschäftsführer H. könne bestätigen, dass es die von der Beklagten behauptete unternehmerische Entscheidung nicht gebe. Der Geschäftsführer S. suche nur nach einem Weg, um ihn aus persönlicher Antipathie aus dem Unternehmen zu drängen. So habe er in Anwesenheit einer anderen Mitarbeiterin in einem Planungscall im Dezember 2014 wiederholt danach gefragt, wie weit denn die Fortschritte im Hinblick auf seinen Weggang seien, weil er ihn loswerden wolle. Soweit er nunmehr unter

Vorbehalt in O. arbeite, werde er von der Geschäftsführung gezielt gemieden und nicht in Prozesse eingebunden. Es gehe darum, ihn mürbe zu machen.

Die Versetzungsanordnung entspreche nicht billigem Ermessen. Zutreffend habe das Arbeitsgericht ausgeführt, dass es an verbindlichen Zusagen ihm gegenüber betreffend der familiären Situation fehle.

Der Kläger beantragt zuletzt, das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 08.09.2015 - 15 Ca 3000/15 abzuändern und die Beklagte zu verpflichten, ihn mit Dienstsitz E. weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 08.09.2015 - 15 Ca 3000/15 in Ziffer 1) abzuändern und die Klage abzuweisen.

Beide Parteien beantragen, die Berufung der Gegenseite zurückzuweisen.

Die Beklagte meint, das Arbeitsgericht habe bei der Prüfung des billigen Ermessens den Gang des Verfahrens und insbesondere die zwischen den Parteien stattgefundenen Verhandlungen nicht berücksichtigt. Sie habe dem Kläger im Schriftsatz vom 22.04.2015 angeboten, ihm die quartalsweisen Fahrten in die Uniklinik zu ermöglichen. Der Kläger könne außerdem jeden zweiten Freitag von E. aus arbeiten. Hierauf sei der Kläger nicht eingegangen. Im einstweiligen Verfügungsverfahren der Parteien wäre sie mit einer Tätigkeit des Klägers an vier Tagen in O. und an einem Tag im Homeroffice sowie einem jährlichen Einmalbetrag von 1.500,00 Euro an Reisekosten einverstanden gewesen. Der Kläger habe aber überraschend gewünscht, an zwei Tagen in E. tätig zu sein. Es sei bis heute nicht ersichtlich, mit welchen Abmilderungen der Versetzungsanordnung der Kläger einverstanden sei. Letztlich gehe es ihm darum, zu völlig unveränderten Bedingungen in E. weiter zu arbeiten.

Die Beklagte behauptet, in E. habe es keine Akquise durch die Geschäftsleitung gegeben. Mitarbeiter hätten auf eigene Faust versucht, Kunden zu akquirieren, um ihre Arbeitsplätze in E. zu sichern. Tatsächlich habe sie in E. überhaupt keine Räumlichkeiten parat.

Die hier streitige unternehmerische Entscheidung sei tatsächlich Ende Dezember 2014 von den Geschäftsführern H. und S. getroffen worden. Es sei böswillige Polemik, dass der Geschäftsführer S. nur einen Weg gesucht habe, um den Kläger aus dem Unternehmen zu drängen. Eine Degradierung sei mit der Versetzung nicht erfolgt, weil die Arbeitsbedingen bis auf den Ort gleich blieben. Der Kläger werde in O. auch nicht gemieden, sondern sei im Jahr 2015 schlicht an so vielen Tagen krank gewesen, dass er Kunden nicht habe vorgestellt und auf seine Führungsaufgabe nicht habe vorbereitet werden können. In Kenntnis der persönlichen Umstände des Klägers sei auf diese speziellen Umstände - wie bereits ausgeführt - eingegangen worden. Im Übrigen sei eine gewisse Flexibilität erforderlich.

Auf Nachfrage des Gerichts hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers im Kammertermin ausdrücklich erklärt, dass es - wie in der Berufungsbegründung auf Seite 2 ausgeführt - bei dem Beschäftigungsantrag als Hauptantrag und bei dem Feststellungsantrag als Hilfsantrag bleiben soll. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen in beiden Instanzen Bezug genommen.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet, weil sein Hauptantrag begründet ist. Da die Klage mit dem Hauptantrag Erfolg hatte, fiel der Hilfsantrag des Klägers und damit auch die Berufung der Beklagten, die sich alleine auf den Hilfsantrag des Klägers bezieht, dem Gericht nicht zur Entscheidung an. Bereits aufgrund des Zuspruchs des Hauptantrags war das Urteil des Arbeitsgerichts dahingehend abzuändern, dass nur dem Hauptantrag des Klägers stattgegeben wurde. Für die Entscheidung über den Hilfsantrag blieb kein Raum mehr. Insoweit hat die Kammer den Tenor zur Klarstellung insgesamt neu gefasst.

