

Aktenzeichen: 9 AZR 203/99
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 16. Mai 2000
- 9 AZR 203/99 -

I. Arbeitsgericht
Dessau

Urteil vom 29. Januar 1997
- 7 Ca 416/96 -

II. Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Urteil vom 12. August 1998
- 5 (3) Sa 188/97 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug - böswilliges Unterlassen

Gesetz:

BGB § 615 Satz 2; KSchG § 11 Nr. 2

Leitsätze:

Ein gekündigter Arbeitnehmer muß sich sog. hypothetischen Verdienst nur dann anrechnen lassen, wenn er böswillig anderweitigen Erwerb unterläßt. Um böswilliges Unterlassen handelt es sich, wenn der Arbeitnehmer grundlos zumutbare Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, daß ihm zumutbare Arbeit angeboten wird.

Auf eine unterlassene Meldung beim Arbeitsamt als Arbeitsuchender kommt es regelmäßig nicht an. Die Vorschriften über den Annahmeverzug begründen keine Obliegenheit des Arbeitnehmers, die Vermittlung der Bundesanstalt für Arbeit in Anspruch zu nehmen.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 203/99
5 (3) Sa 188/97
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Mai 2000

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Mai 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Leinemann, den Richter am Bundesarbeitsgerichts Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke, die ehrenamtlichen Richter Otto und Benrath für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 12. August 1998 5 (3) Sa 188/97 aufgehoben und der Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen !

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten zur Fortzahlung von Entgelt für Zeiten der Nichtbeschäftigung der Klägerin, insbesondere über eine Anrechnung von böswillig unterlassenem anderweitigen Erwerb.

Die im Jahr 1958 geborene Klägerin, schwerbehindert mit einem Grad von 90, war seit dem 1. Oktober 1991 in dem von der Beklagten betriebenen Alten- und Pflegeheim als Pflegedienstleiterin beschäftigt. Das monatliche Gehalt ist im schriftlichen Arbeitsvertrag mit „DM BAT Bund, TdL 4 b“ vereinbart und wurde bis April 1994 auf der Grundlage des BAT gezahlt.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin erstmals am 18. Mai 1994. Die von der Klägerin hiergegen erhobene Kündigungsschutzklage hatte Erfolg. Weitere Kündigungen der Beklagten führten nach den rechtskräftigen Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts ebenfalls nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, weil die für die Beklagte handelnde Geschäftsführerin nicht rechtswirksam bestellt worden und daher auch nicht kündigungsberechtigt gewesen sei. Die Beklagte lehnte eine Zahlung von Annahmeverzugslohn ab.

Die Klägerin hatte die Beklagte vor dem Arbeitsgericht zunächst für die Monate Mai bis Dezember 1994 auf Zahlung von 38.892,15 DM in Anspruch genommen. Hierauf zahlte die Beklagte nach BAT-O Vergütungsgruppe IV b 30.083,18 DM. Durch Urteil des Arbeitsgerichts vom 8. September 1995 wurde sie verurteilt, an die Klägerin den Unterschiedsbetrag zur Vergütung nach VergGr. IV b BAT von 8.778,97 DM zu zahlen. Die Klägerin ließ die von ihr über die Urteilssumme erwirkten Pfändungs- und

Überweisungsbeschlüsse zwei Kreditinstituten zustellen. Beide Institute überwiesen den angeforderten Betrag. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts über die Entgelte Mai bis Dezember 1994 durch rechtskräftiges Urteil vom 12. August 1998 abgeändert und die Klage abgewiesen. Ansprüche der Klägerin für die Zeit vom 19. Dezember 1995 bis 31. März 1997 macht die Klägerin in einem weiteren Verfahren vor dem erkennenden Senat geltend.

