

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 564/10
7 Sa 422/10
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. November 2011

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. November 2011 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie den ehrenamtlichen Richter Feldmeier und die ehrenamtliche Richterin Christen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 21. Juli 2010 - 7 Sa 422/10 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 9. Februar 2010 - 8 Ca 1605/09 - teilweise abgeändert und die Klage auch insoweit abgewiesen, als die Beklagte verurteilt worden ist, an den Kläger mehr als 1.563,72 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinsatz aus 260,62 Euro seit dem 7. April 2009 und aus weiteren 1.303,10 Euro seit dem 1. Juli 2009 zu zahlen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger 91 % und die Beklagte 9 %, von den Kosten des Berufungsverfahrens der Kläger 90 % und die Beklagte 10 % zu tragen. Die Kosten der Revision hat der Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Annahmeverzugsvergütung. 1

Der 1954 geborene Kläger ist seit 1994 bei der Beklagten bzw. deren 2
Rechtsvorgängerin als Hausmeister beschäftigt gegen eine monatliche Vergütung von zuletzt 2.315,82 Euro brutto nebst einer Bereitschaftszulage iHv. 260,62 Euro brutto. Nach der arbeitsvertraglichen Vereinbarung gehören zu den Aufgaben des Klägers die Wartung zentraler Heizungsanlagen und Waschmaschinen, die Überwachung von Aufzugsanlagen, die Ausführung kleinerer Reparaturen im Miethausbesitz, die Pflege und Sauberhaltung der Grünanlagen, Müllboxen und Kellerräume sowie die Schnee- und Eisbeseitigung, die Begehung von Wohnungen und die Postverteilung. Außerdem sollen leichte allgemeine Büroarbeiten wie Postversand, Schließdienst und Überwachung des Fahrzeugparks einschließlich Fahrdienst übernommen werden.

Zum 17. April 2007 versetzte die Beklagte den Kläger in die Abteilung Wohnumfeldpflege, die sich im Wesentlichen mit gärtnerischen Arbeiten im Außenbereich der Immobilien befasst. Dagegen erhob der Kläger Klage auf Beschäftigung als Hausmeister mit den im Arbeitsvertrag vorgesehenen Aufgaben, der das Arbeitsgericht Wuppertal mit Urteil vom 20. September 2007 (- 8 Ca 1574/07 -) stattgab. Berufung und Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten blieben erfolglos (*LAG Düsseldorf 3. Juli 2008 - 11 Sa 1908/07 -*; *BAG 3. Dezember 2008 - 5 AZN 941/08 -*).

Nachdem der Kläger seit dem 16. April 2007 aufgrund einer psychischen Erkrankung durchgehend arbeitsunfähig gewesen war, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 19. Mai 2008 personenbedingt zum 31. Dezember 2008 und begehrte im Kündigungsschutzprozess hilfsweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt. Das Arbeitsgericht Wuppertal gab der Kündigungsschutzklage mit Urteil vom 25. November 2008 (- 4 Ca 1599/08 -) statt und wies den Auflösungsantrag der Beklagten ab. Die Berufung der Beklagten wies das Landesarbeitsgericht Düsseldorf zurück (*25. Juni 2009 - 5 Sa 107/09 -*).

Nach Ende seiner Arbeitsunfähigkeit arbeitete der Kläger seit dem 18. Juni 2008 unter Vorbehalt in der Abteilung Wohnumfeldpflege. Mit Antwortschreiben vom 16. Dezember 2008 ließ er mitteilen, die Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege sei mit dem rechtskräftigen Obsiegen im Versetzungsrechtsstreit hinfällig, und verlangte, nach seinem Weihnachtsurlaub als Hausmeister eingesetzt zu werden. Darauf antwortete die Beklagte, eine Beschäftigung als Hausmeister komme bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses nicht in Betracht. Bis dahin bot sie dem Kläger an, zu ansonsten unveränderten Arbeitsbedingungen - allerdings ohne Zahlung einer Bereitschaftszulage - in der Wohnumfeldpflege (weiter) zu arbeiten.

Am 5. Januar 2009 bot der Kläger seine Arbeitsleistung als Hausmeister an. Nachdem er zunächst zum Schneeräumen eingesetzt worden war, forderte ihn die Beklagte auf, die angebotene Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege auszuüben. Der Kläger verließ daraufhin den Betrieb und teilte mit Anwalt-

schreiben vom selben Tage mit, er sei jederzeit bereit, seine vertraglich geschuldeten Hausmeistertätigkeiten aufzunehmen.

Seit dem 16. Juli 2009 beschäftigt die Beklagte den Kläger als Hausmeister im Objekt T. 7

Mit seiner am 16. April 2009 eingereichten Klage hat der Kläger Annahmeverzugsvergütung für den Zeitraum 5. Januar bis 15. Juli 2009 verlangt und geltend gemacht, eine Anrechnung unterlassenen Erwerbs komme nicht in Betracht. Die angebotene Zwischenbeschäftigung in der Wohnumfeldpflege sei ihm nicht mehr zumutbar gewesen, seit rechtskräftig festgestanden habe, dass die Beklagte ihm eine solche Tätigkeit nicht zuweisen durfte. Seiner Wiederbeschäftigung als Hausmeister hätten dringende Gründe nicht entgegengestanden. 8

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt, 9
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 16.364,51 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.243,62 Euro seit dem 7. April 2009, aus 12.915,45 Euro seit dem 1. Juli 2009 sowie aus 1.205,44 Euro seit dem 1. August 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, der Kläger habe durch die Nichtfortsetzung der Beschäftigung in der Wohnumfeldpflege böswillig seine Erwerbsobliegenheit verletzt. 10

Das Arbeitsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision gesteht die Beklagte die Bereitschaftszulage für die Monate Januar bis Juni 2009 nebst Zinsen zu und verfolgt im Übrigen ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Im Umfang der eingelegten Revision hat das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht zurückgewiesen. Der Kläger kann über das von der Beklagten Zugestandene hinaus eine Annahmeverzugsvergütung nicht mehr beanspruchen. 12

I. Die Beklagte befand sich im streitbefangenen Zeitraum infolge ihrer unwirksamen Kündigung zum 31. Dezember 2008 im Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots des Klägers (§ 296 BGB) bedurft hätte (vgl. nur BAG 27. August 2008 - 5 AZR 16/08 - Rn. 16, AP BGB § 615 Nr. 124 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 26; 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 - Rn. 21, BAGE 124, 141 - jeweils mwN). Das steht zwischen den Parteien auch außer Streit. 13

II. Auf die Annahmeverzugsvergütung (§ 615 Satz 1 BGB) muss sich der Kläger nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG anrechnen lassen, was er bei der Beklagten zu verdienen böswillig unterlassen hat. 14

1. Das Landesarbeitsgericht hat seine Auffassung, der Kläger habe es nicht böswillig unterlassen, anderweitige Einkünfte zu erzielen, im Wesentlichen damit begründet, die dem Kläger angebotene Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege sei diesem zwar an sich zumutbar gewesen, es hätten aber keine dringenden Gründe dafür vorgelegen, den Kläger nicht mit der vertragsgemäßen Tätigkeit als Hausmeister zu beschäftigen. Im streitbefangenen Zeitraum habe rechtskräftig festgestanden, dass die Beklagte dem Kläger eine Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege nicht im Wege des Direktionsrechts zuweisen könne. Unter diesen Umständen habe der Kläger eine Tätigkeit im Bereich der Wohnumfeldpflege als eine gegen Treu und Glauben verstoßende Maßregelung empfinden dürfen und müssen. 15

2. Das hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht uneingeschränkt stand. 16

a) Nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG muss sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Die Vorschrift ist inhaltsgleich mit § 615 Satz 2 BGB (*BAG 11. Oktober 2006 - 5 AZR 754/05 - Rn. 18, AP BGB § 615 Nr. 119 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 18*). Beide Bestimmungen stellen darauf ab, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl (*Art. 12 GG*) die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit zumutbar ist. Dabei kommt eine Anrechnung auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers im Verzug befindet. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit und den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Auch vertragsrechtliche Umstände sind zu berücksichtigen. Allerdings ist die nichtvertragsgemäße Arbeit nicht ohne weiteres mit unzumutbarer Arbeit gleichzusetzen. Wie § 615 Satz 2 BGB schließt § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber nur vertragswidrige Arbeit anbietet. Denn das Angebot vertragsgerechter Arbeit zwecks Erfüllung des bestehenden Arbeitsverhältnisses würde den Annahmeverzug beenden (*vgl. nur BAG 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - zu I der Gründe, BAGE 108, 27*). Vielmehr handelt der Arbeitnehmer böswillig, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (*st. Rspr., zB BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 15 mwN, BAGE 121, 133*).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise in Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht angenommen, die Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege sei dem 18

