

Entscheidungen



Siehe auch: **Pressemitteilung Nr. 66/08 vom 27.8.2008**

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 27.8.2008, 5 AZR 16/08

Annahmeverzug - Beschäftigungsmöglichkeit

Tenor

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 10. Mai 2007 - 11/19 Sa 1217/06 - aufgehoben, soweit es über die Vergütung für Juni 2005 bis März 2006 iHv. 16.751,45 Euro brutto abzüglich Arbeitslosengeld iHv. 3.589,04 Euro nebst Zinsen und über die Kosten entschieden hat.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten noch über Vergütung aus Annahmeverzug für die Zeit vom 6. Juni 2005 bis zum 31. März 2006.
- 2 Die im Jahre 1957 geborene Klägerin ist gelernte Lageristin und Molkereifachfrau. Sie arbeitete auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrags seit September 1989 als Kommissioniererin bei der Beklagten, die eine Molkerei betreibt und in S etwa 50 Arbeitnehmer beschäftigt. Nach Abschluss einer ergänzenden Vereinbarung am 27. Oktober 1997 wurde die Klägerin von November 1997 bis Februar 1998 als Maschinenführerin in der Füllhalle eingesetzt. Anschließend arbeitete sie wieder im Frischdienstlager und wurde dort zur Gruppenleiterin mit einer Vergütung von zuletzt 2.061,03 Euro brutto/Monat befördert.
- 3 Seit Januar 2004 war die Klägerin wegen eines Rückenleidens arbeitsunfähig krank. Sie ist seitdem nur noch eingeschränkt leistungsfähig und strebt, auch auf Grund ärztlicher Stellungnahmen, eine innerbetriebliche Umsetzung an. Während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin fanden zwischen den Parteien Gespräche über ihren künftigen Einsatz statt, deren Einzelheiten streitig sind. Am 6. Juni 2005 meldete sich die Klägerin im Betrieb der Beklagten als gesund und verlangte einen - der Art nach nicht aufgeklärten - Arbeitseinsatz entsprechend ihren gesundheitlichen Möglichkeiten, den die Beklagte nicht gewährte.
- 4 Mit Schreiben vom 28. Juni 2005 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Dezember 2005. Auf Grund des insoweit rechtskräftig gewordenen Urteils des Landesarbeitsgerichts steht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden ist.
- 5 Die Klägerin hat geltend gemacht, sie habe die Arbeit am 6. Juni 2005 ordnungsgemäß

angeboten. Sie sei leistungsfähig und leistungsbereit gewesen. Die Beklagte hätte ihr auch Tätigkeiten als Maschinenführerin in der Füllhalle oder als Hilfskraft im Labor übertragen müssen. Die Beklagte habe sich demnach vom 6. Juni 2005 bis zum 31. März 2006 im Annahmeverzug befunden.

- 6 Die Klägerin hat, soweit für die Revision noch erheblich, beantragt die Beklagte zur Zahlung von 16.751,45 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes iHv. 3.589,04 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus den sich ergebenden Differenzbeträgen nach bestimmter zeitlicher Staffelung zu zahlen.
- 7 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, die vertraglich geschuldete Tätigkeit der Klägerin sei die einer Kommissioniererin gewesen. Die Klägerin könne diese Arbeit, die im Frischdienstlager anfallt und mit der dort herrschenden Kälte und Nässe verbunden sei, seit Juni 2005 nicht mehr verrichten. Sie wolle diese Arbeit auch gar nicht mehr machen, sondern habe andere, nicht vertragsgemäße und mit einem innerbetrieblichen Aufstieg verbundene Arbeiten verlangt. Es fehle deshalb an einem ordnungsgemäßen Arbeitsangebot. Eine Beschäftigung in der Produktion als Maschinenführerin oder Schichtleiterin wäre mangels Bedarfs und mangels ausreichender Befähigung der Klägerin nicht möglich gewesen. Die Arbeit als Hilfskraft im Labor habe die Klägerin schon im Dezember 2004 vehement und endgültig abgelehnt. Dieser Arbeitsplatz sei dann Anfang März 2005 mit einem 61-jährigen, langjährig beschäftigten und besonders schutzwürdigen Arbeitnehmer besetzt worden.
- 8 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat beschränkt auf die Annahmeverzugsvergütung zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte insoweit ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