Im vorliegenden Verfahren hat die Klägerin für die Zeit vom 1. Januar bis 18. Dezember 1995 beim Arbeitsgericht Klage auf Zahlung von 63.265,17 DM brutto erhoben. Das Arbeitsgericht hat der Klage unter Abzug des zweimal überwiesenen Betrags von 8.778,97 DM in Höhe von 54.486,20 DM brutto stattgegeben. Gegen das Urteil hat nur die Beklagte Berufung eingelegt.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 54.486,20 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich ergebenden Nettobetrag seit 15. November 1996 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Klägerin habe böswillig unterlassen, anderweitigen Erwerb zu erzielen, weil sie sich nicht beim Arbeitsamt als arbeitssuchend gemeldet habe. Aufgrund der Arbeitsmarktlage auf dem Pflegesektor hätte sie andernfalls mit großer Wahrscheinlichkeit vermittelt werden können.

Demgegenüber hat die Klägerin geltend gemacht, aufgrund ihres Alters und ihrer Schwerbehinderung sei sie ohnehin nicht vermittelbar gewesen. Dennoch habe sie sich am 18. Oktober 1994 und nochmals am 21. April 1997 bei dem für ihren Wohnsitz zuständigen Arbeitsamt als arbeitssuchend gemeldet.

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts auf die Berufung der Beklagten abgeändert und die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Ansprüche der Klägerin auf Annahmeverzugslohn seien erloschen. Jeder entlassene Arbeitnehmer habe die „Minimal - Obliegenheit“, sich bei dem für ihn zuständigen Arbeitsamt als arbeitssuchend zu melden und diese Meldung wegen der auf drei Monate begrenzten Bearbeitungsdauer solcher Vermittlungsgesuche zeitgerecht zu wiederholen. Anderenfalls könne ihm - vom ersten Tag nach der Entlassung an - böswillig unterlassener Erwerb entgegengehalten werden. Der Arbeitnehmer habe dann darzulegen und zu beweisen, daß ihm das Arbeitsamt keine zumutbare Arbeit nachgewiesen hätte. Dieser Beweis sei der Klägerin nicht gelungen.

II. Mit dieser Begründung kann eine Klage auf Zahlung von Annahmeverzugslohn nicht abgewiesen werden.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß die Beklagte seit der ersten Kündigung am 18. Mai 1994 mit der Annahme der Dienste der Klägerin in Verzug war. Die Klägerin hat daher für den streitbefangenen Zeitraum einen Anspruch auf Zahlung der infolge der unterbliebenen Arbeitsleistung entgangenen vereinbarten Vergütung nach § 611 Abs. 1, § 615 Satz 1, §§ 293 ff. BGB, soweit nicht anderweitiger Verdienst iSv. § 615 Satz 2 BGB, § 11 KSchG anzurechnen ist.

2. Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ermöglichen dem Senat keine Beurteilung, ob die Ansprüche der Klägerin aufgrund Anrechnung erloschen sind.

a) Nach § 615 Satz 2 BGB muß sich der Arbeitnehmer auf den Annahmeverzugslohn den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Auch nach § 11 KSchG unterliegt das Arbeitsentgelt, das der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Zeit nach der Entlassung schuldet, der Anrechnung. Das betrifft nach Nr. 1 den Verdienst, den der Arbeitnehmer tatsächlich durch anderweitige Arbeit erlangt hat. Nach

Nr. 2 ist auch das anzurechnen, was der Arbeitnehmer hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. § 615 Satz 2 BGB und § 11 KSchG unterscheiden sich somit zwar in ihrem Wortlaut, sie sind inhaltlich aber deckungsgleich (vgl. BAG 6. September 1990 - 2 AZR 165/90 - AP BGB § 615 Nr. 47 = EzA BGB § 615 Nr. 67). Es kann daher offen bleiben, nach welcher Vorschrift sich die Anrechnung bestimmt, insbesondere ob trotz der Regelung in § 13 Abs. 3 KSchG § 11 KSchG anzuwenden ist (vgl. KR/Friedrich 5. Aufl. § 13 KSchG Rn. 326, 345). Gesetzliche Folge ist die Anrechnung des tatsächlich erzielten oder des hypothetischen Verdienstes. Der Arbeitgeber wird von seiner Zahlungspflicht befreit, ohne daß es einer Anrechnungserklärung bedarf.

