

Bundesarbeitsgericht  
Zehnter Senat

Urteil vom 5. Juni 2019  
- 10 AZR 100/18 (F) -  
ECLI:DE:BAG:2019:050619.U.10AZR100.18F.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 11. Juni 2007  
- 8 Ca 346/06 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 31. Januar 2008  
- 1 Sa 5/07 -

---

Entscheidungsstichwort:

Beschränkung des Klageantrags in der Revisionsinstanz

Leitsatz:

Eine Klageänderung in der Revisionsinstanz ist nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO grundsätzlich unzulässig. In den Fällen des § 264 Nr. 2 ZPO ist eine Antragsänderung zulässig, wenn der Kläger Rechtsmittelführer ist. Eine Beschränkung des Klageantrags iSv. § 264 Nr. 2 ZPO durch den revisionsbeklagten Kläger ist ausnahmsweise auch ohne Anschlussrevision zulässig, wenn der Kläger mit der Umstellung des Antrags keine Änderung des Berufungsurteils zu seinen Gunsten, sondern allein die Zurückweisung der Revision erreichen will.

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 100/18 (F)

1 Sa 5/07  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
5. Juni 2019

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Juni 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Brune, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Pulz sowie den ehrenamtlichen Richter Guthier und die ehrenamtliche Richterin Fieback für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 31. Januar 2008 - 1 Sa 5/07 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 11. Juni 2007 - 8 Ca 346/06 - wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Der Kläger will zuletzt festgestellt wissen, dass die Beklagte verpflichtet war, ihn in der Vergangenheit als Sachgebietsleiter mit bestimmten Aufgaben zu beschäftigen. 1

Die Parteien begründeten zum 1. August 2000 ein Arbeitsverhältnis. Im Arbeitsvertrag vom 5. April 2000 war geregelt, dass der Kläger „in der Hauptverwaltung, Fachbereich Beschaffungswesen, als Sachgebietsleiter“ eingesetzt wird. Tatsächlich war der Kläger seit Beginn des Arbeitsverhältnisses Leiter des Sachgebiets BW.3 (Kaufmännisches Immobilienmanagement), bei dem es sich um eine der drei Abteilungen handelte, die zu dem Bereich Beschaffungswesen gehörten. Außer dem Kläger waren in der Einheit BW.3 sieben Vollzeitkräfte und eine Teilzeitkraft beschäftigt. Weiter wurden dort Leiharbeitnehmer in der Größenordnung von bis zu 3,5 Mitarbeiterkapazitäten eingesetzt. Von der Einheit BW.3 wurden nahezu sämtliche der 22 eigenen und der 230 angemieteten Immobilien der Beklagten verwaltet. Der Kläger war als Leiter der Abteilung dafür zuständig, die Arbeitsergebnisse der ihm unterstellten Arbeitnehmer zu überprüfen. 2

Auf Antrag des Klägers erließ das Arbeitsgericht Hamburg mit Urteil vom 26. April 2006 eine einstweilige Verfügung, mit der die Beklagte verpflichtet 3

wurde, dem Kläger - über einen bereits gewährten Urlaub vom 2. bis zum 30. Oktober 2006 hinaus - auch für den 28. und 29. September 2006 sowie für die Zeit vom 31. Oktober bis zum 3. November 2006 Erholungsurlaub zu gewähren. Im Anschluss an die Gerichtsverhandlung vom 26. April 2006 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er von seiner Position als Leiter der Abteilung BW.3 abberufen worden sei. In der Folgezeit war der Kläger ohne ihm zugeordnete Arbeitnehmer seinem bisherigen Vorgesetzten unterstellt. Er sollte nun ua. den Quartalsbericht für das zweite Quartal 2006 erstellen, der die aktuelle Situation der Immobilienbewirtschaftung der Beklagten aufzeigen sollte. Mit Urteil vom 24. Mai 2006 erließ das Arbeitsgericht Hamburg auf Antrag des Klägers eine einstweilige Verfügung, nach der die Beklagte verpflichtet wurde, den Kläger als Leiter des Sachgebiets BW.3 zu beschäftigen. In einer Besprechung vom 14. Juni 2006 erklärte die Beklagte, dass der Kläger wieder als Sachgebietsleiter BW.3 eingesetzt werde. Gleichzeitig wurden sieben der acht fest angestellten Arbeitnehmer, die dem Kläger zuvor zugeordnet waren, aus dieser Einheit abgezogen und direkt dem Vorgesetzten des Klägers unterstellt.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Entzug des bisherigen Tätigkeitsgebiets verstoße gegen das Maßregelungsverbot. Er habe Sonderaufgaben übertragen bekommen, bei denen es sich nicht um Tätigkeiten eines Sachgebietsleiters gehandelt habe. 4