- 9 Die Revision ist begründet. Sie führt hinsichtlich der Annahmeverzugsvergütung zur Aufhebung der Verurteilung der Beklagten und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann der Klage nicht stattgegeben werden.
- 10 I. Das Landesarbeitsgericht hat, teilweise durch Bezugnahme auf das Urteil des Arbeitsgerichts, ausgeführt, die Beklagte sei auf Grund des tatsächlichen, ordnungsgemäßen Arbeitsangebots der Klägerin am 6. Juni 2005 in Annahmeverzug geraten. Die Beklagte habe die angebotene Leistung nicht angenommen. Es könne dahinstehen, ob die Klägerin lediglich die Beschäftigung als Kommissioniererin oder auch als Schichtführerin und Gruppenleiterin verlangen könne. Weiter sei unerheblich, ob die Klägerin in der Lage gewesen sei, als Kommissioniererin zu arbeiten. Die Beklagte müsse sich daran festhalten lassen, dass jedenfalls im Zeitpunkt des Personalgesprächs am 14. Dezember 2004 eine leidensgerechte Beschäftigung der Klägerin auf dem damals freien Arbeitsplatz einer Hilfskraft im Labor möglich gewesen wäre. Diese für die Klägerin unstreitig geeignete Tätigkeit hätte die Beklagte der Klägerin unabhängig von deren Ablehnung im Wege einer Änderungskündigung anbieten müssen. Die Beklagte hätte nicht nach dem Gespräch vom 14. Dezember 2004 zuwarten, die Stelle anderweitig besetzen und erst dann die Beendigungskündigung vom 28. Juni 2005 aussprechen dürfen.
- 11 II. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.
- 12 1. Ein Annahmeverzug der Beklagten in der Zeit vom 6. Juni 2005 bis zum 31. Dezember 2005 setzt weitere Feststellungen zum Inhalt des Arbeitsvertrags, zum Arbeitsangebot der Klägerin und zu ihrem Leistungsvermögen voraus.

- 13 a) Nach § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Das Angebot des Arbeitnehmers muss die vertragsgemäße Arbeit betreffen. Das Angebot einer anderen, nicht vertragsgemäßen Arbeit begründet keinen Annahmeverzug; denn die Leistung muss unabhängig davon, ob ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) genügt, ihrer Art nach so angeboten werden, wie sie zu bewirken ist (§ 294 BGB). Zu berücksichtigen ist, dass die Konkretisierung der Arbeitspflicht nach § 106 Satz 1 GewO Sache des Arbeitgebers ist (*Senat 30. April 2008 - 5 AZR 502/07 - Rn. 24*). Von einer Entbehrlichkeit des Angebots nach § 296 BGB kann im ungekündigt bestehenden Arbeitsverhältnis regelmäßig nicht ausgegangen werden (*Senat 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 19, AP BGB § 615 Nr. 121 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 20*). Nach § 297 BGB kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Ein Arbeitnehmer ist nicht stets schon dann leistungsunfähig iSv. § 297 BGB, wenn er aus Gründen in seiner Person nicht mehr alle Arbeiten verrichten kann, die zu den vertraglich vereinbarten Tätigkeiten gehören. Sonst bliebe außer Acht, dass der Arbeitgeber sein Weisungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben und auch die Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen hat. Ist es dem Arbeitgeber möglich und zumutbar, dem krankheitsbedingt nur eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer leidensgerechte Arbeiten zuzuweisen, ist die Zuweisung anderer, nicht leidensgerechter Arbeiten unbillig. Unterlässt der Arbeitgeber die ihm mögliche und zumutbare Zuweisung leidensgerechter und vertragsgemäßer Arbeit, steht die Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers dem Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht entgegen (*Senat 8. November 2006 - 5 AZR 51/06 - Rn. 16, AP BGB § 615 Nr. 120 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 17 mwN*).
- 14 b) Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, welche Arbeitsleistung die Klägerin am 6. Juni 2005 angeboten hat. Das wird, ggf. durch Auslegung ihres Verhaltens, nachzuholen sein. Sollte die Klägerin nicht ausschließlich eine bestimmte Arbeitstätigkeit verlangt oder abgelehnt, sondern allgemein die Arbeit angeboten haben, ist davon auszugehen, dass sie außer den bisher verrichteten auch alle anderen vertragsgemäßen Tätigkeiten angeboten hat. Das Landesarbeitsgericht wird weiter prüfen müssen, welche Arbeiten vertragsgemäß waren. Dazu gehört jedenfalls die Tätigkeit als Kommissioniererin einschl. der Gruppenleitung im Frischdienstlager. Im Übrigen sind die arbeitsvertraglichen Regelungen auszulegen. Der Senat kann weder selbst entscheiden, ob die Arbeitstätigkeit in der Produktion - wie bei der Vereinbarung vom 27. Oktober 1997 gehandhabt - eine Vertragsänderung voraussetzte, noch selbst die Reichweite dieser Vereinbarung bestimmen. Die Arbeit als Laborhelferin war offenbar nicht vertragsgemäß, zumal auch beide Parteien insoweit von der Erforderlichkeit einer Änderungskündigung ausgehen. Schließlich wird zu klären sein, zu welchen Arbeiten die Klägerin in der Lage war. Das Landesarbeitsgericht hat bisher lediglich festgestellt, dass die Klägerin die Hilfstätigkeit im Labor ausführen konnte. Das führt aber nur dann zu einem Annahmeverzug der Beklagten, wenn die Klägerin eine solche Arbeit angeboten hat, die Arbeit vertragsgemäß und ihre Zuweisung der Beklagten möglich und zumutbar war. Daran ändert auch die Auffassung des Landesarbeitsgerichts nichts, die Beklagte hätte der Klägerin ein entsprechendes Angebot mittels Änderungskündigung machen müssen. Sofern das Landesarbeitsgericht eine vertragsgemäße Arbeit feststellt, die die Klägerin ausführen konnte, muss der Leistungswille der Klägerin geklärt werden (*vgl. Senat 13. Juli 2005 - 5 AZR 578/04 - BAGE 115, 216, 223 f.*). Der Leistungswille fehlt zwar nicht schon dann, wenn die Klägerin die betreffende Arbeit nicht angeboten, wohl aber dann, wenn sie sie abgelehnt hat.
- 15 c) Darüber hinaus wird Annahmeverzug angenommen, wenn der Arbeitgeber auf Grund seiner Fürsorgepflicht gehalten ist, den Arbeitnehmer vorübergehend mit anderen als den vertragsgemäßen Arbeiten zu beschäftigen (*vgl. BAG 18. Dezember 1986 - 2 AZR 34/86 - AP BGB § 297 Nr. 2, zu B II 4 der Gründe*). Ob dem uneingeschränkt zu folgen ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls hätte es eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes oder einer entsprechenden freien Arbeitskapazität bedurft. Dazu hat die Klägerin bisher keinen schlüssigen Vortrag erbracht. Der von ihr gewünschte Ringtausch zu Lasten der in der Produktion beschäftigten Arbeitnehmer dürfte die Grenze der Fürsorgepflicht der Beklagten deutlich überschreiten. Im Übrigen hätte die Klägerin eine nicht