b) Allein das Unterlassen der Meldung des Arbeitnehmers beim Arbeitsamt als arbeitssuchend erfüllt nicht das Merkmal des böswilligen Unterlassens (BAG 24. Februar 1981 - 6 AZR 334/78 - nv.). Den Arbeitnehmer trifft keine Obliegenheit, die Vermittlung der Bundesanstalt für Arbeit in Anspruch zu nehmen. Dafür spricht schon der Wortlaut der Anrechnungsvorschriften. Auch andere Gründe rechtfertigen nicht die vom Landesarbeitsgericht vertretene Meinung, das Unterlassen der Meldung als Verletzung einer Obliegenheit zu behandeln.

aa) Der Arbeitnehmer unterläßt böswillig anderweitigen Verdienst, wenn er vorsätzlich grundlos Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, daß ihm Arbeit angeboten wird (ständige Rechtsprechung des BAG seit 18. Oktober 1958 - 2 AZR 291/58 - BAGE 6, 306; 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - BAGE 88, 196 mwN). Böswilligkeit setzt nicht voraus, daß der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen (anders noch RAG 26. Mai 1937 - RAG 283/36 - ARS 30/113). Es genügt das vorsätzliche Außerachtlassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbsarbeit. Fahrlässiges, auch grob fahrlässiges Verhalten genügt hingegen nicht (BAG 18. Oktober 1958 - 2 AZR 291/58 - aaO).

bb) Das Unterlassen einer Meldung beim Arbeitsamt kann nicht mit dem Unterlassen anderweitigen Erwerbs etwa durch Ablehnung eines Arbeitsangebots oder durch Verhinderung eines Arbeitsangebots gleichgesetzt werden. Das Landesarbeitsgericht hat für den Arbeitnehmer eine Obliegenheit für eine Meldung beim Arbeitsamt angenommen, die in § 615 Satz 2 BGB, § 11 Nr. 2 KSchG nicht vorgesehen ist. Eine Meldung als arbeitssuchend ist Voraussetzung für den Bezug von Leistungen der Arbeitsverwaltung (hier: Vermittlungsangebote). Für bürgerlich-rechtliche Ansprüche auf An-

nahmeverzugslohn hat sie regelmäßig keine Bedeutung. Der Arbeitnehmer ist nicht gehalten, sich durch eine Meldung beim Arbeitsamt eine Möglichkeit für eine „Ersatzbeschäftigung“ zu eröffnen. Im Annahmeverzug findet die Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB keine Anwendung. Der Arbeitnehmer ist nicht gehalten, eigene Anstrengungen zu unternehmen, um eine Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber zu finden.

Vermittlungsaussichten auf dem Arbeitsmarkt begründen keine Obliegenheit für den Arbeitnehmer, sich arbeitssuchend zu melden. Wenn im Schrifttum eine Meldung beim Arbeitsamt für erforderlich gehalten wird, weil aufgrund der konkreten Arbeitsmarktsituation mit einer Vermittlung des Arbeitnehmers zu rechnen sei (vgl. *MünchArbR/Boewer § 76 Rn. 67; KHZA/Künzl 2. Aufl. 2.1. Rn. 519; ErfK/Ascheid § 11 KSchG Rn. 10*), ist dem nicht zu folgen. Eine Anrechnung kommt danach allein in Betracht, wenn die Untätigkeit des Arbeitnehmers ursächlich dafür ist, daß der Arbeitgeber keinen tatsächlich erzielten Verdienst anrechnen kann (*BAG 10. Februar 1981 - 6 AZR 43/78 - nv.; 11. Juli 1985 - 2 AZR 106/84 - AP BGB § 615 Nr. 35 a = EZA BGB § 615 Nr. 52; Löwisch KSchG 8. Aufl. § 11 Rn. 15*). Nur wenn der Arbeitnehmer Arbeitsangebote ausschlägt oder sie verhindert, ist der „böswillig versäumte Erwerb als wirklich gemachter zu behandeln“ (*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 2, 209*).

cc) Die für eine Obliegenheit des Arbeitnehmers vom Landesarbeitsgericht angeführte Begründung, andernfalls würden die § 615 Satz 2 Satzteil 3 BGB, § 11 Nr. 2 KSchG in der Praxis „völlig leerlaufen“, sofern nicht der kündigende Arbeitgeber selbst dem Arbeitnehmer Arbeitsplatzangebote nachweise, überzeugt nicht. Dem liegt erkennbar die Vorstellung zugrunde, durch die Auferlegung von Handlungspflichten auf den Arbeitnehmer Beweisschwierigkeiten des Arbeitgebers zu beseitigen. Das ist unzulässig und vernachlässigt den „Ausnahmecharakter“ der Anrechnung des hypothetischen Verdienstes (vgl. *Staudinger/Richardi BGB 13. Bearb. § 615 Rn. 150*). Die vom Landesarbeitsgericht bemängelte geringe praktische Bedeutung der Anrechnung hypothetischen Verdienstes ist Folge der engen Anrechnungsvoraussetzungen.

Will der Arbeitgeber sein Entgeltrisiko im Annahmeverzug mindern, so hat er die hierfür erforderlichen Handlungen selbst vorzunehmen (vgl. *Senatsurteil 22. Februar 2000 - 9 AZR 194/99 - AP KSchG 1969 § 11 Nr. 2 = EZA BGB § 615 Nr. 97*). Dazu kann er zB dem Arbeitnehmer anbieten, ihn vorläufig für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses weiterzubeschäftigen (vgl. *BAG 14. November 1985*

- 2 AZR 98/84 - BAGE 50, 164). Er kann zB den Arbeitnehmer auch über konkrete Stellenangebote informieren, ihn dadurch in „Zugzwang“ versetzen und Bewerbungen veranlassen, um gegebenenfalls die Ansprüche aus Annahmeverzug dann kürzen zu können, wenn der Arbeitnehmer auf diese Mitteilungen hin vorsätzlich das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses verhindert.

dd) Die Erwägung der Beklagten, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers werde überspannt, wenn er für eine „Ersatzbeschäftigung“ des Arbeitnehmers Sorge tragen müsse, trifft nicht zu. Mit dem Begriff Fürsorgepflicht werden herkömmlich die dem Arbeitgeber obliegenden Pflichten beschrieben, die er bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitnehmer zu beachten hat. Dem entsprechen die mit dem Begriff Treuepflicht umschriebenen arbeitsvertraglichen Nebenpflichten des Arbeitnehmers. Mit beiden Begriffen ist gemeint, daß bei der Wahrnehmung und Ausübung von Rechten die Interessen des jeweils anderen Vertragspartners zu berücksichtigen sind. Für die Anrechnung eines hypothetischen Verdienstes ist die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ohne Bedeutung. Betroffen ist er nicht als Gläubiger, sondern als Schuldner des Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers.

ee) Der Arbeitnehmer schuldet auch nicht aufgrund seiner Treuepflicht eigene Bemühungen zur Stellensuche. Die Anrechnung des hypothetischen Verdienstes auf den Entgeltanspruch ist ohnehin schon Ausdruck der Billigkeit und beruht auf den Grundsätzen von Treu und Glauben (*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 2, 209*). Die vom Landesarbeitsgericht angenommene Handlungspflicht würde eine im Gesetz nicht vorgesehene Erweiterung der Anrechnungsmöglichkeiten bewirken.

ff) Eine Meldepflicht läßt sich nicht mit einer „Schadensminderungspflicht“ des Arbeitnehmers nach § 254 Abs. 2 BGB begründen. Zwar muß sich nach dieser Bestimmung ein Geschädigter als mitwirkendes Verschulden zurechnen lassen, wenn er unterläßt, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Einem Geschädigten obliegt mithin, alles ihm Zumutbare zu unternehmen, um die verbliebene Arbeitskraft so nutzbringend wie möglich zu verwerten. