

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 21. Oktober 2015
- 5 AZR 843/14 -
ECLI:DE:BAG:2015:211015.U.5AZR843.14.0

I. Arbeitsgericht Berlin

Teilurteil vom 29. November 2013
- 31 Ca 4554/13 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 29. Oktober 2014
- 17 Sa 285/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Unvermögen

Bestimmungen:

BGB §§ 293 ff., 297, 611 Abs. 1, § 615 Satz 1; ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2

Leitsatz:

Ein vom Auftraggeber oder Kunden unter Berufung auf vertragliche Pflichten an den Arbeitgeber gerichtetes Verbot, einen bestimmten Arbeitnehmer einzusetzen, begründet grundsätzlich kein Unvermögen (§ 297 *BGB*) dieses Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung zu erbringen.

BUNDESGERICHTSHOF



5 AZR 843/14
17 Sa 285/14
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Oktober 2015

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 2015 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl,

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtlichen Richter Feldmeier und Rehwald für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 29. Oktober 2014 - 17 Sa 285/14 - in seiner Ziff. I.3. aufgehoben und die Berufung des Klägers gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 29. November 2013 - 31 Ca 4554/13 - auch insoweit zurückgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 29. Oktober 2014 - 17 Sa 285/14 - zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass die in Ziff. I.2. zugesprochenen Zinsen erst ab dem jeweils 16. der genannten Monate zu zahlen sind.
3. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger zu 24 % und die Beklagte zu 76 %, die des Berufungsverfahrens der Kläger zu 9 % und die Beklagte zu 91 % sowie des Revisionsverfahrens der Kläger zu 2 % und die Beklagte zu 98 % zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs. 1

Der Kläger ist seit 2005 als Fluggastkontrolleur/Sicherheitsmitarbeiter 2
bei der Beklagten beschäftigt und wird auf dem Flughafen B eingesetzt. Sein
Bruttostundenlohn betrug zuletzt 11,88 Euro bzw. - ab 1. Januar
2013 - 12,25 Euro. Bei seiner Tätigkeit nimmt der Kläger zugleich als Beliehe-
ner Aufgaben nach § 5 Abs. 1 bis Abs. 4 Luftsicherheitsgesetz vom 11. Januar
2005 (LuftSiG) wahr (sog. Luftsicherheitsassistent).

Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsvertrag vom 3
24. Januar 2005, in dem es ua. heißt:

„§ 16 Beschäftigungsvoraussetzung

16.1 Der Mitarbeiter ist verpflichtet, Aufgaben gemäß § 29c des LuftSiG wahrzunehmen. Voraussetzung für die Erledigung dieser Tätigkeit ist eine Beleihung durch das Bundesministerium des Inneren bzw. die zuständige Fachbehörde. Der Mitarbeiter stimmt einer solchen Bestellung zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben ausdrücklich zu. Im Rahmen der Bestellung unterliegt er neben dem Weisungsrecht durch die Vorgesetzten auch der Aufsicht des Bundesministeriums des Inneren bzw. der zuständigen Fachbehörde.

16.2 Dem Mitarbeiter ist bekannt, dass eine Beschäftigungsmöglichkeit besteht, so lange die Beleihung nicht zurückgenommen bzw. widerrufen ist. Die Beleihung kann durch das Bundesministerium des Inneren bzw. die zuständige Fachbehörde zurückgenommen oder widerrufen werden, wenn

- nachträglich Umstände bekannt werden, bei deren Kenntnis eine Bestellung nicht vorgenommen wäre,
- die geforderten Voraussetzungen für die Bestellung in der Person des Mitarbeiters weggefallen sind oder wegfallen,
- Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass der Mitarbeiter für die Aufgabenstellung ungeeignet ist.