Der Kläger hat seine in den Vorinstanzen auf Beschäftigung im bestehenden Arbeitsverhältnis gerichtete Klage in der Revisionsinstanz wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf einen vergangenheitsbezogenen Feststellungsantrag umgestellt. Er hat zuletzt beantragt 5

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet war, ihn als Sachgebietsleiter BW.3 (Kaufmännisches Immobilienmanagement) neben den Tätigkeiten der Dokumentation des Verwaltungshandelns und der Erstellung und Prüfung von Betriebskostenabrechnungen mit Tätigkeiten der Anmietung von Dienststellenflächen, der Vermietung von eigenen Immobilien der Beklagten, der Durchführung von Mietzahlungen, der Überwachung der zufließenden Mieteinnahmen und der Durchführung des außergerichtlichen Mahnwesens in Bezug auf die Betriebskostenabrechnun-

gen und Mietzahlungen aus den Mietverhältnissen der Beklagten zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Beschäftigung mit den von ihm gewünschten Tätigkeiten. Sie habe dem Kläger zwar die Führungsaufgaben gegenüber den Arbeitnehmern seiner Abteilung entzogen, ihm aber mindestens gleichwertige Aufgaben übertragen und damit seinen Beschäftigungsanspruch nicht verletzt. Zu einer Maßregelung nach § 612a BGB sei es nicht gekommen. Dem Kläger sei die Leitung seines Sachgebiets auf die einstweilige Verfügung des Arbeitsgerichts Hamburg hin wieder übertragen worden. 6

Das Arbeitsgericht hat die Klage - soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse - abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Beklagte verurteilt, den Kläger in der von ihm begehrten Weise zu beschäftigen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision. Mit Beschluss vom 16. Juli 2009 hat das Bundesarbeitsgericht die Verhandlung des Revisionsverfahrens bis zu der Erledigung eines vorgreiflichen Kündigungsschutzrechtsstreits ausgesetzt. Das Landesarbeitsgericht Hamburg hat mit Schlussurteil vom 27. April 2017 bestätigt, dass das Arbeitsverhältnis durch eine fristlose Kündigung vom 27. September 2013 beendet worden ist (- 1 Sa 35/16 - zu III 2 b aa bbb der Gründe), ohne die Revision zuzulassen. Die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde und die anschließende Anhörrungsrüge hat das Bundesarbeitsgericht als unzulässig verworfen. Der Kläger will auf der Grundlage des umgestellten Sachantrags erreichen, dass die Revision der Beklagten zurückgewiesen wird. 7

## **Entscheidungsgründe**

I. Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Die Umstellung des Klageantrags von der ursprünglich begehrten Leistung auf die zuletzt beantrag- 8

te Feststellung in der Revisionsinstanz ist zulässig. Für den Feststellungsantrag fehlt jedoch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Der umgestellte Klageantrag ist unzulässig.

1. Der auf Feststellung gerichtete Antrag ist auszulegen. Der Kläger erstrebt nur noch eine vergangenheitsbezogene Feststellung, die die Art der geschuldeten Beschäftigung für den Zeitraum vom 26. April 2006 bis zum 27. September 2013 betrifft. 9