Kläger „an sich“ zumutbar gewesen. Es handelte sich dabei um einen Ausschnitt der Aufgaben eines Hausmeisters. Mit der Arbeit in der Wohnumfeldpflege war weder eine Änderung des Arbeitsorts noch eine Statusverschlechterung dergestalt verbunden, dass der Kläger vormaligen Kollegen oder sogar Untergebenen unterstellt gewesen wäre. Die Unzumutbarkeit folgt auch nicht daraus, dass die Beklagte für die Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege keine Bereitschaftszulage zahlen wollte. Der Kläger hat weder finanzielle Probleme durch eine vorübergehende Nichtzahlung der Bereitschaftszulage noch die Aussicht auf einen anderweitigen Arbeitsplatz mit besseren Verdienstmöglichkeiten geltend gemacht. Auf die ordentliche Kündigung der Beklagten zum 31. Dezember 2008, die nicht auf das Verhalten des Klägers gestützt war (*zur möglichen Unzumutbarkeit der Weiterarbeit bei einer verhaltensbedingten Kündigung, vgl. BAG 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - zu II 2 der Gründe mwN, BAGE 108, 27*), hat der Kläger die Unzumutbarkeit der (Weiter-)Arbeit in der Wohnumfeldpflege ebenso wenig gestützt wie auf den Auflösungsantrag der Beklagten.

Diese objektive Zumutbarkeit einer Beschäftigung in der Wohnumfeldpflege bestätigt die subjektive Einschätzung des Klägers, der in der Zeit vom 18. Juni 2008 bis zu seinem Urlaub im Dezember 2008 bis auf kürzere Arbeitsunfähigkeitszeiten tatsächlich in der Wohnumfeldpflege arbeitete. 19

c) Der Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts im Versetzungsrechtsstreit mit der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde im Dezember 2008 (§ 72a Abs. 5 Satz 6 ArbGG), änderte entgegen der Auffassung der Vorinstanzen an der Zumutbarkeit der Beschäftigung in der Wohnumfeldpflege bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses nichts. Der Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung im bestehenden Arbeitsverhältnis bedingt als solcher nicht die Unzumutbarkeit jedweder anderen Tätigkeit im Rahmen einer Prozessbeschäftigung. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG regelt nicht Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, sondern die nach anderen Maßstäben zu beurteilende Obliegenheit, aus Rücksichtnahme gegenüber dem Arbeitgeber einen zumutbaren Zwischenverdienst 20

zu erzielen (vgl. BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 17, BAGE 121, 133). Das zeigt gerade der gesetzliche Regelfall der böswillig bei einem anderen Arbeitgeber unterlassenen Arbeit, die notwendigerweise auf einer anderen vertraglichen Grundlage stattgefunden hätte (vgl. BAG 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 - Rn. 23, BAGE 124, 141).

d) Rechtsfehlerhaft hat das Landesarbeitsgericht zudem dringende Gründe für das Angebot der Beklagten, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses nicht mit der arbeitsvertraglich geschuldeten, sondern einer anderen Tätigkeit zu beschäftigen, verlangt. Das Bestehen dringender Gründe für das Angebot objektiv vertragswidriger Arbeit ist ein Kriterium für böswilliges Unterlassen iSv. § 615 Satz 2 BGB im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitnehmer vertragsgemäße Arbeit zu vertragsgemäßen Bedingungen erwarten darf (vgl. BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 3, 18, BAGE 121, 133). Für die Obliegenheit des Arbeitnehmers nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG im gekündigten Arbeitsverhältnis ist dagegen der arbeitsvertragliche Beschäftigungsanspruch grundsätzlich ohne Belang. Aufgrund der Unsicherheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Kündigungsfrist und vor einer rechtskräftigen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess stand im streitbefangenen Zeitraum gerade nicht fest, dass die Beklagte den Kläger als Hausmeister beschäftigen musste. Es stand noch nicht einmal fest, ob sie den Kläger überhaupt noch auf der Grundlage eines bestehenden Arbeitsvertrags zu beschäftigen hatte. 21

III. Die Höhe dessen, was sich der Kläger nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG auf seinen Annahmeverzugsanspruch anrechnen lassen muss, entspricht - soweit in der Revision noch streitgegenständlich - der vereinbarten Vergütung, so dass der Kläger für den streitbefangenen Zeitraum nichts mehr verlangen kann. 22

IV. Nach § 92 Abs. 1 ZPO haben von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz der Kläger 91 % und die Beklagte 9 %, von den Kosten des Berufungsverfahrens der Kläger 90 % und die Beklagte 10 % zu tragen. Der Kläger hat die Kosten der Revision gem. § 91 Abs. 1 ZPO zu tragen.

23

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Feldmeier

Christen