16.3 Wird die Beleihung durch das Bundesministerium des Inneren bzw. die zuständige Fachbehörde zurückgenommen oder widerrufen, ist S berechtigt, das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen.“

Nachdem der Kläger von einer Kollegin beschuldigt worden war, im Dienst Straftaten begangen zu haben, wandte sich die Bundespolizeidirektion Berlin mit Schreiben vom 29. Juni 2012 an die Beklagte und teilte ihr ua. mit:

„Unbeachtlich Ihrer eigenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen ist Herr W mit sofortiger Wirkung gemäß § 9 Abs. 1 des geltenden Überbrückungsvertrags vom 12. März 2012 i.V.m. der Anlage 1 zum Leistungsverzeichnis (Richtlinien über die Anforderungen an LuftAss zum Vollzug des § 5 LuftSiG auf deutschen Flughäfen) bis auf Weiteres nicht mehr als LuftAss einzusetzen.“

Unter Verweis auf dieses Schreiben und § 16 Arbeitsvertrag suspendierte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 29. Juni 2012 „bis auf Weiteres“.

res“ vom Dienst. Nach Gewährung von Urlaub stellte sie ab August 2012 die Gehaltszahlung ein.

Die Gemeinsame Obere Luftfahrtbehörde Berlin-Brandenburg ordnete, sofort vollziehbar, mit Bescheid vom 2. Juli 2012 eine Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 7 LuftSiG an und versagte dem Kläger den Zugang zu den nicht allgemein zugänglichen Bereichen der Berliner Verkehrsflughäfen. Dagegen legte der Kläger Widerspruch ein. Auf seinen Antrag stellte das Verwaltungsgericht Potsdam mit Beschluss vom 6. August 2012 (- VG 10 L 377/12 -) die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wieder her. Dies teilte der Kläger noch am selben Tag der Beklagten mit und forderte sie auf, ihn wieder zu beschäftigen. Das lehnte die Beklagte ab.

Die gegen den Kläger geführten strafrechtlichen Ermittlungen stellte die Staatsanwaltschaft gemäß § 170 Abs. 2 StPO ein. Die Bundespolizeidirektion Berlin hob mit Schreiben an die Beklagte vom 26. Juli 2013 „den angeordneten Nichteinsatz als LuftAss“ mit sofortiger Wirkung auf. Seit dem 10. August 2013 wird der Kläger wieder an seinem alten Arbeitsplatz beschäftigt.

Nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung mit Schreiben vom 30. November 2012 hat der Kläger mit der am 27. März 2013 eingereichten Klage - soweit für die Revision von Belang - Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 7. August 2012 bis zum 31. Juli 2013 verlangt. Die Beklagte habe sich im Annahmeverzug befunden. Nach Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid der Gemeinsamen Oberen Luftfahrtbehörde Berlin-Brandenburg habe er die geschuldete Tätigkeit wieder ausüben dürfen und können. Das Verlangen der Bundespolizeidirektion Berlin gegenüber der Beklagten, ihn nicht als Luftsicherheitsassistenten einzusetzen, sei kein Beschäftigungsverbot und führe nicht zu einem Unvermögen iSv. § 297 BGB. Zumindest habe die Beklagte es pflichtwidrig unterlassen, nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bei der Bundespolizeidirektion eine Aufhebung der Anordnung zu erwirken. Für den Annahmeverzugszeitraum schulde die Beklagte Vergütung entsprechend den von ihr für den Kläger geplanten Einsätzen, eine Gratifikation von monatlich 100,00 Euro brutto

und Zeitgutschriften auf dem Arbeitszeitkonto, das nach dem (Haus-)Tarifvertrag zur Beschäftigungssicherung vom 10. Februar 2012 (im Folgenden TV BS) für ihn geführt werde.