a) Der Kläger stellt zuletzt nur den neuen, auf die Feststellung gerichteten Antrag, dass die Beklagte in der Vergangenheit verpflichtet war, ihn als Sachgebietsleiter mit bestimmten Tätigkeiten zu beschäftigen. Den ursprünglichen, auf eine bestimmte Beschäftigung gerichteten Leistungsantrag hält er daneben weder als Haupt- noch als Hilfsantrag aufrecht. Nach dem Wortlaut der einleitenden Bemerkung zu dem neuen Antrag im Schriftsatz vom 29. Mai 2019 „ändert“ der Kläger seinen Antrag und beantragt „nunmehr“ eine Feststellung. Eine Andeutung, dass neben dem neuen Feststellungsantrag der ursprüngliche Leistungsantrag als Haupt- oder Hilfsantrag bestehen bleiben soll, findet sich in der Begründung der Antragsänderung nicht. Mit der Umstellung auf einen vergangenheitsbezogenen Feststellungsantrag reagiert der Kläger nach seiner schriftlichen Begründung und seiner Erklärung in der mündlichen Revisionsverhandlung auf das rechtskräftige Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 27. April 2017 (- 1 Sa 35/16 -). Aufgrund der durch das Landesarbeitsgericht Hamburg bestätigten Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die fristlose Kündigung vom 27. September 2013 ist dem ursprünglichen, auf Beschäftigung gerichteten Leistungsantrag die Grundlage entzogen worden. Ein erfolgreicher Beschäftigungsantrag setzt grundsätzlich voraus, dass zwischen den Parteien des Rechtsstreits ein Arbeitsverhältnis besteht (*BAG 17. März 2015 - 9 AZR 702/13 - Rn. 28*). Das verdeutlicht, dass nur noch der vergangenheitsbezogene Feststellungsantrag gestellt sein soll. 10

b) Die vom Kläger verlangte Feststellung bezieht sich auf den Zeitraum vom 26. April 2006 bis zum 27. September 2013. Der Kläger stellt zwar nicht ausdrücklich klar, für welchen Zeitraum festgestellt werden soll, dass eine Be- 11

schäftigung in bestimmter Weise geschuldet war. Nachdem der Kläger jedoch unstreitig bis zu der Gerichtsverhandlung vom 26. April 2006 in der von ihm begehrten Weise beschäftigt war, kann sich der Feststellungsantrag nur auf die Folgezeit bis zu der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beziehen.

2. Die Umstellung des Klageantrags in der durch Auslegung bestimmten Weise ist in der Revisionsinstanz ausnahmsweise zulässig. 12

a) Dem steht § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht entgegen. 13

aa) Nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist eine Klageänderung in der Revisionsinstanz grundsätzlich unzulässig (*st. Rspr., zB BAG 29. August 2018 - 7 AZR 206/17 - Rn. 26; für die Klageerweiterung etwa BAG 20. März 2019 - 4 AZR 595/17 - Rn. 21*). Der Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bildet nicht nur bezüglich des tatsächlichen Vorbringens, sondern auch hinsichtlich der Anträge der Parteien die Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht. Der Klageantrag darf in der Revisionsinstanz jedoch in den Fällen des § 264 Nr. 2 ZPO umgestellt werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich der geänderte Sachantrag auf einen in der Berufungsinstanz festgestellten oder von den Parteien übereinstimmend vorgetragenen Sachverhalt stützen kann, sich das rechtliche Prüfungsprogramm nicht wesentlich ändert und die Verfahrensrechte der anderen Partei durch eine Sachentscheidung nicht verkürzt werden (*vgl. für die st. Rspr. BAG 29. August 2018 - 7 AZR 206/17 - aaO; 14. September 2016 - 4 AZR 456/14 - Rn. 13*). Unter diesen Voraussetzungen ist auch eine nicht nach § 264 Nr. 2 ZPO privilegierte Klageänderung iSv. § 263 ZPO in der Revisionsinstanz zulässig (*vgl. BAG 18. Mai 2016 - 7 ABR 81/13 - Rn. 24; 18. November 2014 - 1 AZR 257/13 - Rn. 46, BAGE 150, 50*).

bb) Ausgehend hiervon ist die Umstellung des Sachantrags in der Revisionsinstanz nicht nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO ausgeschlossen. In dem Übergang vom Leistungs- zum Feststellungsantrag bei unverändertem Sachverhalt liegt lediglich eine - qualitative - Beschränkung des Klageantrags ohne Änderung des Klagegrundes iSv. § 264 Nr. 2 ZPO (*BAG 14. September 2016 - 4 AZR 456/14 - Rn. 15; 9. Dezember 2015 - 10 AZR 156/15 - Rn. 15*). Etwas 15

anderes ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass der ursprünglich auf Beschäftigung gerichtete Antrag auf eine zukünftige Leistung iSv. § 259 ZPO gerichtet war (vgl. BAG 22. Juli 2014 - 9 AZR 1066/12 - Rn. 19, BAGE 148, 349; 29. Oktober 1997 - 5 AZR 573/96 - zu I der Gründe). Auch beim Übergang von einem Antrag auf zukünftige Leistung auf einen Feststellungsantrag ohne Änderung des zugrunde liegenden Lebenssachverhalts handelt es sich um eine in der Revision ausnahmsweise zulässige privilegierte Klageänderung iSv. § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. BAG 9. Dezember 2015 - 10 AZR 156/15 - Rn. 14 f.).

b) Dem Übergang auf die Feststellungsklage in der Revisionsinstanz steht hier auch nicht entgegen, dass der Kläger nicht Rechtsmittelführer ist. 16

aa) Ein neuer Klageantrag in der Revisionsinstanz erfordert grundsätzlich, dass der Kläger Rechtsmittelführer ist. Andernfalls kommt eine Ausnahme von § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO regelmäßig nicht in Betracht (vgl. BAG 18. September 2018 - 9 AZR 199/18 - Rn. 36; 28. Mai 2014 - 5 AZR 794/12 - Rn. 12). Allein die Einlegung der Revision oder Anschlussrevision eröffnet den Parteien die Möglichkeit, Sachanträge zu stellen. Durch eine Antragstellung außerhalb des eingelegten Rechtsmittels würden die gesetzlichen Regelungen der Revision und Anschlussrevision umgangen (BAG 23. März 2016 - 5 AZR 758/13 - Rn. 31, BAGE 154, 337). Wer nicht selbst Rechtsmittelführer ist und auch kein Anschlussrechtsmittel eingelegt hat, ist auf die Abwehr des Rechtsmittels beschränkt, ohne eine Änderung des angegriffenen Urteils zu seinen Gunsten erreichen zu können. Deshalb ist es auch im Fall der Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO - etwa wenn ein höherer als der vorinstanzlich zuerkannte Betrag gefordert wird - erforderlich, ein Anschlussrechtsmittel einzulegen (vgl. für die Berufung BGH 7. Mai 2015 - VII ZR 145/12 - Rn. 28 ff.). 17

bb) Eine Beschränkung des Klageantrags iSv. § 264 Nr. 2 ZPO durch den revisionsbeklagten Kläger kann dagegen auch ohne Anschlussrevision zulässig sein (vgl. BAG 22. November 2005 - 1 AZR 458/04 - Rn. 17). Das gilt etwa für eine einseitige Erledigungserklärung des Klägers, die einen nach § 264 Nr. 2 ZPO privilegierten Übergang vom Leistungs- auf einen Feststellungsantrag darstellt. Sie ist auch ohne Einlegung eines Rechtsmittels oder Anschlussrechts- 18

mittels zulässig (vgl. für die Revisionsinstanz BGH 1. Juni 2017 - VII ZR 277/15 - Rn. 30; für die Berufungsinstanz 19. Juni 2008 - IX ZR 84/07 - Rn. 8).

cc) Danach war der Übergang des Klägers von dem Antrag auf zukünftige Leistung auf einen vergangenheitsbezogenen Feststellungsantrag ausnahmsweise auch ohne Anschlussrevision zulässig. Es handelt sich um eine qualitative Beschränkung des Klageantrags ohne Änderung des Klagegrundes iSv. § 264 Nr. 2 ZPO. Sie dient - vergleichbar der einseitigen Erledigungserklärung - der Abwehr der Revision. Aufgrund der nach Ablauf der Frist für die Einlegung einer Anschlussberufung festgestellten Beendigung des Arbeitsverhältnisses war der ursprünglich auf Beschäftigung gerichtete Antrag zuletzt ohne Aussicht auf Erfolg. Er war nicht mehr geeignet, die Revision abzuwehren. Der Kläger will mit der Antragsumstellung keine Änderung des Berufungsurteils zu seinen Gunsten erreichen, sondern weiterhin die Zurückweisung der Revision. In dieser Fallgestaltung ist eine Antragsänderung in der Revisionsinstanz durch den Kläger auch dann zulässig, wenn er als Revisionsbeklagter keine Anschlussrevision eingelegt hat.