A. Die Berufung des Klägers ist begründet, weil der auf Beschäftigung in E. gerichtete Hauptantrag zulässig und begründet ist.

I. Der auf tatsächliche Beschäftigung in E. gerichtete Antrag ist zulässig. Er ist insbesondere hinreichend bestimmt, die Voraussetzungen des § 259 ZPO sind gegeben und es fehlt nicht das allgemeine Rechtsschutzinteresse.

1. Der Hauptantrag des Klägers bedarf der Auslegung. Dieser hatte zunächst in erster Instanz wörtlich beantragt, ihn zu unveränderten Arbeitsbedingungen in E. weiter zu beschäftigen. Bereits das Arbeitsgericht hat diesen Antrag zutreffend im Hinblick auf den Zusatz „zu unveränderten Arbeitsbedingungen“, der zur Unbestimmtheit des Antrags führen kann (BAG 27.05.2015 - 5 AZR 88/14, NZA 2015, 1053 Rn. 46), ausgelegt. Es ist davon ausgegangen, dass die Antragstellung lediglich darauf abzielte, die Beschäftigung in örtlicher Hinsicht durchzusetzen, weil - zunächst - über den Inhalt der Tätigkeit kein Streit bestand. Es hat die Formulierung „zu unveränderten Arbeitsbedingungen“ nur als überflüssigen Annex betrachtet. Dieses Verständnis trifft nach wie vor zu. Den inzwischen streitigen Inhalt der tatsächlichen Beschäftigung hat der Kläger sich bereits durch das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 14.12.2015 - 6 Ca 5695/15 - rechtskräftig erstritten. Ausweislich dessen ist die Beklagte verurteilt worden, ihn als Operations Director mit Leitungsfunktion und Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern einzusetzen. Das Arbeitsgericht hat in diesem Verfahren zu A.II.1. der Entscheidungsgründe ausdrücklich aufgeführt, dass Gegenstand des dortigen Antrags nicht die Frage des örtlichen Einsatzes in E. oder O. ist. Dies werde von dem dortigen Antrag offen gelassen. Der Kläger hat seinen Beschäftigungsantrag aufgespalten. In diesem Verfahren begehrt er nur die Beschäftigung an einem bestimmten Ort, nämlich in E., ohne dass es ihm um die inhaltlichen Arbeitsbedingungen geht. Diese hat er sich - wie ausgeführt - bereits erstritten. Der Antrag in diesem Verfahren war von Anfang an alleine auf den Ort der Tätigkeit gerichtet, so dass die im Berufungsrechtszug zuletzt erfolgte ausdrückliche Antragstellung gerichtet auf tatsächliche Beschäftigung in E. nur eine Klarstellung ist.

2. Der auf tatsächliche Beschäftigung gerichtete Antrag ist als zukunftsbezogener Antrag zulässig.

a) Bei einem Streit über die Berechtigung einer Versetzung bestehen für den Arbeitnehmer zwei Möglichkeiten. Er kann die Berechtigung der Versetzung im Rahmen einer Feststellungsklage klären lassen. Darüber hinaus hat er die Möglichkeit, den Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung im Rahmen einer Klage auf künftige Leistung gem. § 259 ZPO durchzusetzen. Bei der Prüfung des Beschäftigungsanspruchs ist die Wirksamkeit der Versetzung als Vorfrage zu beurteilen. Voraussetzung für eine Klage auf tatsächliche Beschäftigung ist die Besorgnis, dass der Schuldner sich andernfalls der rechtzeitigen Leistung entziehen werde (BAG 25.08.2010 - 10 AZR 275/09, NZA 2010, 1355 Rn. 12 m.w.N.). Diese Besorgnis besteht, denn die Beklagte hält die Versetzung für wirksam und besteht auf einer Beschäftigung des Klägers in O.. Der Kläger ist aufgrund dessen nach wie vor - wie er im Kammertermin erklärt hat - nur unter Vorbehalt in O. tätig.

b) Die Kammer hatte zunächst über den auf tatsächliche Beschäftigung gerichteten Hauptantrag des Klägers zu entscheiden. An die prozessuale Bestimmung des Haupt- und Hilfsverhältnisses durch den Kläger, welches dieser schriftsätzlich und auf Nachfrage im Termin bestätigt hat, ist die Kammer gebunden. Ob es sich in der Sache um eine Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) handelt, weil die Frage der Wirksamkeit der Versetzung Vorfrage der tatsächlichen Beschäftigung ist, kann offen bleiben. Allerdings ist das Bundesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass ein Zwischenfeststellungsantrag kein Hilfsantrag sein kann. Er trete vielmehr als zusätzlicher Antrag neben den Hauptantrag. Ein als Hilfsantrag gestellter Feststellungsantrag könne nur unter den Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO zulässig sein (vgl. 27.06.1989 - 1 AZR 404/88, DB 1989, 2228 Rn. 77 f.). Andererseits wird eine Zwischenfeststellungsklage auch als Hilfsantrag für den Fall der Abweisung des Hauptantrags für zulässig erachtet (BGH 21.02.1992 - V ZR 273/90, NJW 1992, 923 Rn. 9; Zöller/Greger, ZPO 30. Aufl. 2014, § 256 Rn. 29). Auf die Streitfrage kommt es nicht an, denn der Kläger hat das Haupt- und Hilfsverhältnis der Anträge bestimmt, so dass zunächst über den Hauptantrag gerichtet auf tatsächliche Beschäftigung zu entscheiden war. Daran sieht sich die erkennende Kammer gebunden.

3. Das allgemeine Rechtsschutzinteresse besteht. Für den Antrag auf tatsächliche Beschäftigung als Leistungsantrag bedarf es nicht der Darlegung eines allgemeinen - hier über § 259 ZPO hinausgehenden - Rechtsschutzinteresses (vgl. BAG 09.11.2010 - 1 ABR 76/09, juris Rn. 22). Dieses allgemeine Rechtsschutzinteresse ist nicht deshalb entfallen, weil der Kläger in dem Verfahren 6 Ca 5695/15 vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf bereits einen Beschäftigungstitel erstritten hat und es deshalb einer erneuten Titulierung nicht bedurfte. Der dort vom Kläger erstrittene Beschäftigungstitel hat - wie bereits ausgeführt - nicht den hier beehrten Inhalt und erfasst die Frage des Arbeitsortes nicht.

II. Der Hauptantrag ist begründet. Der Kläger kann von der Beklagten die tatsächliche Beschäftigung in E. verlangen, weil seine Versetzung mit Schreiben vom 05.02.2015 mit Wirkung zum 02.03.2015 nach O. unwirksam ist, weil sie nicht billigem Ermessen entspricht.

1. Dem Zuspruch des Anspruchs auf künftige tatsächliche Beschäftigung in E. steht nicht entgegen, dass der Kläger nach der arbeitsvertraglichen Situation nicht dauerhaft vor einer Versetzung nach O. auch ohne Ausspruch einer Änderungskündigung geschützt ist. Das Arbeitsgericht als Vorinstanz zu diesem Verfahren hat in zutreffender Weise zu A.II.1.a. der Entscheidungsgründe ausgeführt, dass eine Versetzung nach O. von den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen gedeckt ist. Darauf wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen. Es kann offen bleiben, ob dies nicht ohnehin zwischen den Parteien rechtskräftig feststeht, weil die 6. Kammer des Arbeitsgerichts Düsseldorf die Kündigungsschutzklage des Klägers gegen die Änderungskündigung vom 21.09.2015 mit der Begründung abgewiesen hat, dass die Beklagte die Möglichkeit gehabt hätte, den Kläger durch Ausübung des Direktionsrechts nach O. zu versetzen, wobei dem nicht entgegenstehe, dass sie davon bislang mangels Wahrung des billigen Ermessens nicht wirksam Gebrauch gemacht hätte.

Dies alles steht dem Zuspruch des Antrags auf tatsächliche Beschäftigung nicht entgegen. 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 aufgespalten werden kann. Dies gilt auch dann, wenn Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung im Arbeitsvertrag nicht abschließend festgelegt sind, sondern dem Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106 GewO) unterliegen. Solange dieser nicht rechtswirksam von seinem Weisungsrecht erneut Gebrauch gemacht hat, bleibt es bei der bisher zugewiesenen Arbeitsaufgabe am bisherigen Ort und der Arbeitnehmer hat einen dementsprechenden Beschäftigungsanspruch (BAG 25.08.2010 a.a.O. Rn. 15, s.a. BAG 22.02.2012 - 5 AZR 249/11, DB 2012, 1628 Rn. 24: "Klage auf Beschäftigung mit der früheren Tätigkeit"). Damit wird - wie in der Kammerverhandlung erörtert - die künftige Beschäftigung nicht dauerhaft zementiert. Eine Entscheidung darüber, ob und ggf. in welchem Umfang der Arbeitgeber zukünftig, d.h. nach dem Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz, von seinem Weisungsrecht rechtswirksam Gebrauch machen kann, ist mit diesem Urteil nicht getroffen (BAG 25.08.2010 a.a.O. Rn. 16; s.a. BAG 19.06.2012 - 1 ABR 35/11, NZA 2012, 1179 Rn. 14, 16 für die nachträgliche Veränderung des maßgeblichen Sachverhalts).

2. Der Antrag auf tatsächliche Beschäftigung in E. ist nicht bereits deshalb begründet, weil der Betriebsrat in O. einer Einstellung des Klägers nicht zugestimmt hat. Dies ist im Termin noch einmal erörtert worden. Der Kläger hat eingeräumt, dass keine Zustimmungsverweigerung (§ 99 Abs. 2, 3 Satz 1 BetrVG) des Betriebsrats in O. vorliegt, so dass die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG eingetreten ist. Auf die Frage, ob der Kläger leitender Angestellter ist, kam es nicht an.

3. Der Kläger kann die tatsächliche Beschäftigung in E. verlangen, weil die Versetzung mit Schreiben vom 05.02.2015 mit Wirkung zum 02.03.2015 nach O. unwirksam ist, weil sie nicht billigem Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB) entspricht.

a) Für die umfassende Ausübungskontrolle nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB in Bezug auf eine Versetzung ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

aa) Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 106 GewO, § 315 Abs. 1 BGB verbleibt auch im Falle der Versetzung für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein - ggfs. auf betriebliche Gründe beschränkter - nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Innerhalb des Spielraums können dem Bestimmungsberechtigten mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dem Gericht obliegt nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB die Prüfung, ob der Arbeitgeber als Gläubiger die Grenzen seines Bestimmungsrechts beachtet hat (BAG 28.08.2013 - 10 AZR 569/12, ZTR 2014, 106 Rn. 39 m.w.N.).

bb) Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB) verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Hierzu gehören 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 (BAG 28.08.2013 a.a.O. Rn. 40).

cc) Beruht die Weisung auf einer unternehmerischen Entscheidung, so kommt dieser besonderes Gewicht zu. Eine unternehmerische Entscheidung führt aber nicht dazu, dass die Abwägung mit Interessen des

Arbeitnehmers von vornherein ausgeschlossen wäre und sich die Belange des Arbeitnehmers nur in dem vom Arbeitgeber durch die unternehmerische Entscheidung gesetzten Rahmen durchsetzen könnten. Das unternehmerische Konzept ist zwar nicht auf seine Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Arbeitsgerichte können vom Arbeitgeber nicht verlangen, von ihm nicht gewollte Organisationsentscheidungen zu treffen. Wohl aber kann die Abwägung mit den Belangen des Arbeitnehmers ergeben, dass ein Konzept auch unter Verzicht auf die Versetzung durchsetzbar war (BAG 28.08.2013 a.a.O. Rn. 41).