Der Kläger hat zuletzt - soweit für die Revision von Belang - sinngemäß beantragt, 9

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 26.620,80 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach bestimmter Staffelung zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 1.300,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach bestimmter Staffelung zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, seinem Arbeitszeitkonto 48 Stunden gutzuschreiben.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, sie habe sich nicht im Annahmeverzug befunden, weil der Kläger aufgrund der Anweisung der Bundespolizeidirektion nicht als Luftsicherheitsassistent habe eingesetzt werden dürfen. Das Risiko eines solchen Verbots müsse sie nicht tragen. Eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit habe nicht bestanden. 10

Das Arbeitsgericht hat die Klage - soweit sie in die Revisionsinstanz gelangt ist - durch Teilurteil abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist im Wesentlichen unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht erkannt, dass sich die Beklagte im Streitzeitraum 7. August 2012 bis 31. Juli 2013 im Annahmeverzug befunden hat. Doch ist die Klage auf Zeitgutschrift unzulässig. 12

- I. Die Klage auf Zeitgutschrift ist mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig. 13
1. Der Antrag, einem Arbeitszeitkonto Stunden „gutzuschreiben“, ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer ein Zeitkonto führt, auf dem zu erfassende Arbeitszeiten nicht aufgenommen wurden und noch gutgeschrieben werden können, und das Leistungsbegehren konkretisiert, an welcher Stelle des Arbeitszeitkontos die Gutschrift erfolgen soll (*BAG 19. März 2014 - 5 AZR 954/12 - Rn. 10 mwN*). 14
2. Diesen Anforderungen genügt der Klageantrag zu 3. nicht. Das Vorbringen des Klägers lässt nicht erkennen, wie das Arbeitszeitkonto gestaltet ist und an welcher Buchungsstelle die Gutschrift vorgenommen werden soll. 15
- Soweit der Kläger auf den rechtlichen Hinweis des Senats mit Schriftsatz vom 8. Oktober 2015 vorbringt, das von der Beklagten für den Kläger geführte Arbeitszeitkonto weise „keine Differenzierungen hinsichtlich etwaiger Buchungsspalten“ auf, handelt es sich um neuen Sachvortrag in der Revisionsinstanz, der nach § 559 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden kann. Zudem muss ein „Konto“ per definitionem mindestens zwei Spalten haben, in denen Soll und Haben festgehalten werden. 16
3. Der Senat braucht deshalb nicht zu entscheiden, ob es eine in der Revisionsinstanz nach § 559 Abs. 1 ZPO grundsätzlich unzulässige Klageänderung (*vgl. hierzu BAG 22. Oktober 2014 - 5 AZR 731/12 - Rn. 36 mwN, BAGE 149, 343*) ist, wenn der Kläger sich nunmehr erstmals auf ein Arbeitszeitkonto nach einer Betriebsvereinbarung vom 26. Februar 2014 (BV) beruft, während er in den Vorinstanzen den Antrag auf Zeitgutschrift auf ein Arbeitszeitkonto nach dem TV BS gestützt hat. Ebenso kann offenbleiben, ob „Gutstunden“ aus dem Annahmeverzugszeitraum noch auf dem jetzigen Arbeitszeitkonto gebucht werden könnten, obwohl § 2 Nr. 5 BV eine Auszahlung des Zeitguthabens am Jahresende vorsieht. 17
- II. Im Übrigen ist die Klage zulässig und begründet. Der Kläger hat nach § 615 Satz 1 BGB iVm. § 611 Abs. 1 BGB Anspruch auf die Vergütung, die er 18

erhalten hätte, wenn die Beklagte im Streitzeitraum seine Arbeitsleistung angenommen hätte. Denn die Beklagte befand sich im Annahmeverzug.