19

3. Es kann dahinstehen, ob die Beschränkung der Klage nach § 264 Nr. 2 ZPO zugleich eine teilweise Klagerücknahme darstellt, in die der Beklagte nach § 269 Abs. 1 ZPO einwilligen muss. Das ist in der Rechtsprechung und in der Literatur umstritten (dafür BAG 24. Juni 2008 - 9 AZR 313/07 - Rn. 19; 24. Januar 2006 - 3 AZR 484/04 - Rn. 17; Zöller/Greger ZPO 32. Aufl. § 264 Rn. 4a; dagegen OLG Frankfurt am Main 28. August 2001 - 11 U (Kart) 32/96 - zu 2 der Gründe; BeckOK ZPO/Bacher Stand 1. März 2019 § 264 Rn. 6; offengelassen von BAG 21. Juni 2005 - 9 AZR 409/04 - zu II der Gründe, BAGE 115, 136). Die Einwilligung nach § 269 Abs. 1 ZPO kann auch konkludent erteilt werden (BAG 24. Januar 2006 - 3 AZR 484/04 - aaO). Die Beklagte hat zuletzt schriftsätzlich nur noch den auf Feststellung umgestellten Klageantrag als Sachantrag angesehen. Sie hat sich in der mündlichen Revisionsverhandlung auf den Feststellungsantrag eingelassen. Darin liegt eine konkludente Einwilligung in eine etwaige teilweise Klagerücknahme (vgl. BAG 24. Januar 2006 - 3 AZR 484/04 - aaO; 21. Juni 2005 - 9 AZR 409/04 - aaO).

20

4. Der auf Feststellung gerichtete Antrag des Klägers ist jedoch unzulässig, weil für ihn das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse fehlt. 21
- a) Nach § 256 Abs. 1 ZPO ist für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrags ein besonderes rechtliches Interesse daran erforderlich, dass das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Es handelt sich um eine auch noch im Revisionsverfahren zu prüfende echte Prozessvoraussetzung für das stattgebende Urteil (vgl. BAG 23. März 2016 - 5 AZR 758/13 - Rn. 18, BAGE 154, 337; 16. Dezember 2015 - 5 AZR 567/14 - Rn. 39, BAGE 154, 8). Das Feststellungsinteresse kann auch dann bestehen, wenn sich die begehrte Feststellung auf einen abgeschlossenen Zeitraum in der Vergangenheit bezieht. Der erforderliche Gegenwartsbezug kann dadurch hergestellt werden, dass der Kläger die Erfüllung konkreter Ansprüche aus einem in der Vergangenheit liegenden Zeitraum und damit einen gegenwärtigen rechtlichen Vorteil anstrebt. Ist das angestrebte Feststellungsurteil geeignet, den Konflikt der Parteien endgültig beizulegen und weitere Prozesse zwischen ihnen zu vermeiden, liegt das erforderliche Feststellungsinteresse vor (BAG 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - Rn. 13, BAGE 131, 325). Es genügt jedoch nicht, dass sich die begehrte Feststellung auf eine bloße Vorfrage eines aktuell möglicherweise bestehenden Anspruchs bezieht (BAG 23. Oktober 2018 - 1 ABR 18/17 - Rn. 16; 28. März 2017 - 1 ABR 40/15 - Rn. 16). 22
- b) Danach fehlt für den im Revisionsverfahren gestellten Feststellungsantrag der erforderliche Gegenwartsbezug. Aus der beantragten vergangenheitsbezogenen Feststellung können sich keine Auswirkungen für die Beschäftigung in der Gegenwart und Zukunft ergeben. Aufgrund der zwischenzeitlich rechtskräftig festgestellten Beendigung des Arbeitsverhältnisses scheidet ein Anspruch auf Beschäftigung aus. Das Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO ergibt sich auch nicht aus dem vom Kläger angeführten Umstand, dass die Art der geschuldeten Beschäftigung Bedeutung erlangen könnte für mögliche weitere Streitigkeiten der Parteien über den Inhalt des Arbeitszeugnisses oder 23

Schadensersatzansprüche aufgrund eines möglichen Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot. Im Hinblick auf diese möglichen gegenwärtigen Ansprüche, die weitere Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien auslösen könnten, wäre die Frage der in der Vergangenheit geschuldeten Art der Beschäftigung allenfalls als Vorfrage von Bedeutung. Eine Klärung dieser Vorfrage wäre nicht geeignet, den Streit der Parteien über mögliche gegenwärtige Ansprüche abschließend zu klären und weitere Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 24

Gallner

Brune

Pulz

W. Guthier

Fieback