

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 24. Juni 2015
- 5 AZR 462/14 -
ECLI:DE:BAG:2015:240615.U.5AZR462.14.0

I. Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven

Urteil vom 17. Januar 2013
- 1 Ca 1306/11 -

II. Landesarbeitsgericht Bremen

Urteil vom 13. November 2013
- 2 Sa 42/13 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Beschäftigungspflicht - Schadensersatz

Bestimmungen:

BGB §§ 195, 199, 204 Abs. 1 Nr. 1, § 611 Abs. 1, § 615 Satz 1; KSchG § 9 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2; ZPO § 249 Abs. 2, § 261 Abs. 2, § 717 Abs. 2

Leitsätze:

1. Der Schutzzweck des von der Rechtsprechung entwickelten Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers und damit korrespondierend der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers wird durch das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers bestimmt.

2. Bei Nichtbefolgung der Beschäftigungspflicht gehört der entgangene Verdienst nicht zum ersatzfähigen Schaden. Die finanzielle Absicherung bei Nichtbeschäftigung ist in § 615 Satz 1 BGB geregelt, der dem Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB den Entgeltanspruch trotz Nichtarbeit aufrechterhält.

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 462/14
2 Sa 42/13
Landesarbeitsgericht
Bremen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Juni 2015

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Revisionsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2015 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtlichen Richter Kremser und Bürger für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 13. November 2013 - 2 Sa 42/13 - wird zurückgewiesen.
2. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 13. November 2013 - 2 Sa 42/13 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass auf die Berufung der Beklagten der Zinsauspruch in Ziff. 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven - Kammern Bremen - vom 17. Januar 2013 - 1 Ca 1306/11 - dahingehend abgeändert wird, dass Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 4.390,55 Euro seit dem 3. Januar 2007 und aus weiteren 4.390,55 Euro seit dem 1. Februar 2007 zu zahlen sind.
3. Die Kosten des Revisionsverfahrens haben der Kläger zu 85 % und die Beklagte zu 15 % zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs und Schadensersatz. 1

Der 1962 geborene Kläger war seit dem 1. Juni 1990 bei der - vor ihrer formwechselnden Umwandlung unter D Ltd. & Co. KG firmierenden - Beklagten, die mit Sitz in S bundesweit industrielle Dienstleistungen erbringt, beschäftigt. Auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 1. März 2004 war er ab April 2004 als Leiter der Außenstelle B-Ost tätig. Diese war zuständig für die Auftragsabwicklung im Werk B des Kunden D AG, für den die Beklagte Reinigungsarbeiten ausführte. Dem Kläger oblag ua. die Pflege der Kundenkontakte, sein Bruttomonatsgehalt betrug zuletzt 6.501,95 Euro. 2

Mit Schreiben vom 27. Juli 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich zum 30. November 2006. Dagegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage, die er mit einem Antrag auf Weiterbeschäftigung 3

tigung verband. Die Beklagte warf dem Kläger vor, 23.700,00 Euro zweckentfremdet zu haben. Der Kläger ließ sich dahingehend ein, er habe das Geld mit Wissen und Wollen der Beklagten zur „Pflege von Kundschaft“ verwendet.

Das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven gab mit Urteil vom 8. Februar 2007 (- 1 Ca 1200, 1318/06 -) der Kündigungsschutzklage statt und verurteilte die Beklagte, den Kläger „bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als kaufmännischen Angestellten gemäß Anstellungsvertrag vom 23. Mai 1990 vorläufig weiterzubeschäftigen“.

Im Anschluss daran wandte sich der Prozessbevollmächtigte des Klägers unter dem 23. Februar 2007 an die Prozessbevollmächtigte der Beklagten wie folgt:

„Sehr geehrte Frau Kollegin Dr. T,
in dieser Angelegenheit nehme ich Bezug auf das Urteil vom 08.02.2007, mit dem die Beklagte und Widerklägerin u.a. verurteilt wurde, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu den bisherigen Arbeitsbedingungen vorläufig weiter zu beschäftigen.
Insoweit ist das Urteil vorläufig vollstreckbar.
Ich bitte Sie, Ihre Mandantin zu veranlassen, meinen Mandanten wieder einzustellen und ihm einen Arbeitsplatz zuzuweisen. Alternativ kommt in Betracht, dass Ihre Mandantschaft zumindest die Gehaltszahlung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits wieder aufnimmt und meinen Mandanten bis dahin von der Arbeitsleistung freistellt.“

Dem kam die Beklagte nicht nach, Vollstreckungsmaßnahmen ergriff der Kläger nicht.