1. Der Arbeitgeber kommt gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug, wenn er im erfüllbaren Arbeitsverhältnis (*zum rückwirkend begründeten vgl. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 22 f.*) die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, § 294 BGB (*BAG 25. Februar 2015 - 1 AZR 642/13 - Rn. 41; 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 41*). Ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) genügt, wenn der Arbeitgeber ihm erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen (*BAG 25. Februar 2015 - 1 AZR 642/13 - Rn. 41; 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 41*). Streiten die Parteien über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses, genügt ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers. Dieses kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses protestiert und/oder eine Bestandsschutzklage einreicht (*BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 22*). Lediglich für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon ausgegangen, ein Angebot der Arbeitsleistung sei regelmäßig nach § 296 BGB entbehrlich (*BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 14, BAGE 141, 34; 19. September 2012 - 5 AZR 627/11 - Rn. 28, BAGE 143, 119; 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 22*). Zudem kann ein Angebot der Arbeitsleistung ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn offenkundig ist, dass der Arbeitgeber auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt (*BAG 16. April 2013 - 9 AZR 554/11 - Rn. 17; 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 22 mwN, BAGE 149, 144; BGH 9. Oktober 2000 - II ZR 75/99 - zu 1 der Gründe*), insbesondere er durch einseitige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit auf das Angebot der Arbeitsleistung verzichtet hat (*BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 25; 26. Juni 2013 - 5 AZR 432/12 - Rn. 18*).

- Der Kläger hat der Beklagten nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Potsdam seine Arbeitsleistung wörtlich angeboten. 20
2. Der Annahmeverzug der Beklagten ist nicht gemäß § 297 BGB ausgeschlossen. 21
- a) Nach dieser Vorschrift kommt der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die Arbeitsleistung zu bewirken. Die Leistungsfähigkeit ist - neben dem Leistungswillen - eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen muss (*BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 16, BAGE 141, 34; 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 17, BAGE 149, 144*). Das gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freigestellt worden ist. Deren Aufhebung bedeutet zwar einen Verzicht des Arbeitgebers auf das Angebot der Arbeitsleistung. Jedoch muss der Arbeitnehmer zur Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung fähig sein, ein Absehen von den Erfordernissen des § 297 BGB bedarf der ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien (*BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 130/12 - Rn. 26 mwN*). 22
- Unerheblich ist die Ursache für die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Das Unvermögen kann auf tatsächlichen Umständen (wie zB Arbeitsunfähigkeit) beruhen oder ihre Ursache im Rechtlichen haben, etwa wenn ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht (*zu den Anforderungen hierfür BAG 18. März 2009 - 5 AZR 192/08 - Rn. 15, BAGE 130, 29*) oder eine erforderliche Erlaubnis für das Ausüben der geschuldeten Tätigkeit fehlt (*BAG 6. März 1974 - 5 AZR 313/73 - zu I 1 der Gründe - Wegfall der Erlaubnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs; 18. Dezember 1986 - 2 AZR 34/86 - zu B II 2 der Gründe - Entzug der Fahrerlaubnis eines als Auslieferungsfahrer beschäftigten Arbeitnehmers; 15. Juni 2004 - 9 AZR 483/03 - zu I 2 der Gründe, BAGE 111, 97 - fehlende bergrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung; 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - Rn. 27 ff. - Entzug der missio canonica einer Gemeindefere-
rentin; 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 17 - Entzug der Ermächtigung zum Umgang mit Verschlusssachen nach SÜG; 23. September 2015 - 5 AZR* 23

146/14 - Rn. 15 ff. - Entzug der für eine Tätigkeit bei den US-Streitkräften erforderlichen Einsatzgenehmigung; siehe auch die Beispiele bei MüKoBGB/Henssler 6. Aufl. § 615 Rn. 30; HWK/Krause 6. Aufl. § 615 BGB Rn. 55).

b) Nach diesen Grundsätzen war dem Kläger die Erbringung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit als Fluggastkontrolleur/Sicherheitsmitarbeiter weder tatsächlich noch rechtlich unmöglich. 24

aa) Im Tatsächlichen setzt die Ausübung der Tätigkeit in der Fluggastkontrolle voraus, dass der Kläger die sicherheitsrelevanten Bereiche des Flughafens B im Streitzeitraum betreten durfte, um an seinen Arbeitsplatz zu gelangen. Das war nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Potsdam vom 6. August 2012, mit der gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Klägers gegen den Bescheid der Gemeinsamen Oberen Luftfahrtbehörde Berlin-Brandenburg vom 2. Juli 2012 wiederhergestellt wurde, der Fall. 25

bb) In rechtlicher Hinsicht erfordert die Ausübung der vom Kläger geschuldeten (und damit iSv. § 294 BGB zu bewirkenden) Arbeitsleistung - wie in § 16 Arbeitsvertrag festgehalten - eine Beleihung als Luftsicherheitsassistent. Auch daran fehlte es im Streitzeitraum nicht. Weder die Obere Luftfahrtbehörde noch die Bundespolizei haben von der Möglichkeit des Widerrufs der Beleihung nach § 5 Abs. 5 Satz 2 LuftSiG Gebrauch gemacht. 26

