

§§ 611, 615, 242 BGB; § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG

Annahmeverzug – böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs

1. Lehnt der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens ab, hat er dem Arbeitnehmer grundsätzlich Annahmeverzugslohn zu leisten, wenn rechtskräftig festgestellt wird, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung beendet worden ist.

2. Lehnt der Arbeitnehmer eine ihm zumutbare Beschäftigung für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens ab, riskiert er, dass er sich beim Annahmeverzugslohn gemäß § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG das anrechnen lassen muss, was er durch Aufnahme der ihm zumutbaren Beschäftigung hätte verdienen können.

3. Dem Arbeitnehmer zumutbare, anderweitige Arbeit i. S. v. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG ist nicht gleichzusetzen mit dem arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch. Der Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung im bestehenden Arbeitsverhältnis bedingt als solcher nicht die Unzumutbarkeit jedweder anderen Tätigkeit im Rahmen einer Prozessbeschäftigung. Auch eine nicht vertragsgemäße Beschäftigung kann daher – ohne Vorliegen besonderer Umstände – dem Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens zumutbar sein.

(Nichtamtliche Orientierungssätze)

BAG, Urteil vom 17.11.2011 – 5 AZR 564/10

Sachverhalt

Streitgegenstand

Die Parteien streiten über Annahmeverzugslohn. Der Kläger ist seit 1994 bei der Beklagten als Hausmeister gegen eine monatliche Vergütung von zuletzt 2.315,82 € brutto nebst einer Bereitschaftszulage in Höhe von 260,62 € brutto tätig.

Nach der arbeitsvertraglichen Vereinbarung gehören zu den Aufgaben des Klägers als Hausmeister die Wartung zentraler Heizungsanlagen und Waschmaschinen, die Überwachung von Aufzugsanlagen, die Ausführung kleinerer Reparaturen im Mietshausbesitz, die Pflege und Sauberhaltung der Grünanlagen, Müllboxen und Kellerräume sowie die Schnee- und Eisbeseitigung, die Begehung von Wohnungen und die Postverteilung.

lung. Außerdem sollen leichte allgemeine Büroarbeiten wie Postversand, Schließdienst und Überwachung des Fahrzeugparks einschließlich Fahrdienst übernommen werden. Zum 17.7.2007 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 20.9.2007 statt gab. Berufung und Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten blieben erfolglos. Nachdem der Kläger seit dem 16.4.2007 aufgrund einer psychischen Erkrankung durchgehend arbeitsunfähig gewesen war, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 19.5.2008 personenbedingt zum 31.12.2008 und begehrte im Kündigungsschutzprozess hilfsweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu diesem Zeitpunkt. Das Arbeitsgericht Wuppertal gab der Kündigungsschutzklage statt und wies den Auflösungsantrag der Beklagten ab. Die Berufung der Beklagten wies das LAG Düsseldorf im Juni 2009 zurück.

Nach Ende seiner Arbeitsunfähigkeit arbeitete der Kläger seit dem 18.6.2008 unter Vorbehalt in der Abteilung Wohnumfeldpflege. Im Dezember 2008, nachdem rechtskräftig feststand, dass die Beklagte den Kläger als Hausmeister beschäftigen musste, teilte der Kläger der Beklagten mit, die Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege sei mit dem rechtskräftigen Obsiegen im Versetzungsrechtsstreit hinfällig, und verlangte als Hausmeister eingesetzt zu werden.

Die Beklagte lehnte eine Beschäftigung als Hausmeister bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses ab und bot dem Kläger an, in der Wohnumfeldpflege ohne Zahlung der Bereitschaftszulage (weiter-) zu arbeiten. Der Kläger ließ über seinen Anwalt mitteilen, er sei jederzeit bereit, seine vertraglich geschuldeten Hausmeistertätigkeiten aufzunehmen.

Auf dieses Angebot kam die Beklagte erst im Juli 2009, nachdem rechtskräftig feststand, dass die personenbedingte Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hatte, zurück. Seit dem 16.7.2009 beschäftigt die Beklagte den Kläger erneut als Hausmeister.

Mit seiner am 16.4.2009 eingereichten Klage hat der Kläger Annahmeverzugsvergütung in Höhe von 16.364,51 € für den Zeitraum 5.1.2009 bis 15.7.2009 verlangt. Das Arbeitsgericht Wuppertal und das LAG Düsseldorf haben der Klage im vollen Umfang stattgegeben.

Auffassung der Beklagten

Die Beklagte hat dem Kläger in der Revision die Bereitschaftszulage für die Monate Januar bis Juni 2009 nebst Zinsen gewährt und gleichzeitig beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Auffassung, der Kläger habe durch die Nichtfortsetzung der Beschäftigung in der Wohnumfeldpflege böswillig seine Erwerbsobliegenheit verletzt.

Auffassung des Klägers

Der Kläger ist hingegen der Auffassung, eine Anrechnung unterlassenen Erwerbs komme deswegen nicht in Betracht, weil die angebotene Zwischenbeschäftigung in der Wohnumfeldpflege ihm nicht mehr zumutbar war. Die Unzumutbarkeit folge daraus, dass rechtskräftig festgestanden habe, dass die Beklagte ihm eine Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege nicht zuweisen durfte. Seiner Wiederbeschäftigung als Hausmeister hätten dringende Gründe nicht entgegengestanden.

Entscheidungsgründe

Kein Anspruch auf Annahmeverzugslohn

Die Revision der Beklagten ist begründet; der Kläger hat keinen Anspruch auf Annahmeverzugslohn für den Zeitraum Januar bis Juni 2009.

Zwar befand sich die Beklagte im streitbefangenen Zeitraum infolge ihrer unwirksamen Kündigung zum 31.12.2008 in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots des Klägers bedurft hätte.

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

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. Nach Auffassung des BAG 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.

Die Beklagte hatte dem Kläger Ende 2008 angeboten, ihn in der Wohnumfeldpflege unter Fortzahlung seiner Vergütung zu beschäftigen. In der Revisionsinstanz gewährte die Beklagte dem Kläger die ursprünglich versagte Bereitschaftszulage für den Zeitraum Januar bis Juni 2009. Diese Verdienstmöglichkeit hatte der Kläger abgelehnt. Zwischen den Parteien unstreitig ist, dass die Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege dem Kläger »an sich« zumutbar war. Der Kläger hatte die Tätigkeit in der Wohnumfeldpflege ab dem 18.6.2008 schon ausgeübt. Bei dieser Tätigkeit handelte es sich 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.

Der Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung des LAG im Versetzungsrechtsstreit mit der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde im Dezember 2008 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. Für die Obliegenheit des Arbeitnehmers nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG im gekündigten Arbeitsverhältnis ist der arbeitsvertragliche Beschäftigungsanspruch grundsätzlich ohne Belang. § 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 zu erzielen.

Anmerkung

Bei der arbeitgeberseitigen Kündigung kann ein Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage beim zuständigen Arbeitsgericht erheben.

Bis rechtskräftig über die Wirksamkeit der Kündigung entschieden wird, können durchaus ein bis zwei Jahre vergehen. In der Praxis beschäftigt der Arbeitgeber den gekündigten Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist unter Berufung auf die Wirksamkeit der Kündigung nicht weiter und stellt die Zahlung der Vergütung ein. Eine Ausnahme ist nach § 102 Abs. 5 BetrVG dann möglich, wenn der Betriebsrat form- und fristgemäß dieser Kündigung widersprochen hat. In diesem Fall hat der Arbeitnehmer einen gesetzlichen Anspruch auf nahtlose, vertragsgerechte Beschäftigung.

Existiert im Betrieb aber kein Betriebsrat oder hat dieser der Kündigung nicht form- und fristgemäß widersprochen oder weigert sich der Arbeitgeber einfach den Arbeitnehmer trotz Vorliegen eines wirksamen Betriebsratswiderspruch zu beschäftigen, müssen sich Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist häufig mit dem Bezug von Arbeitslosengeld zufrieden geben. Wird am Ende des Kündigungsschutzprozesses rechtskräftig festgestellt, dass die Kündigung unwirksam war und das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat, führt dies unmittelbar zu einem Annahmeverzug des Arbeitgebers vom Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist an bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigung.

Der Arbeitnehmer hat nach § 615 Satz 1 BGB grundsätzlich einen Anspruch auf die volle Vergütung für diesen Zeitraum und zwar selbst dann, wenn er zu keinem Zeitpunkt zuvor seine Arbeitsleistung angeboten hat. Auf den zu beanspruchenden Verzugslohn muss sich der Arbeitnehmer gemäß § 11 Satz 1 Nr. 3 KSchG aber stets das zwischenzeitlich bezogene Arbeitslosengeld anrechnen lassen. Auch zwischen-

Anspruch auf volle Vergütung

Tätigkeit muss zumutbar sein

zeitlich erzielter anderweitiger Verdienst, beispielsweise aufgrund der Aufnahme einer Beschäftigung während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses, muss nach § 11 Satz 1 Nr. 1 KSchG auf den Verzugslohn angerechnet werden. Nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG muss sich der Arbeitnehmer beim Annahmeverzugslohn aber auch das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Agentur für Arbeit dem arbeitslosen Arbeitnehmer eine ihm zumutbare Tätigkeit bei einem Unternehmen vermittelt, der Arbeitnehmer diese aber vorsätzlich nicht annimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert.

Zwingende Voraussetzung für eine solche Anrechnung ist jedoch, dass die Tätigkeit, die der Arbeitnehmer abgelehnt hat, ihm zumutbar war bzw. ist.

Das BAG hat sich bereits mit Urteil vom 11.1.2006 (5 AZR 98/05) mit der Frage der Anrechnung von Vergütung für eine vom kündigenden Arbeitgeber angebotene, vom Arbeitnehmer aber abgelehnte Zwischenbeschäftigung befasst (AiB 2006, 642). Im Jahr 2006 bekräftigte das BAG, dass der Arbeitnehmer allgemein zur Annahme einer Arbeit während des Kündigungsschutzverfahrens verpflichtet ist und nicht untätig bleiben darf.

Das BAG stellte aber klar, dass der Arbeitnehmer sich nicht bei seinem Arbeitgeber um eine Zwischenbeschäftigung, die auch bei ihm grundsätzlich möglich und dem Arbeitnehmer zumutbar sein kann, bemühen muss. Vielmehr darf der Arbeitnehmer warten, ob der Arbeitgeber ihm eine solche anbietet. Die Entscheidung des BAG vom 17.11.2011 befasst sich nun mit der Frage, ob ein Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Anrechnung nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG verpflichtet ist, auch eine nicht vertragsgemäße Zwischenbeschäftigung für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses bei seinem »alten« Arbeitgeber anzunehmen. Das BAG hat zwar betont, dass sich die Unzumutbarkeit der Zwischenbeschäftigung beim alten Arbeitgeber aus verschiedenen Gesichtspunkten (Person des Arbeitgebers, Art der Arbeit, Arbeitsbedingungen) ergeben kann, es hat aber klargestellt, dass die nichtvertragsgemäße Beschäftigung nicht per se mit unzumutbarer Arbeit i. S. d. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG gleichzusetzen ist. Dies bedeutet, dass ohne Vorliegen sonstiger, besonderer Gründe der Arbeitgeber berechtigt ist, dem gekündigten Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens auch eine andere, unter Umständen dem Arbeitnehmer unangenehme Tätigkeit anzubieten. Die Gefahr besteht in der Praxis nun darin, dass es durch solche Beschäftigungsmöglichkeiten zu betrieblichen Spiesrutenläufen kommt.

Psychische Belastung der Arbeitnehmer

Die psychische Belastung der Arbeitnehmer, die allein durch die Kündigung als solche und der Einleitung eines Gerichtsverfahrens bereits in vielen Fällen sehr groß ist, kann durch eine vertragswidrige Beschäftigung durch den Arbeitgeber weiter erhöht werden.