Auf die Berufung der Beklagten wies das Landesarbeitsgericht Bremen mit Urteil vom 1. Juli 2008 (- 1 Sa 108/07 -) die Kündigungsschutzklage und die Klage auf Weiterbeschäftigung ab. Dieses erste Berufungsurteil wurde vom Bundesarbeitsgericht im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wegen einer Verletzung des Anspruchs des Klägers auf rechtliches Gehör aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen (BAG 12. März 2009 - 2 AZN 1133/08 -).

Im erneuten Berufungsverfahren gab das Landesarbeitsgericht Bremen mit Urteil vom 12. April 2011 (- 1 Sa 36/09 -) der Kündigungsschutzklage statt, löste aber auf den Hilfsantrag der Beklagten das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. Januar 2007 gegen Zahlung einer Abfindung von 50.462,53 Euro brutto auf. Die Klage auf Weiterbeschäftigung wies es ab, weil der Kläger wegen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses keine Weiterbeschäftigung beanspruchen könne. Die dagegen (nur) von der Beklagten eingelegte Revision blieb erfolglos (*BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 694/11 - BAGE 142, 188*). 8

Mit der vorliegenden, am 21. Dezember 2007 eingereichten Klage hat der Kläger zunächst Vergütung wegen Annahmeverzugs für den Zeitraum März bis Dezember 2007 begehrt. Mit Schriftsatz vom 16. Januar 2008 hat die Beklagte die Aussetzung des Rechtsstreits mit der Begründung beantragt, der Bestand des Arbeitsverhältnisses als Vorfrage für die Annahmeverzugsvergütung sei nach wie vor streitig. Nachdem der Kläger sich mit einer Aussetzung einverstanden erklärt hatte, hat das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven ohne Durchführung der zunächst auf den 28. Januar 2008 anberaumten Güteverhandlung am 31. Januar 2008 Folgendes beschlossen: 9

„In dem Rechtsstreit

C ./ . D GmbH & Co. KG

wird im Einvernehmen mit den Parteien das vorliegende Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Bremen in dem Verfahren - 1 Ca 1318/06 - gem. § 148 ZPO ausgesetzt.“

Mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2010 hat der Kläger die Klage um Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 1. Dezember 2006 bis zum 28. Februar 2007 erweitert. Dazu hat das Arbeitsgericht am 21. Dezember 2010 verfügt: „Klageerweiterung zustellen“ und „weglegen“. Die Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat per Empfangsbekanntnis bestätigt, den Schriftsatz am 27. Dezember 2010 erhalten zu haben. 10

Mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2012 hat der Kläger die Anberaumung eines Termins beantragt und die Klage dahingehend geändert, dass nunmehr die Beklagte zur Zahlung von Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Mona- 11

te Dezember 2006 und Januar 2007 sowie zu Schadensersatz in Höhe des im Zeitraum März bis Dezember 2007 entgangenen Verdienstes verurteilt werde.

Der Kläger hat geltend gemacht, die Beklagte habe sich nach ihrer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in den Monaten Dezember 2006 und Januar 2007 im Annahmeverzug befunden. Für die Zeit vom 1. März bis zum 31. Dezember 2007 stehe ihm Schadensersatz in Höhe des entgangenen Verdienstes zu, weil die Beklagte der erstinstanzlich titulierten Pflicht zur vorläufigen Weiterbeschäftigung nicht nachgekommen sei. Dass er nicht vollstreckt habe, sei unerheblich. Denn eine Weiterbeschäftigung könne in keinem Fall gegen den Willen des Arbeitgebers durchgesetzt werden, diesem drohe allenfalls Zwangsgeld. Dem Arbeitnehmer müsse aber der finanzielle Nachteil ausgeglichen werden, der ihm aufgrund der Nichtbeschäftigung entstehe.