Des Weiteren darf ein als Beliehener eingesetzter Arbeitnehmer seine Tätigkeit nur mit einer abgeschlossenen Zuverlässigkeitsprüfung, bei der keine Zweifel an der Zuverlässigkeit des Betroffenen verblieben sind, aufnehmen, § 7 Abs. 6 LuftSiG. Diese Voraussetzung erfüllte der Kläger. Die von der Oberen Luftfahrtbehörde Berlin-Brandenburg im Bescheid vom 2. Juli 2012 angeordnete Einleitung einer Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Luftsicherheits-Zuverlässigkeitsüberprüfungsverordnung (LuftSiZÜV) war lediglich eine Verfahrenshandlung, die zu einer neuen Sachentscheidung hätte führen können (vgl. VG Potsdam 6. August 2012 - VG 10 L 377/12 -). Dass die Überprüfung - noch dazu im Streitzeitraum - mit der Aufhebung der Feststellung der 27

Zuverlässigkeit (§ 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 LuftSiZÜV) endete, hat die Beklagte nicht behauptet. Davon ist auch nicht auszugehen, nachdem die Beklagte den Kläger seit dem 10. August 2013 wieder an seinem alten Arbeitsplatz beschäftigt.

3. Das Schreiben der Bundespolizeidirektion Berlin vom 29. Juni 2012 war nicht geeignet, Unvermögen des Klägers iSv. § 297 BGB zu begründen. 28

a) Unbeschadet der Frage, ob die Bundespolizei nach § 4 Gesetz über die Bundespolizei (BPolG) überhaupt die Kompetenz dazu hätte, Beliehenen ohne Widerruf der Beleihung generell oder zumindest nach § 7 Abs. 2 LuftSiZÜV für die Dauer einer Zuverlässigkeitsüberprüfung den Zugang zu den nicht allgemein zugänglichen Bereichen eines Flughafens zu versagen, enthält das Schreiben vom 29. Juni 2012 kein derartiges Verbot und hinderte den Kläger im Streitzeitraum nicht, an seinen Arbeitsplatz zu gelangen. 29

b) Auch ein zum rechtlichen Unvermögen des Klägers führendes Beschäftigungsverbot enthält die Maßnahme der Bundespolizeidirektion Berlin nicht. 30

aa) Ebenso wie das gesetzliche Beschäftigungsverbot (*hierzu BAG 18. März 2009 - 5 AZR 192/08 - Rn. 15, BAGE 130, 29*) muss ein rechtliches Unvermögen begründendes behördliches Beschäftigungsverbot diese Rechtsfolge klar und deutlich zum Ausdruck bringen. Es muss sich zudem um eine hoheitliche Maßnahme handeln, die dem betroffenen Arbeitnehmer förmlich bekannt gegeben wird (*vgl. § 41 Abs. 1 VwVfG*) und ihm die von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verbürgte Möglichkeit einräumt, gegen das Beschäftigungsverbot den Rechtsweg zu beschreiten, sofern nicht Völkerrecht entgegensteht (*vgl. BAG 23. September 2015 - 5 AZR 146/14 - Rn. 17*). 31

bb) Dem genügt das nur an die Beklagte gerichtete „Einsatzverbot“ der Bundespolizeidirektion Berlin nicht. Es verbietet nicht dem Kläger die Ausübung der Tätigkeit eines Luftsicherheitsassistenten, sondern der Beklagten den Einsatz des Klägers als solchen. Die Behörde trifft keine Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts 32