Arbeitgeber können auf diesem Wege eine nicht unerhebliche Einflussnahmemöglichkeit auf den gekündigten Arbeitnehmer erlangen, am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses festzuhalten. Im Ergebnis wird auch das Prozessrisiko des Arbeitgebers weiter minimiert, da der Arbeitnehmer sich bei Durchführung des Kündigungsschutzverfahrens gezwungen sehen wird, die ihm angebotene, vertragswidrige Beschäftigung anzunehmen, sofern er nicht riskieren will, dass ihm im nachhinein diese Verdienstmöglichkeit nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG angerechnet wird.

Zu kritisierende Entscheidung

Diese Entscheidung des BAG ist zu kritisieren, weil sie zur Folge hat, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers mit einer niedriger bewerteten Tätigkeit und mit einer niedrigeren Vergütung als dem Arbeitnehmer zumutbar angesehen und ihre Ablehnung als böswilliges Unterlassen betrachtet werden kann. Selbst die Tatsache, dass der Arbeitgeber später die vertraglich geschuldete Vergütung (hier die Bereitschaftszulage) zahlt, ändert nach Auffassung des BAG nichts an der Un- bzw. Zumutbarkeit der Beschäftigung im Zeitpunkt der Aufforderung zur Aufnahme der niedriger bewerteten Tätigkeit.

Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch

Einen wirkungsvollen Schutz bietet der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch, der vom Großen Senat des BAG bereits im Jahr 1985 im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt wurde. Danach steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen zu, wenn ein obsiegender erstinstanzliches Urteil vorliegt. Das Weiterbeschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt das Gegeninteresse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers. Im Kündigungsschutzverfahren ist im Wege der Klageerweiterung nach erfolgloser Güteverhandlung die vorläufige Weiterbeschäftigung als unechter Hilfsantrag geltend zu machen. Dabei muss der Kläger im Antrag seine vertragsgemäße

Tätigkeit, die er für die Dauer des Rechtsstreits weiterhin ausüben will, genau beschreiben, damit ein stattgebendes Urteil vollstreckbar ist.

Wird erstinstanzlich im Urteil festgestellt, dass die Kündigung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat, wird der Arbeitgeber in der Regel zur vertragsgemäßen Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers verurteilt. In Betrieben, in denen ein Betriebsrat besteht, kann zusätzlich noch auf den in § 102 Abs. 5 BetrVG geregelten Weiterbeschäftigungsanspruch zurückgegriffen werden, wenn der Betriebsrat zuvor form- und fristgemäß der Kündigung widersprochen hat. Nach § 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG stellt das auf Weiterbeschäftigung gerichtete Urteil einen vorläufig vollstreckbaren Titel dar. Die Beschäftigung ist eine unvertretbare Handlung, zu der der Arbeitgeber, wenn er sie nicht vornimmt, durch Zwangsgeld nach § 888 ZPO angehalten werden kann.

Fazit

Die Entscheidung des BAG eröffnet Arbeitgebern neue Handlungsmöglichkeiten. Sie vermag Arbeitnehmer insoweit unter Druck zu setzen, als das sie nun auch vertragswidrige Beschäftigungsangebote des alten Arbeitgebers für den Zeitraum nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigem Abschluss des Kündigungsschutzprozesses annehmen müssen, sofern sie nicht eine Anrechnung auf den Annahmeverzugslohn nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG riskieren wollen.

Die Gefahr, eine vertragswidrige Beschäftigung annehmen zu müssen, lässt sich aber dadurch verringern, dass der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren die vertragsgemäße Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits als unechten Hilfsantrag geltend macht. Bietet der Arbeitgeber nach erstinstanzlichem Obsiegen weiterhin eine vertragswidrige Beschäftigung an, kann der Arbeitnehmer seinen Beschäftigungstitel nach § 888 ZPO vollstrecken.

JAVIER DAVILA CANO

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht