

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 251/10
8 Sa 1395/09
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. August 2011

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Anschlussberufungsbeklagter und
Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. August 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 Zoller und die ehrenamtliche Richterin Röth-Ehrmann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 11. Februar 2010 - 8 Sa 1395/09 - aufgehoben, soweit es der Berufung des Klägers gegen das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 13. Mai 2009 - 6 Ca 2276/07 - stattgegeben hat, und die Berufung des Klägers zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- | | |
|---|---|
| Die Parteien streiten über Annahmeverzugsansprüche für die Zeit vom 11. August bis zum 31. Dezember 2007. | 1 |
| Der Kläger war seit 1996 als Verpackungsentwickler bei der Beklagten zu einer Monatsvergütung von zuletzt 5.200,00 Euro brutto beschäftigt. Dem Kläger war ein Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen. | 2 |
| Mit Schreiben vom 15. Mai 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2006 wegen der Alkoholerkrankung des Klägers. Das Arbeitsgericht stellte mit Urteil vom 5. Juni 2007 die Unwirksamkeit der Kündigung fest und verurteilte die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers als Verpackungsentwickler zu unveränderten Bedingungen. | 3 |

Nachdem der Kläger mit Schriftsatz vom 24. Juli 2007 die Zwangsvollstreckung aus dem Weiterbeschäftigungstitel beantragt hatte, teilte ihm die Beklagte mit Schreiben vom 2. August 2007 mit:

4

„Sehr geehrter Herr H,
das Arbeitsgericht Bielefeld hat mit Urteil vom 5.6.2007 festgestellt, dass die von uns ausgesprochene Kündigung unwirksam ist. Gleichzeitig wurden wir verurteilt, Sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens weiterzubeschäftigen.
Sie haben inzwischen durch ihren Anwalt Vollstreckungsmaßnahmen angedroht.
Ausschließlich zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung sind wir bereit, Sie urteilsgemäß tatsächlich weiterzubeschäftigen. Die Weiterbeschäftigung erfolgt nur bis zum Tage der Entscheidung des LAG, da wir davon ausgehen, dass die Entscheidung des Arbeitsgerichts Bielefeld aufgehoben wird.
Die Vergütung erfolgt ausschließlich nach den arbeitsrechtlichen Regeln der erzwungenen Weiterbeschäftigung.
Wir fordern Sie hiermit auf, am 07.08.2007 um 10:00 Uhr bei Herrn Dr. S zu erscheinen. Er wird Ihnen dann Ihren Arbeitsplatz zuweisen.“

Daraufhin erklärte der Kläger mit Schriftsatz vom 6. August 2007 den Zwangsgeldantrag für erledigt. Mit Faxschreiben vom 7. August 2007 teilte er der Beklagten mit, er werde an diesem Tag nicht um 10:00 Uhr erscheinen, um sich seinen Arbeitsplatz zuweisen zu lassen. Mit Schriftsatz vom 20. August 2007 ließ er vortragen, er sei zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses arbeitswillig, aber - unstreitig - vom 2. bis zum 10. August 2007 arbeitsunfähig krank gewesen. Die Arbeit nahm er nicht auf.

5

Mit Schreiben vom 28. August 2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich krankheitsbedingt zum 31. Dezember 2007. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage.

6

Das Landesarbeitsgericht wies durch Urteil vom 29. Januar 2008 die
Berufung der Beklagten hinsichtlich des Kündigungsschutzantrags betreffend
die Kündigung vom 15. Mai 2006 zurück und gab ihr hinsichtlich des Weiterbe-
schäftigungsantrags statt. 7

Das Arbeitsgericht stellte mit Teilurteil vom 21. Mai 2008 die Unwirk-
samkeit der Kündigung vom 28. August 2007 fest und verurteilte die Beklagte
erneut zur vorläufigen Weiterbeschäftigung und zur Zahlung restlicher Vergü-
tung. Am Ende des Kammertermins vor dem Arbeitsgericht am 21. Mai 2008
forderte die Beklagte den Kläger zur Weiterarbeit auf. Daraufhin berief sich der
Kläger erstmals auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen rückständiger Vergütung.
Die Beklagte legte nur hinsichtlich der Zahlungsansprüche Berufung ein. Der
Kläger nahm die Arbeit wiederum nicht auf und kündigte selbst das Arbeitsver-
hältnis zum 30. Juni 2010. 8

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe sich im An-
nahmeverzug befunden. Die Wiederaufnahme der Arbeit sei nicht zumutbar
gewesen. 9

Der Kläger hat - soweit in der Revision von Interesse - beantragt, 10
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 25.327,22 Euro brutto
abzüglich erhaltenen Arbeitslosengelds iHv. 9.909,58 Euro
nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und Leistungsunwilligkeit 11
des Klägers eingewandt. Im Übrigen habe er durch die Nichtaufnahme der Ar-
beit böswillig seine Erwerbsobliegenheit verletzt.

Das Arbeitsgericht hat die Zahlungsklage für den noch streitigen Zeit- 12
raum abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihr auf die Berufung des
Klägers stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision
begehrt die Beklagte die Zurückweisung der Berufung des Klägers.

Entscheidungsgründe

- Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers zu Unrecht stattgegeben. Das Arbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Kläger für die Zeit vom 11. August bis zum 31. Dezember 2007 keine Zahlungen beanspruchen kann. 13
- I. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung von Vergütung gemäß § 615 Satz 1 iVm. § 611 Abs. 1 BGB. Die Beklagte befand sich nicht im Annahmeverzug, denn der Kläger war in der streitbefangenen Zeit nicht leistungswillig, § 297 BGB. 14
1. Die in § 297 BGB nicht ausdrücklich genannte Voraussetzung der Leistungswilligkeit folgt daraus, dass ein leistungsunwilliger Arbeitnehmer sich selbst außer Stande setzt, die Arbeitsleistung zu bewirken. Der subjektive Leistungswille ist eine von dem Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Verzugszeitraums vorliegen muss (*vgl. BAG 24. September 2003 - 5 AZR 591/02 - zu B I der Gründe, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 5; 19. Mai 2004 - 5 AZR 434/03 - AP BGB § 615 Nr. 108 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 6*). 15
2. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist der Anwendungsbereich des § 297 BGB nicht auf den Fall beschränkt, in dem der Arbeitnehmer bereits vor einer Kündigung leistungsunwillig war. Die Nichtaufnahme einer vom Arbeitgeber angebotenen Beschäftigung kann nicht nur zur Anrechnung böswillig nicht erzielten Verdienstes gemäß § 615 Satz 2 BGB, § 11 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG führen. Vielmehr kann sie den Annahmeverzug des Arbeitgebers gänzlich entfallen lassen (*BAG 13. Juli 2005 - 5 AZR 578/04 - BAGE 115, 216; MünchKommBGB/Henssler 5. Aufl. § 615 Rn. 42; ErfK/Preis 11. Aufl. § 615 BGB Rn. 47; aA Boemke JuS 2006, 287, 288; KR/Spilger 9. Aufl. § 11 KSchG Rn. 24*). Die vom Landesarbeitsgericht angenommene Eingrenzung lässt sich weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des § 297 BGB entnehmen. § 297 BGB bestimmt schlicht, dass der Gläubiger dann nicht in 16

Verzug kommt, wenn der Schuldner außerstande ist (oder sich außerstande gesetzt hat), die Leistung zu bewirken. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Kündigung seitens des Gläubigers ausgesprochen worden ist oder nicht. § 297 BGB lässt den Annahmeverzug im Fall der Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers entfallen und ist auch in diesem Anwendungsbereich nicht auf die Leistungsunfähigkeit vor einer Kündigung beschränkt. Der Rückschluss auf einen fehlenden Leistungswillen anlässlich der Nichtaufnahme einer vom Arbeitgeber angebotenen Arbeit lässt den Anwendungsbereich der § 615 Satz 2 BGB, § 11 Nr. 2 KSchG nicht entfallen. Er ist nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer ein Angebot des Arbeitgebers ablehnt, das trotz Aufrechterhaltung der Kündigung auf eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen gerichtet und dessen Annahme auch sonst zumutbar ist. Bei einer reinen Anrechnung bleibt es hingegen, wenn entweder das böswillige Unterlassen eines Zwischenerwerbs bei einem anderen Arbeitgeber oder als Selbständiger in Rede steht oder die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste in Verzug befindet (*BAG 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 108, 27; 16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - BAGE 111, 123*) und dieser eine zwar nicht vertragsgemäße, jedoch gleichwohl zumutbare Beschäftigung (*vgl. BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 16, BAGE 121, 133*) angeboten hat.

3. Der Arbeitgeber hat darzulegen und zu beweisen, dass der Arbeitnehmer zur Leistung objektiv außerstande oder subjektiv nicht zur Leistung bereit ist. Dies ergibt sich aus der Fassung des § 297 BGB (*zum fehlenden Leistungswillen, BAG 6. November 1986 - 2 AZR 744/85 - zu II 3 a der Gründe, RzK I 13b Nr. 4; zum Unvermögen, 23. Januar 2008 - 5 AZR 393/07 - Rn. 13, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 22; 5. November 2003 - 5 AZR 562/02 - zu I 2 a der Gründe, AP BGB § 615 Nr. 106 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 2*). Der Leistungswille ist eine innere Tatsache. Dass eine Partei eine innere Tatsache zu beweisen hat und die Führung dieses Beweises Schwierigkeiten bereitet, führt nicht zur Beweislastumkehr, sondern zur Modifizierung der Darlegungslast. Wendet der Arbeitgeber fehlenden Leistungswillen des Arbeitnehmers im Annahmeverzugszeitraum ein, reicht es aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen hierauf

17

geschlossen werden kann. In Betracht kommt insbesondere die Nichtaufnahme der Arbeit nach erfolgreichem Betreiben der Zwangsvollstreckung aus einem Weiterbeschäftigungstitel. Hat der Arbeitgeber solche Indizien vorgetragen oder sind sie unstreitig, ist es Sache des Arbeitnehmers, diese Indizwirkung zu erschüttern. Trägt er dazu nichts vor, gilt die Behauptung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer sei während des Verzugszeitraums leistungsunwillig gewesen, gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (*vgl. BAG 5. November 2003 - 5 AZR 562/02 - aaO*).

4. Das Landesarbeitsgericht hat offen gelassen, ob der Kläger im Klagezeitraum leistungswillig war. Doch belegen bereits die unstreitigen Tatsachen, dass der Leistungswille des Klägers fehlte. 18

a) Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 5. Juni 2007 die Unwirksamkeit der Kündigung vom 15. Mai 2006 festgestellt und auf Antrag des Klägers die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers als Verpackungsentwickler zu unveränderten Bedingungen verurteilt. Nachdem der Kläger mit Schriftsatz vom 24. Juli 2007 die Zwangsvollstreckung aus dem Weiterbeschäftigungstitel beantragt hatte, erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 2. August 2007 ihre Bereitschaft, den Kläger „urteilsgemäß“ zu beschäftigen, und forderte ihn zur Arbeitsaufnahme auf. Mit Faxschreiben vom 7. August 2007 teilte der Kläger der Beklagten jedoch ohne nähere Begründung mit, er werde an diesem Tag nicht erscheinen, um sich seinen Arbeitsplatz zuweisen zu lassen. 19

Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, beinhaltete das Angebot der Beklagten eine tatsächliche Weiterbeschäftigung als Verpackungsentwickler bei unveränderten Bedingungen. Dieses Angebot war dem Kläger schon deshalb zumutbar, weil er durch die Erwirkung des Titels sowie die eingeleitete Zwangsvollstreckung selbst die Zumutbarkeit einer „urteilsgemäßen“ Weiterbeschäftigung zu erkennen gegeben hatte. Angesichts der eingeleiteten Zwangsvollstreckung aus dem erstrittenen Weiterbeschäftigungstitel hätte der Kläger konkret begründen müssen, warum ihm die Weiterbeschäftigung nicht mehr zumutbar war (*vgl. BAG 24. September 2003 - 5 AZR* 20

500/02 - zu II 3 b cc der Gründe, BAGE 108, 27). An der Bereitschaft der Beklagten zur urteilsgemäßen Beschäftigung hatte - seinerzeit - offenbar auch der Kläger keine Zweifel. Ansonsten hätte er nicht erklärt, dass sich der Zwangsgeldantrag durch das Schreiben der Beklagten vom 2. August 2007 „erledigt“ habe und der zunächst zulässige und begründete Vollstreckungsantrag unbegründet geworden sei, weil die Beklagte begonnen habe, das Weiterbeschäftigungsurteil „zu achten“. Der Kläger ist dem Angebot nicht nachgekommen.

b) Der Kläger hat keine Umstände vorgetragen, die die Indizwirkung der genannten Tatsachen erschüttern. 21

aa) Der Kläger war zwar am 7. August 2007 arbeitsunfähig. Jedoch hat er diesen vorübergehenden Hinderungsgrund zunächst gar nicht benannt und auch mit Schriftsatz vom 20. August 2007 nur erklären lassen, dass er zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses arbeitswillig, vom 2. bis zum 10. August 2007 arbeitsunfähig gewesen sei. Anstalten zu einer Arbeitsaufnahme hat er trotz zwischenzeitlicher Genesung weiterhin nicht gemacht, obwohl das Angebot der Beklagten zeitlich unbefristet war. 22

bb) Der Leistungswille ist nicht zu einem späteren Zeitpunkt wieder eingetreten. Der Kläger hat keine Tatsachen vorgetragen, welche den Schluss zuließen, dass er nach Ablehnung des Weiterbeschäftigungsangebots seinen Leistungswillen zu einem späteren Zeitpunkt vor Ablauf des 31. Dezember 2007 wiederhergestellt habe (vgl. BAG 13. Juli 2005 - 5 AZR 578/04 - BAGE 115, 216). Es ist nicht erkennbar, dass die im Laufe des Rechtsstreits zur Unzumutbarkeit der Tätigkeit nachgeschobenen Gründe im Zusammenhang mit seinem Leistungswillen im Klagezeitraum standen. 23

(1) Der Kläger hat nicht vorgetragen, dass er die angebotene Beschäftigung wegen der Einstellung eines weiteren Verpackungsentwicklers nicht aufgenommen habe. Der Kläger hat weder dargelegt, wann er von der „Doppelbesetzung“ Kenntnis erlangte, noch dass er im Klagezeitraum überhaupt von seiner Versetzung iSd. § 95 Abs. 3 BetrVG ausgehen musste und die Weiter- 24

beschäftigung ohne Beteiligung des Betriebsrats gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG für unzumutbar erachtet hatte. Zwar handelt der Arbeitnehmer nicht böswillig iSv. § 11 Nr. 2 KSchG, wenn er einer ohne Beteiligung des Betriebsrats ausgesprochenen Versetzung keine Folge leistet (vgl. BAG 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - zu B I 2 c cc der Gründe, AP BGB § 615 Nr. 98 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 1). Jedoch hat der Kläger diesen angeblichen Unzumutbarkeitsgrund erst im Verlauf des Rechtsstreits über die Annahmeverzugsvergütung nachgeschoben. Von einer fehlenden Zustimmung des Betriebsrats zu einer geplanten Versetzung ist in keinem bis zum 31. Dezember 2007 eingereichten Schriftsatz des Klägers die Rede. Hätte der Kläger damals angenommen, dass seiner Weiterbeschäftigung irgendwelche Hinderungsgründe „aus der Sphäre der Beklagten“ entgegenstünden, wäre auch kein Raum für eine Erledigungserklärung gewesen. Zudem konnte der Kläger nicht davon ausgehen, dass er überhaupt versetzt oder vertragswidrig habe beschäftigt werden sollen.

(2) Der Ausspruch der Folgekündigung vom 28. August 2007 belegt keine 25
Wiederherstellung des Leistungswillens des Klägers. Im Übrigen galt das Angebot der Beklagten trotz des Ausspruchs der Folgekündigung für den Streitzeitraum, dh. bis zum 31. Dezember 2007, fort. Der Leistungswille des Klägers wurde auch nicht durch die Kündigungsschutzklage ersetzt. Ohne den ernstlichen Willen des Arbeitnehmers, die angebotene Leistung zu erbringen, sind tatsächliche und wörtliche Angebote unbeachtlich (vgl. BAG 19. Mai 2004 - 5 AZR 434/03 - AP BGB § 615 Nr. 108 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 6).

II. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entschädigung für die entgangene 26
private Nutzung eines Dienstfahrzeugs. Ohne Vergütungsanspruch bestand auch kein Anspruch auf Überlassung des Dienstfahrzeugs zur privaten Nutzung (vgl. BAG 11. Oktober 2000 - 5 AZR 240/99 - zu A II 1 b der Gründe, BAGE 96, 34; 14. Dezember 2010 - 9 AZR 631/09 - Rn. 14, NZA 2011, 569).

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 und § 91 Abs. 1 ZPO. 27

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Zoller

S. Röth-Ehrmann