b) In Anwendung dieser Grundsätze entspricht die Versetzung mit Schreiben vom 05.02.2015 mit Wirkung zum 02.03.2015 nach O. nicht billigem Ermessen. Die Kammer unterstellt dabei, dass die Beklagte tatsächlich Ende 2014 die unternehmerische Entscheidung getroffen hat, die Führungskräfte am Standort O. zu bündeln. Es kann auch unterstellt werden, dass die Entscheidung - so sie denn getroffen wurde - entgegen dem Vorbringen des Klägers nicht aus rechtsmissbräuchlichen Gründen, alleine um den Kläger aus dem Betriebs zu drängen, erfolgt ist. Darauf kam es nicht an, denn selbst bei unterstellter nicht zu beanstandender unternehmerischer Entscheidung, die Führungskräfte in O. zu bündeln, entspricht die Versetzung mit Schreiben vom 05.02.2015 mit Wirkung zum 02.03.2015 nach O. nicht billigem Ermessen. Die Beklagte hat nicht ausreichend auf die persönlichen Belange des Klägers Rücksicht genommen. Dies hat das Arbeitsgericht bereits gut begründet und zutreffend zu A.II.1.b. der Entscheidungsgründe ausgeführt. Darauf wird gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen der Beklagten ist ergänzend lediglich Folgendes anzuführen: Im Hinblick auf die Entfernung zwischen E. und O. und die familiäre Situation des Klägers mit einer schwerbehinderten minderjährigen Tochter aus erster Ehe, die bei ihrer Mutter in N. lebt, war eine Situation gegeben, welche die Beklagte im Rahmen ihrer Ermessensausübung einstellen musste. Dies gilt erst Recht, weil die schwerbehinderte Tochter des Klägers von diesem teilweise in die Universitätsklinik zu bringen war. Hinzu kommt, dass keine Situation gegeben ist, bei der die Berücksichtigung der Interessen des Klägers das unternehmerische Konzept der Beklagten vollständig in Frage stellte. Die Aufgaben des Klägers erlauben teilweise Heimarbeit. Davon geht die Beklagte selbst aus, die in diesem Verfahren ausgeführt hat, dass ihr die Situation des Klägers bekannt gewesen sei. Dessen Interessen würden dadurch berücksichtigt, dass dem Kläger die quartalsweisen Fahrten mit seiner Tochter in die Uniklinik nach wie vor ermöglicht werden würden, weil der Kläger an diesen Tagen von E. aus arbeiten könne. Die Betreuung der Kinder an den Wochenenden könne auch nach der Versetzung erfolgen, weil er jeden zweiten Freitag vom Standort E. aus arbeiten könne (vgl. Seite 5 des Schriftsatzes vom 22.04.2015). Die Rechtsverteidigung der Beklagten in der Berufungsinstanz setzt denn vornehmlich auch nicht daran an, dass die Versetzung ohne diese Einschränkungen billiges Ermessen wahre, sondern dass das Arbeitsgericht ihre Ausführungen hierzu nicht beachtet habe. Dies ist indes zunächst nicht zutreffend, denn das Arbeitsgericht hat diese Ausführungen gewürdigt, aber festgestellt, dass es an verbindlichen Zusagen fehle und die Angebote letztlich nicht mehr aufrechterhalten worden seien. Dies ist im Ergebnis richtig. Die Versetzung mit Schreiben vom 05.02.2015 enthält keinerlei Einschränkungen, sondern versetzt den Kläger vollständig nach O.. Eine ausreichend klare und verbindliche Einschränkung hat die Beklagte nachträglich nicht erklärt. Aus den Ausführungen auf Seite fünf des Schriftsatzes vom 22.04.2015, die im Zustimmungersuchen an den Betriebsrat wiederholt sind, ergibt sich dies nicht. Die Beklagte hat im vorliegenden Verfahren insgesamt Klageabweisung beantragt und nach dem Unterliegen in erster Instanz eine hilfsweise Änderungskündigung mit dem gleichen Ziel wie die Versetzung ausgesprochen, die ebenso wie die dem Kläger mit Schreiben vom 05.02.2015 ausgesprochene Versetzung keinerlei Einschränkungen enthält. Letztlich handelte es sich insoweit auch aus Sicht der Beklagten bei den genannten Einschränkungen um Angebote an den Kläger, um das Verfahren gütlich und einvernehmlich zu lösen. So führt die Beklagte in der Berufungsbegründung auf Seite zwei aus, dass der Kläger auf ihr „Angebot“ aus dem Schriftsatz vom 22.04.2015 mit keinem Wort eingegangen sei. Im einstweiligen Verfügungsverfahren hätte sie sich - so ihr Vortrag - sogar darauf eingelassen, dass der Kläger seine Leistung nur an vier Tagen in O. erbringe und er einmal pro Woche von seinem Homeoffice oder am Dienstsitz E. aus arbeite, wobei zusätzlich noch jährlich pauschal 1.500,00 Euro an Reisekosten vergütet würden. Da der Kläger sich darauf nicht eingelassen habe, sei nicht mehr ersichtlich, auf welche Modifikation er sich eingelassen hätte. Dies ist für eine einvernehmliche Lösung entscheidend. Kommt diese - wie vorliegend - nicht zustande, bleibt die Versetzung eine einseitige Maßnahme, bei welcher die Beklagte ihrerseits gehalten ist, einseitig bei der Ausübung des billigen Ermessens die Belange des Klägers zu beachten. Eine solche Versetzung hat die Beklagte bislang nicht ausgesprochen. Dies ist der Beklagten im Termin noch einmal vorgehalten worden. Weiterer Sachvortrag ist insoweit nicht erfolgt. Der Kammer oblag alleine die Entscheidung über eine vollständige Versetzung des Klägers nach O.. Diese entspricht aufgrund der familiären Situation des Klägers auch unter Berücksichtigung der unterstellten unternehmerischen Entscheidung, etwaiger Flugverbindungen zwischen E. und O. und der Tatsache, dass dem Kläger in seiner Position durchaus Flexibilität abzuverlangen ist, nicht billigem Ermessen. Zur Klarstellung weist die Kammer - wie mit den Parteien im Termin erörtert - darauf hin, dass diese Entscheidung nur

diese Versetzung betrifft. Spricht die Beklagte eine erneute Versetzung des Klägers nach O. aus und schränkt diese z.B. gemäß Seite fünf des Schriftsatzes vom 22.04.2015 ein oder gestattet die Tätigkeit des Klägers an einem Tag pro Woche in E. bzw. im Homeoffice und gewährt eine Reisekostenpauschale, verändert dies nachträglich die Tatsachengrundlage. Ob die Versetzung unter diesen Voraussetzungen billigem Ermessen entspricht, hat die Kammer nicht beurteilt. In Abwägung aller Umstände des Falles war es für die Beklagte auf der Tatsachengrundlage, so wie sie im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bestand, auch nicht unzumutbar, den Kläger in E. zu beschäftigen.