vertragsgemäße Arbeit wenigstens der Art nach anbieten müssen. Ein allgemeines Arbeitsangebot reicht hier in der Regel nicht (§ 294 BGB), weil der Arbeitgeber wissen muss, zu welchen Änderungen der Arbeitnehmer bereit ist. Keinesfalls kann der Annahmeverzug darauf gestützt werden, der Arbeitgeber hätte eine bestimmte Arbeit anbieten müssen, obwohl der Arbeitnehmer diese Arbeit bereits abgelehnt hat. Das gilt auch dann, wenn ein Arbeitsgericht die Beendigungskündigung des Arbeitgebers rechtskräftig mit der Begründung für unwirksam erklärt hat, der Arbeitgeber hätte trotz der Ablehnung seitens des Arbeitnehmers die entsprechende Arbeit im Wege der Änderungskündigung anbieten müssen. Der gem. § 297 BGB für den Annahmeverzug vorausgesetzte Leistungswille ist von der Wirksamkeit einer Kündigung unabhängig. Hieraus folgt auch nicht der vom Kläger angeführte Wertungswiderspruch: Der Arbeitnehmer kann sehr wohl den unveränderten Bestand seines Arbeitsverhältnisses gerichtlich geltend machen, ohne die - vorübergehende - vertragswidrige Beschäftigung vorbehaltlos abzulehnen.

- 16 2. Für die Zeit vom 1. Januar 2006 bis zum 31. März 2006 gilt im Ergebnis nichts anderes als für die Zeit zuvor. Wegen des Ausspruchs der rechtsunwirksamen Kündigung vom 28. Juni 2005 zum 31. Dezember 2005 bedurfte es für die Zeit ab dem 1. Januar 2006 keines Angebots der Klägerin mehr, § 296 BGB (*vgl. Senat 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 - Rn. 21, AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 21*). Voraussetzung des Anspruchs ist aber auch hier gem. § 297 BGB, dass der Arbeitnehmer zur Leistung einer vertragsgemäßen Arbeit willens und in der Lage ist. Dem muss das Landesarbeitsgericht noch nachgehen. Da die Beklagte durch den Ausspruch der Kündigung für die Zeit ab dem 1. Januar 2006 die Zuweisung jeglicher Arbeit abgelehnt hat, könnte sie im Übrigen nicht geltend machen, sie hätte aus betrieblichen Gründen bestimmte Arbeiten zugewiesen und gerade zu deren Ableistung sei die Klägerin nicht in der Lage gewesen (*vgl. auch BAG 18. Dezember 1986 - 2 AZR 34/86 - AP BGB § 297 Nr. 2, zu B II 3 der Gründe*). Soweit sich die Klägerin auf nicht vom Arbeitsvertrag umfasste Arbeiten beruft, bedurfte es eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes und eines Arbeitsangebots oder zumindest der Anzeige der Arbeitsbereitschaft (oben II 1 c).
- 17 3. Das Landesarbeitsgericht hat die Anspruchshöhe nicht folgerichtig beurteilt, insbesondere die vertragliche Vergütung der Klägerin anstatt des Lohnes für die Hilfstätigkeit im Labor zugrunde gelegt. Der Teilanspruch für Juni 2005 ist anteilig zu berechnen, für die Monate Dezember 2005 bis März 2006 sind einerseits der Bruttolohn, andererseits die jeweiligen Leistungen der Agentur für Arbeit als Abzug anzugeben. Die Verurteilung zur Zinszahlung ist nur dann konsequent, wenn die Agentur für Arbeit die Leistungen monatlich nachträglich erbracht hat.
- 18 4. Eine schuldhafte Pflichtverletzung der Beklagten könnte gem. § 280 BGB Schadensersatzansprüche der Klägerin begründen.
- 19 a) Eine zu vertretende Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) oder Verzögerung der Leistung (§ 280 Abs. 2 in Verb. mit § 286 BGB) kommt unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Beschäftigungspflicht in Betracht (*vgl. Senat 24. September 2003 - 5 AZR 282/02 - AP BGB § 151 Nr. 3 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 3, zu II 3 der Gründe; ErfK/Preis 8. Aufl. § 615 BGB Rn. 44*).
- 20 b) Ein Schadensersatzanspruch wegen entgangener Vergütung im Jahre 2005 setzt voraus, dass die Beklagte die Klägerin ab dem 6. Juni 2005 in einer bestimmten Art und Weise beschäftigen konnte und musste und die Beschäftigung bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten auch erfolgt wäre. Soweit es um andere als die vertragsgemäßen Arbeiten geht, hätte es für eine Versetzung außer der Beschäftigungsmöglichkeit jedenfalls des Einverständnisses der Klägerin bedurft. Der Beklagten müsste zumindest Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden können (§ 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB). Sache der Klägerin wäre es, zu den genannten Anspruchsvoraussetzungen näher vorzutragen. Zu berücksichtigen ist, dass der Arbeitsplatz im Labor bereits besetzt war.
- 21 c) Es bestand auch keine Pflicht zu einer Beschäftigung der Klägerin im Labor ab dem 1. Januar 2006. Zwischen den Parteien steht nur die Unwirksamkeit der Beendigungskündigung vom 28. Juni 2005 rechtskräftig fest. Die Begründung des

Landesarbeitsgerichts, der Beklagten habe eine ordentliche Änderungskündigung verbunden mit dem Angebot einer Versetzung obliegen, erwächst nicht in Rechtskraft, § 322 Abs. 1 ZPO. Gegen diese Begründung bestehen freilich durchgreifende Bedenken: Das Landesarbeitsgericht hätte von dem Kündigungszeitpunkt ausgehen und eine Rückschau bis zum 6. Juni 2005 vornehmen müssen. Die Einbeziehung des Zeitraums bis März 2005 und Dezember 2004 ist rechtsfehlerhaft. Unabhängig davon, ob die Klägerin die Hilfstätigkeit im Labor abgelehnt hatte, kann der Beklagten kein Vorwurf (Verstoß gegen Treu und Glauben, widersprüchliches oder unredliches Verhalten, Fahrlässigkeit) gemacht werden, den Arbeitsplatz im März 2005 anderweitig besetzt zu haben; denn die Rückkehr der Klägerin war zu diesem Zeitpunkt nicht absehbar. Die Klägerin hat nicht einmal geltend gemacht, sie selbst sei schutzbedürftiger gewesen als der von der Beklagten bevorzugte Arbeitnehmer.

- 22 d) Die Höhe eines etwaigen Schadensersatzanspruchs richtet sich nicht nach der arbeitsvertraglichen Vergütungsvereinbarung der Parteien, sondern nach der Vergütung für die pflichtwidrig unterbliebene Beschäftigung.

Müller-Glöge

Mikosch

Laux

Heel

Rolf Steinmann