(§ 35 Satz 1 VwVfG), sondern beruft sich als Auftraggeberin auf vertragliche Grundlagen, die sie und die Beklagte verbinden. Dementsprechend richtet sich die Maßnahme nicht unmittelbar gegen den Kläger und eröffnet ihm nicht den Rechtsweg.

c) Ein vom Auftraggeber oder Kunden unter Berufung auf vertragliche Pflichten an den Arbeitgeber gerichtetes Verbot, einen bestimmten Arbeitnehmer einzusetzen, begründet grundsätzlich kein Unvermögen (§ 297 BGB) dieses Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung zu erbringen. Kann in einem solchen Falle der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht weiterhin mit der zugewiesenen Tätigkeit beschäftigen und hat auch keine andere Einsatzmöglichkeit für ihn, schließt dies Annahmeverzug nur unter der Voraussetzung der Unzumutbarkeit der Annahme der Arbeitsleistung aus. 33

Der Arbeitgeber kommt trotz Nichtannahme der Arbeitsleistung nicht in Annahmeverzug, wenn ihm nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens die Annahme der Arbeitsleistung unzumutbar ist (*st. Rspr. seit BAG GS 26. April 1956 - GS 1/56 - BAGE 3, 66; zuletzt BAG 16. April 2014 - 5 AZR 739/11 - Rn. 17 mwN*). 34

Der Beklagten war im Streitzeitraum die Annahme der Arbeitsleistung nicht unzumutbar. Der Kläger war Opfer einer Denunziation. Ein ungewöhnlich schwerer Verstoß gegen allgemeine Verhaltenspflichten (*zu einem solchen Fall BAG 16. April 2014 - 5 AZR 739/11 - Rn. 19*) kann ihm nicht zur Last gelegt werden. Die vertraglichen Grundlagen, auf die sich das „Einsatzverbot“ stützt, hat die Beklagte nicht offengelegt, so dass nicht überprüft werden kann, ob sie überhaupt in der von ihr reklamierten Weise gebunden war. Sie hat auch nicht dargelegt, welche Folgen sie befürchten musste, hätte sie sich dem Verlangen der Bundespolizeidirektion widersetzt. Außerdem hat die Beklagte nicht einmal versucht, ihren Auftraggeber umzustimmen, was zumindest auf die Mitteilung des Klägers vom 6. August 2012 hin veranlasst gewesen wäre. 35

4. Weil die Beklagte sich im Annahmeverzug befand, bedarf es keiner erneuten Entscheidung des Senats zu § 615 Satz 3 BGB (*vgl. BAG 23. September 2015 - 5 AZR 146/14 - Rn. 20 ff. mwN*). 36

5. Rechtsfolge des Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 BGB ist die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs (*st. Rspr., zuletzt BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 22 mwN*), der Arbeitnehmer hat trotz Nichtleistung der Arbeit Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Deren Höhe ist nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts für die Monate September 2012 bis Juli 2013 zwischen den Parteien nicht streitig. Gegen die Höhe der vom Landesarbeitsgericht dem Kläger für August 2012 zugesprochenen Vergütung führt die Beklagte keine Revisionsangriffe. 37
6. Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB stehen dem Kläger ab dem Tag nach Eintritt der Fälligkeit zu (*vgl. BAG 8. Oktober 2008 - 5 AZR 715/07 - Rn. 27 mwN*). Weil (auch) die Gratifikation nach § 10 Abs. 1 Satz 2, § 4 Abs. 5 TV BS am 15. des Folgemonats fällig wird, ist die Zinsentscheidung des Landesarbeitsgerichts in Ziff. I. 2. des Berufungsurteils entsprechend zu korrigieren. 38
- III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Sie umfasst die Kosten, die durch die vom Kläger zurückgenommene Berufung gegen das erstinstanzliche Schlussurteil entstanden sind. 39

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Feldmeier

R. Rehwald