c) Da die Versetzung nicht billigem Ermessen entspricht, verbleibt es bei der bisherigen Weisungslage und der Kläger kann die tatsächliche Beschäftigung in E. verlangen. Der Leistungsausspruch ist nicht dahingehend einzuschränken, dass der Kläger erst ab Rechtskraft der Entscheidung tatsächlich in E. zu beschäftigt ist. Soweit der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts ausgesprochen hat, dass ein Arbeitnehmer sich aufgrund der das Arbeitsverhältnis prägenden Weisungsgebundenheit nicht über eine unbillige Weisung hinwegsetzen darf und sie befolgen muss, bis durch rechtskräftiges Urteil die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung feststeht (Urteil vom 22.02.2012 a.a.O. Rn. 24; ebenso z.B. LAG Köln 13.01.2014 - 2 Sa 614/13, juris Rn. 12 f.; LAG Rheinland-Pfalz 17.03.2014 - 3 Sa 535/13, juris Rn. 33; i.E. zustimmend Hromadka, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, 145, 152 ff.), folgt die erkennende Kammer dem nicht. Soweit der Fünfte Senat seine Ausführungen unter Bezug auf bisherige Rechtsprechung begründet hat, schließt sich die erkennende Kammer der Kritik von Boemke (NZA 2013, 6 ff.; ebenso die Rspr. des Fünften Senats abl. Preis, NZA 2015, 1, 4 ff.; Staudinger/Rieble, Neubearb. §§ 315-236 BGB 2015; § 315 Rn. 186, 418 ff.; MüKo-BGB/Würdinger, 7. Aufl. 2016, § 315 Rn. 44, 67) an. Aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16.12.1965 (- 5 AZR 304/65, BAGE 18, 54) lässt sich nur ableiten, dass ein Arbeitnehmer nicht zu lange zuwarten darf, wenn er sich gegen eine unbillige Weisung wehren möchte. Im konkreten Fall hatte der Arbeitnehmer mehr als ein Jahr lang die Festlegung der vertraglichen Gegenleistung durch den Arbeitgeber (Frage der Erstattung der Umsatzsteuer) hingenommen und weiter gearbeitet. Das Bundesarbeitsgericht hat insoweit ausgeführt: „Nimmt der Erklärungsempfänger daher die Leistungsbestimmung des anderen Vertragsteils zunächst widerspruchslos längere Zeit hin, so kann der Bestimmende davon ausgehen, dass auch der Vertragspartner die Festlegung der Leistung nicht als unbillig ansieht. Dies gilt umso mehr bei der Festlegung von Bedingungen für die eigentliche Arbeitsleistung, die sich alsbald praktisch auswirken.“ Insoweit kann man ohne weiteres davon ausgehen, dass auch bei einer unbilligen Weisung eine stillschweigende vertragliche Einigung möglich ist. Hier hat der Kläger die Unbilligkeit der Versetzung zum 02.03.2015 bereits mit der am 17.03.2015 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 23.03.2015 zugestellten Klage geltend gemacht. Es liegt kein Fall vor, in dem der Kläger durch längeres Zuwarten und Weiterarbeiten stillschweigend sein Einverständnis zu einer unbilligen Weisung erklärt. Dazu, dass bei rechtzeitiger Klageerhebung bis zur rechtskräftigen Entscheidung eine Bindung besteht, verhält sich das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16.12.1965 nicht (vgl. Boemke, a.a.O. S. 7). Im konkreten Fall kann auch offen bleiben, ob bei unbilligen Weisungen überhaupt eine Klageobliegenheit besteht, weil der Kläger zeitnah Klage erhoben hat. Aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 28.07.2011 (- 3 AZR 859/09, AP Nr. 74 zu § 16 BetrAVG Rn. 32) lässt sich für die Anpassung von Betriebsrenten im Rahmen von § 16 BetrAVG lediglich ableiten, dass bei unverbindlicher Anpassungsentscheidung des Versorgungsschuldners die Fälligkeit der Anpassungsforderung nicht vor der Rechtskraft des Urteils besteht. Dies bedeutet nicht, dass die unbillige Leistungsbestimmung bis zu diesem Zeitpunkt für beide Seiten verbindlich gewesen wäre und nur für die Zukunft zu korrigieren ist. Vielmehr hat das Bundesarbeitsgericht die Hauptforderung zugesprochen und der beklagte Arbeitgeber musste für die Vergangenheit Betriebsrente nachzahlen (Boemke a.a.O. S. 7). Auch die vom Fünften Senat angezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 04.04.2006 (- X ZR 122/05, BGHZ 167, 139 Rn. 22) betrifft letztlich nur die Frage der Fälligkeit der dort streitigen Vergütung eines Kfz-Sachverständigen. Eine Bindung an die zunächst einseitig festgesetzte Vergütung lässt sich Rn. 22 der Entscheidung nicht entnehmen. Vielmehr kann die Leistung bei unbilliger Leistungsbestimmung erst mit der gerichtlichen Entscheidung verlangt werden. Von einer vorläufigen Zahlungsverpflichtung auf der Grundlage der zunächst unbillig getroffenen Leistungsbestimmung geht der Bundesgerichtshof nicht aus (Boemke a.a.O. S. 7). Die erkennende Kammer folgt der Ansicht in der Rechtslehre, welche bei § 315 BGB davon ausgeht, dass eine unbillige Leistungsbestimmung allenfalls für den Bestimmungsberechtigten, nicht aber für den anderen Teil verbindlich ist. Er muss der unbillig festgelegten Leistungsaufforderung nicht nachkommen (z.B. RGRK/Ballhaus, BGB 12. Aufl. 1976 § 315 Rn. 17; Staudinger/Rieble, a.a.O. 315 Rn. 418 ff.; MüKo-BGB/Würdinger a.a.O. § 315 Rn. 44, 67; a.A. z.B. Palandt/Grüneberg, BGB 74. Aufl. 2015, § 315 Rn. 16; Erman/Hager, BGB 14. Aufl. 2014 § 315 Rn. 22). Dies gilt auch für den Arbeitnehmer (Boemke a.a.O. S. 11 zu V.4.; Preis a.a.O. S. 5 ff.; Staudinger/Rieble a.a.O. Rn. 418 ff.). Bereits dem Wortlaut des § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB lässt sich eine vorläufige Bindung nicht entnehmen. Sie ist in der gesetzlichen Bestimmung nicht angeordnet. Vielmehr ist eine unbillige Leistungsbestimmung unverbindlich. Andernfalls könnte die Ver-

tragspartei, der das Leistungsbestimmungsrecht zusteht, aus einer unbilligen Bestimmung Rechte herleiten, die sie bei gesetzesmäßigem Verhalten nicht hätte (MüKo-BGB/Würdinger a.a.O. § 315 Rn. 44). Die Leistungsbestimmung ist kein Verwaltungsakt mit irgendeiner Bestandskraft, bis er angegriffen wird (Staudinger/Rieble a.a.O. Rn. 420). Aus § 106 GewO ergibt sich nichts anderes. Dass die Weisungsgebundenheit das Arbeitsverhältnis prägt, trifft zu, sagt aber nichts darüber aus, ob auch unbillige Weisungen befolgt werden müssen. Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, dass die Bestimmung des § 121 GewO a.F. in der es hieß: „Gesellen und Gehilfen sind verpflichtet, den Anordnungen der Arbeitgeber in Beziehung auf die ihnen übertragenen Arbeiten und auf die häuslichen Einrichtungen Folge zu leisten“, zum 01.01.2003 aufgehoben worden ist, was gegen die aus der Weisungsgebundenheit abgeleitete und vom Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts angenommenen Rechtsfolge der vorläufigen Bindung des Arbeitnehmers an eine unverbindliche Weisung spricht (Staudinger/Rieble a.a.O. § 315 Rn. 421). Eine Folgeleistungspflicht im Rahmen des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts (vgl. insoweit BT-Drs. 17/10959 S. 76) ist nur noch bereichsspezifisch gesondert geregelt, z.B. in §§ 32 Satz 2, 124 Abs. 1 Satz 1 SeeArbG. Dies wäre überflüssig, wenn eine solche Folgepflicht sich bereits allgemein im Rahmen der §§ 315 BGB, 106 GewO ergäbe (vgl. Staudinger/Rieble a.a.O. § 315 Rn. 421). Dass bei Unbilligkeit die Leistungsbestimmung durch das Gericht getroffen wird (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB), trifft ebenfalls keine Aussage darüber, dass bis dahin eine Bindung an die unbillige Leistungsbestimmung bestehen soll. Unter Beachtung grundrechtlicher Wertungen, die im Rahmen unbilliger Weisungen eine Rolle spielen können - auch vorliegend geht es um das Elternrecht des Klägers aus Art. 6 Abs. 2 GG - würde die vom Fünften Senat vertretene Rechtsauffassung effektiven Rechtsschutz zumindest erschweren. So geht der Zehnte Senat in Abgrenzung zu einer Entscheidung des Fünften Senats vom 24.01.2001 (- 5 AZR 411/99, juris) davon aus, dass effektiver Rechtsschutz zur Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs für den Zeitraum bis zu einer neuen Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber erforderlich ist (BAG 25.08.2010 a.a.O. Rn. 15 a.E.). Diesen Begründungsansatz hält die erkennende Kammer für zutreffend. Er wird aber nur dadurch erreicht, dass man dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Klage auf tatsächliche Beschäftigung zugesteht, mit der er bereits in erster Instanz ein vorläufig vollstreckbares Urteil erstreiten kann (§ 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) und nicht bis zur ggfs. lange dauernden Rechtskraft einer Entscheidung eine unbillige Weisung befolgen muss. Es ist auch nicht zu befürchten, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers bei der hier vertretenen Ansicht entwertet würde. Der Arbeitnehmer trägt selbst das Risiko, ob er eine Weisung befolgt. Ist sie wirksam, muss er mit arbeitsrechtlichen Folgen rechnen. Im Ergebnis ist die Kammer der Überzeugung, dass ein Arbeitnehmer eine unbillige Weisung nicht befolgen muss. So hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in einem Kündigungsschutzverfahren (Urteil vom 25.10.1989 - 2 AZR 633/88, NZA 1990, 561) keine beharrliche Arbeitsverweigerung der Klägerinnen am 05./06.12.1987 angenommen, weil die Anordnungen der sog. Bereitschaftsdienste von 24 Stunden an diesen Tagen unter Berücksichtigung der Vorschriften der Verordnung über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten unbillig (§ 315 BGB) und daher in dem festgesetzten Umfang nicht verbindlich waren. Bei der Festlegung der Arbeitszeit habe der Arbeitgeber billiges Ermessen zu wahren, in welches auch die genannten Vorschriften mit einfließen (BAG 25.10.1989 a.a.O. Rn. 18, 32 ff.). Aufgrund der unbilligen Weisung durften die Klägerinnen am 05./06.12.1987 - und nicht erst nach rechtskräftiger Feststellung der Unverbindlichkeit der Weisung - die Tätigkeit nach 20.00 Uhr ablehnen, so dass ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund nicht vorlag (BAG 25.10.1989 a.a.O. Rn. 43 a.E.). Muss aber der Arbeitnehmer eine unbillige Weisung nicht befolgen, kann er verlangen, auf der Grundlage der bisherigen Weisungslage zu beschäftigt zu werden.

Und selbst wenn man dem Fünften Senat folgen wollte, müsste zur Überzeugung der Kammer zumindest dann, wenn grundrechtlich geschützte Belange betroffen sind, ab einem erstinstanzlich obsiegenden Urteil der Beschäftigungsanspruch zugesprochen werden können. Ähnlich wie bei dem Beschäftigungsanspruch nach einer arbeitgeberseitigen Kündigung müssen dann die Interessen des Arbeitnehmers an der Durchsetzung des tatsächlichen Beschäftigungsanspruchs auf der Grundlage der bisherigen Weisung überwiegen. Dies führt indes im konkreten Fall zu keinem anderen Ergebnis. Aus dem besonders ausgestalteten Verfahren zur Änderungskündigung, das insoweit nicht einschlägig ist, lassen sich keine anderen Folgerungen ableiten (a.A. Hromadka a.a.O. S. 153). Richtig ist zwar, dass dann, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt annimmt, kein Anspruch auf vorläufige Beschäftigung zu den bisherigen Bedingungen besteht (vgl. ErfK/Oetker, 15. Aufl. 2015, § 2 KSchG Rn. 38). Die Wahlfreiheit und Überlegungsfrist die im gesetzlichen Verfahren der Änderungskündigung gegeben sind, bestehen so bei der Frage, ob eine Weisung zu befolgen ist, nicht, so dass die Lage nicht vergleichbar ist (Preis a.a.O. S. 6f.). Nimmt ein Arbeitnehmer eine Änderungskündigung unter Vorbehalt an, so hat er sich selbst dafür entschieden, diese zunächst als verbindlich zu betrachten. Der Umstand, zunächst zu diesen Bedingungen arbeiten zu müssen, ist Folge der Entscheidung des Arbeitnehmers. Eine solche Entscheidung des Klägers ist hier nicht gegeben. Zwar arbeitet er in O.. Dass er sich dabei damit aber bis zur rechtskräftigen Ent-

scheidung einverstanden erklärt hat, lässt sich dem nicht entnehmen. Dagegen spricht schon der von ihm gestellte Klageantrag, der nicht auf die Beschäftigung in E. erst ab Rechtskraft gerichtet ist.

III. Da der Kläger mit dem Hauptantrag obsiegt hat, ist der Hilfsantrag der Kammer nicht mehr zur Entscheidung angefallen. Dies gilt auch für die Berufung der Beklagten. Vielmehr war alleine aufgrund des Zuspruchs des Hauptantrags das Urteil des Arbeitsgerichts dahingehend abzuändern, dass nur dem Hauptanspruch stattgegeben wird. Dies hat die Kammer durch die Klarstellung des Hauptsacheausspruchs zum Ausdruck gebracht. Eine Entscheidung über einen Hilfsantrag kann keinen Bestand haben, wenn dem Hauptanspruch im Rechtsmittelverfahren stattgegeben wurde. Die Entscheidung der Vorinstanz über den Hilfsantrag steht unter einer auflösenden Bedingung. Ihr Fortbestand hängt davon ab, ob dem Hauptantrag endgültig stattgegeben wird (vgl. BGH 14.12.1988 - IVa ZR 209/87, MDR 1989, 432 Rn. 26).