12

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt,

13

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 13.003,90 Euro brutto abzüglich gezahltes Arbeitslosengeld iHv. 4.222,80 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 6.501,95 Euro seit dem 2. Januar 2007 und seit dem 1. Februar 2007 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 65.019,50 Euro brutto abzüglich gezahltes Arbeitslosengeld iHv. 10.557,00 Euro netto sowie Hilfe zum Lebensunterhalt iHv. 4.342,40 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 6.501,95 Euro seit dem 1. April 2007, 1. Mai 2007, 1. Juni 2007, 1. Juli 2007, 1. August 2007, 1. September 2007, 1. Oktober 2007, 1. November 2007, 1. Dezember 2007 sowie 1. Januar 2008 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Einrede der Verjährung erhoben. Die Klageerweiterung auf Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Monate Dezember 2006 und Januar 2007 habe vor Ablauf der Verjährungsfrist wegen § 249 Abs. 2 ZPO nicht wirksam zugestellt werden können, der Schadensersatzanspruch sei erstmals mit der Zustellung der Klageänderung vom 11. Oktober 2012 rechtshängig geworden. Für das Verlangen des Klägers auf Schadensersatz wegen Nichtbeschäftigung für einen nach der Be-

14

ündigung des Arbeitsverhältnisses liegenden Zeitraum bestehe keine Rechtsgrundlage.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - die Klage auf Schadensersatz abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht nur für die Beklagte zugelassenen Revision verfolgt diese ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter, während der Kläger mit der für ihn vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision insoweit die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils begehrt. 15

Entscheidungsgründe

I. Die Revision der Beklagten ist im Wesentlichen unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht erkannt, dass der Anspruch des Klägers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nicht verjährt ist. Das Berufungsurteil ist nur hinsichtlich der Bestätigung des erstinstanzlichen Zinsanspruchs zu korrigieren. 16

1. Der Kläger hat für die Monate Dezember 2006 und Januar 2007 Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs, § 615 Satz 1, § 611 Abs. 1 iVm. §§ 293 ff. BGB. Aufgrund der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 27. Juli 2006 bestand das Arbeitsverhältnis der Parteien im Anspruchszeitraum fort. Die Beklagte befand sich mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers im Verzug, ohne dass es eines - über die Erhebung der Kündigungsschutzklage hinausgehenden - Angebots der Arbeitsleistung durch den Kläger bedurft hätte (*st. Rspr., vgl. etwa BAG 24. Oktober 2013 - 2 AZR 1078/12 - Rn. 56 mwN*). Das steht zwischen den Parteien auch außer Streit. 17

2. Der Anspruch ist nicht verjährt. 18

a) Der Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB. Diese beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangt haben müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Dabei setzt § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB regelmäßig die Fälligkeit des Anspruchs voraus, weil erst von diesem Zeitpunkt an der Gläubiger nach § 271 Abs. 2 BGB mit Erfolg die Leistung fordern und den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung verhindern kann (BAG 23. Oktober 2013 - 5 AZR 135/12 - Rn. 24 mwN, BAGE 146, 217).

§ 615 Satz 1 BGB begründet keinen eigenständigen Anspruch, sondern erhält den Vergütungsanspruch aus § 611 Abs. 1 BGB trotz Nichtleistung der Arbeit aufrecht. Die Fälligkeit der Annahmeverzugsvergütung bestimmt sich deshalb nach dem Zeitpunkt, in dem die Vergütung bei tatsächlicher Beschäftigung in den einzelnen Abrechnungsperioden fällig geworden wäre (BAG 24. September 2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 33 mwN). Das ist nach § 2 Arbeitsvertrag das jeweilige Monatsende. Weil der 31. Dezember 2006 ein Sonntag und der 1. Januar 2007 ein Feiertag waren, trat die Fälligkeit des Entgeltanspruchs für den Monat Dezember 2006 erst am 2. Januar 2007 ein, § 193 BGB. Damit hat die Verjährungsfrist für die streitgegenständliche Vergütung wegen Annahmeverzugs (einheitlich) am 31. Dezember 2007 begonnen und ist mit dem Ende des 31. Dezember 2010 abgelaufen.

b) Der Eintritt der Verjährung wurde durch Erhebung einer Leistungsklage gehemmt, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Diese wurde mit Zustellung der Klageerweiterung vom 14. Dezember 2010 rechtshängig, § 261 Abs. 2 ZPO. Die Zustellung erfolgte wirksam am 27. Dezember 2010 und damit noch vor Ablauf der Verjährungsfrist.

- aa) Der von Amts wegen zuzustellende (§ 166 Abs. 2, § 261 Abs. 2 ZPO) Klageerweiterungsschriftsatz ist ausweislich der darauf vermerkten Verfügung des Arbeitsgerichts mit Zustellungsabsicht und im Einklang mit § 172 Abs. 1 Satz 1 ZPO an die Prozessbevollmächtigten der Beklagten zur Post gegangen. Die Zustellung konnte gegen Empfangsbekanntnis erfolgen, § 174 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO. Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten haben - unstreitig - die Klageerweiterung am 27. Dezember 2010 erhalten und dies entsprechend den Vorgaben des § 174 Abs. 4 ZPO bestätigt. 22
- bb) Die Aussetzung des Rechtsstreits nach § 148 ZPO stand einer wirksamen Zustellung vor Ablauf der Verjährungsfrist nicht entgegen. 23
- (1) Nach § 249 Abs. 2 ZPO sind die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozesshandlungen der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung. Diese (relative) Unwirksamkeit erfasst nach allgemeiner Auffassung auch Prozesshandlungen des Gerichts, so dass dessen Zustellungen grundsätzlich unwirksam sind (vgl. nur BGH 21. März 2013 - VII ZB 13/12 - Rn. 14; BAG 9. Juli 2008 - 5 AZR 518/07 - Rn. 21; Zöller/Greger 30. Aufl. § 249 ZPO Rn. 7; Musielak/Voit/Stadler 12. Aufl. § 249 ZPO Rn. 5 - jeweils mwN). 24
- (2) Die Klageerweiterung im wegen Vorgreiflichkeit des Kündigungsschutzprozesses ausgesetzten Rechtsstreit über Vergütung wegen Annahmeverzugs ist jedoch keine „in Ansehung der Hauptsache“ vorgenommene Prozesshandlung. 25
- Mit dem Begriff der Hauptsache nimmt § 249 Abs. 2 ZPO alle Nebenverfahren - wie etwa Prozesskostenhilfe, Vollstreckungsschutzanträge, Streitwertfestsetzung - von dem durch die Unterbrechung oder Aussetzung bewirkten Verfahrensstillstand aus (vgl. nur Musielak/Voit/Stadler 12. Aufl. § 249 ZPO Rn. 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 73. Aufl. § 249 ZPO Rn. 3 - jeweils mwN) und begrenzt diesen damit auf den zum Zeitpunkt der Unterbrechung bzw. Aussetzung anhängigen prozessualen Anspruch, also den Streitgegenstand (vgl. Hüßtege in Thomas/Putzo 36. Aufl. § 249 ZPO Rn. 6). 26

Streitgegenstand der Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs ist der jeweils mit ihr geltend gemachte, von § 615 Satz 1 BGB trotz Nichtarbeit aufrechterhaltene Vergütungsbestandteil (*BAG 24. September 2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 23*) für den Zeitraum des Annahmeverzugs, den der Kläger aufgrund der im Zivilprozess geltenden Dispositionsmaxime durch Klageantrag und diesem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt bestimmt (*vgl. - zum Zeitraum, der der Gesamtberechnung der Annahmeverzugsvergütung zugrunde zu legen ist - BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 29, BAGE 141, 340*). Wird mit der Klageerweiterung ein neuer, eine andere Periode des Annahmeverzugs betreffender Streitgegenstand in das Verfahren eingeführt, erfolgt die Klageerweiterung nicht „in Ansehung“ der (bisherigen) Hauptsache, die Grundlage der Aussetzungsentscheidung des Gerichts war. Damit unterliegt die objektive Klageerweiterung - wie eine subjektive, die als Prozesshandlung gegenüber einem Dritten nicht § 249 Abs. 2 ZPO unterfällt - im Annahmeverzugsprozess nicht dem bisherigen Verfahrensstillstand, sondern gibt wie eine neue Klage dem Gericht Anlass, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob der Rechtsstreit auch hinsichtlich des neuen Streitgegenstands ausgesetzt werden soll oder inzwischen nach dem Verfahrensstand im Kündigungsschutzprozess gar Gründe vorliegen, die Aussetzung nach § 150 Satz 1 ZPO wieder aufzuheben (*vgl. BAG 16. April 2014 - 10 AZB 6/14 - Rn. 11*).

(3) Dem steht nicht entgegen, dass der Neunte und der erkennende Senat in zwei früheren Entscheidungen davon ausgegangen sind, die Zustellung von Klageerweiterungen während einer Aussetzung würde jedenfalls mit dem Ende der Aussetzung wirksam (*BAG 12. Dezember 2000 - 9 AZR 1/00 - zu I 1 c bb der Gründe, BAGE 96, 352; 9. Juli 2008 - 5 AZR 518/07 - Rn. 21*). In beiden Urteilen waren die diesbezüglichen Ausführungen nicht tragend und bindend für die Frage, ob § 249 Abs. 2 ZPO der wirksamen Zustellung einer eine andere Periode des Annahmeverzugs betreffenden Klageerweiterung im ausgesetzten Rechtsstreit über Vergütung wegen Annahmeverzugs entgegensteht.

3. Die Höhe der geltend gemachten Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Monate Dezember 2006 und Januar 2007 nebst den wegen des Bezugs

von Sozialleistungen nach § 115 Abs. 1 SGB X übergegangenen Teilen der Vergütung hat die Beklagte nicht bestritten. Insoweit erhebt die Revision auch keine Angriffe gegen das Berufungsurteil.

4. Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 1 BGB iVm. § 286 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Dabei sind jedoch von der zu verzinsenden Forderung bezogene Sozialleistungen, die einen Anspruchsübergang bewirken, abzusetzen (*vgl. BAG 19. März 2008 - 5 AZR 429/07 - Rn. 16, BAGE 126, 198; 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 31, BAGE 141, 340*). Außerdem trat die Fälligkeit des Entgeltanspruchs für den Monat Dezember 2007 gemäß § 193 BGB erst am 2. Januar 2007 ein, so dass dem Kläger Verzugszinsen hierfür erst ab dem 3. Januar 2007 zustehen. 30

II. Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat hinsichtlich des beanspruchten Schadensersatzes der Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zu Recht stattgegeben und die Klage abgewiesen. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Ersatz entgangenen Verdienstes wegen Nichtbeschäftigung in der Zeit vom 1. März bis zum 31. Dezember 2007. 31

1. Aufgrund der Unwirksamkeit der Kündigung vom 27. Juli 2006 befand sich die Beklagte zunächst auch in diesem Zeitraum im Annahmeverzug (*vgl. oben Rn. 17*). Durch die rechtskräftige Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG zu dem von § 9 Abs. 2 KSchG bestimmten Zeitpunkt ist jedoch der Annahmeverzug, der ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraussetzt, kraft Gesetzes nachträglich entfallen (*vgl. BAG 18. Januar 1963 - 5 AZR 200/62 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 14, 31; zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung BVerfG 29. Januar 1990 - 1 BvR 42/82 -*). Diesen Umstand nimmt § 9 KSchG in den Fällen, in denen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses den Interessen einer Vertragspartei derart evident widerspricht, dass ausnahmsweise die zwangsweise Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Gericht gerechtfertigt erscheint, in Kauf und kompensiert dies durch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung einer angemessenen Abfindung. 32

2. Ob trotz der rückwirkenden Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Januar 2007 die Beklagte verpflichtet war, den Kläger unabhängig vom Bestand des Arbeitsverhältnisses während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses zu beschäftigen, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Denn auch bei einer zugunsten des Klägers unterstellten schuldhaften Verletzung der Beschäftigungspflicht ist die Klage unbegründet. Der geltend gemachte Schaden - im Zeitraum März bis Dezember 2007 entgangener Verdienst - liegt nicht im Schutzzweck der Norm. 33

a) Die von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Rechtspflicht zur Beschäftigung (*BAG 22. Juli 2014 - 9 AZR 1066/12 - Rn. 16 mwN, BAGE 148, 349*) bedeutet, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vertragsgemäß beschäftigen muss, wenn dieser es verlangt. Rechtsgrundlage hierfür sind §§ 611, 613 BGB iVm. § 242 BGB, wobei die Generalklausel des § 242 BGB dabei ausgefüllt wird durch die Wertentscheidung der Art. 1 und Art. 2 GG (*BAG Großer Senat 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C I 2 der Gründe, BAGE 48, 122*). Der Arbeitnehmer soll - als Ausdruck und in Achtung seiner Persönlichkeit und seines Entfaltungsrechts - tatsächlich arbeiten dürfen. 34

Diese tragend auf den Persönlichkeitsschutz abstellende Ableitung des Anspruchs auf Beschäftigung schließt einen Schaden in Form entgangenen Verdienstes aus. Schutzzweck des Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers - und damit korrespondierend der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers - ist ausschließlich das jedenfalls über die Generalklausel des § 242 BGB zu achtende Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und dessen Interesse an tatsächlicher Beschäftigung. Für die finanzielle Absicherung bei Nichtbeschäftigung sorgt dagegen § 615 Satz 1 BGB, der dem Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB den Entgeltanspruch trotz Nichtarbeit aufrechterhält (*vgl. BAG Großer Senat 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C II 3 b der Gründe, BAGE 48, 122; BAG 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - zu I 6 a der Gründe, BAGE 54, 232*). 35

b) Aus der nicht rechtskräftig gewordenen erstinstanzlichen Verurteilung zur Weiterbeschäftigung ergibt sich nichts anderes. 36

aa) Die vorläufige Vollstreckbarkeit arbeitsgerichtlicher Urteile nach § 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG ermöglicht es, den noch nicht rechtskräftig festgestellten Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung vorläufig durchzusetzen. Damit hatte der Kläger bis zur Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung im Berufungsverfahren vollstreckungsrechtlich die Möglichkeit, den fehlenden Beschäftigungswillen der Beklagten zu ersetzen. Wegen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Januar 2007 hätte allerdings für nach diesem Zeitpunkt ausgetauschte Leistungen der Rechtsgrund gefehlt und die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 717 Abs. 2 ZPO gehabt (*vgl. BAG 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - zu I 5 c und I 6 b und c der Gründe, BAGE 54, 232*).

Macht der Arbeitnehmer von der Möglichkeit der Vollstreckung eines Weiterbeschäftigungsurteils keinen Gebrauch, sehen weder die ZPO noch das ArbGG einen Schadensersatzanspruch wegen nicht freiwilliger Befolgung des nur vorläufigen, aber nicht rechtskräftig werdenden Titels vor. Zudem belegt § 717 Abs. 2 ZPO, dass ein Kläger aus der Vollstreckung keinen Vorteil ziehen können, der ihm nach dem rechtskräftigen Urteil nicht zusteht. Hätte der Kläger vollstreckt und die Beklagte für die aufgezwungene Beschäftigung Vergütung gezahlt, dürfte der Kläger diese - so seine Beschäftigung für die Beklagte nicht wertlos gewesen wäre - nur unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung behalten.

bb) Dem steht die vom Kläger angezogene Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 12. September 1985 (- 2 AZR 324/84 -), die zudem durch die Entscheidung des Achten Senats vom 10. März 1987 (- 8 AZR 146/84 - zu I 3 der Gründe, BAGE 54, 232) überholt ist, nicht entgegen. Der Zweite Senat hat sich mit der Frage einer Beschäftigungspflicht aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren, aber nicht vollstreckten und später aufgehobenen Weiterbeschäftigungsurteils nicht befasst. Soweit er eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers annahm, hat er dies ausdrücklich auf den Sonderfall eines rechtskräftigen Beschäftigungsurteils bezogen.

cc) Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Weiterbeschäftigungsausspruch im Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 8. Februar 2007 (- 1 Ca 1200, 1318/06 -) überhaupt vollstreckbar war und ihm eine hinreichend bestimmte Verpflichtung der Beklagten entnommen werden konnte (vgl. BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 41 ff.). Denn danach sollte der Kläger einerseits zu den „bisherigen“ Arbeitsbedingungen, andererseits zu denen eines längst nicht mehr geltenden Arbeitsvertrags vom 23. Mai 1990 weiterbeschäftigt werden. 40

3. Weil der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht entstanden ist, bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung durchgreifen würde. 41

III. Die einheitlich zu treffende Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 iVm. § 92 Abs. 1 ZPO. 42

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Kremser

E. Bürger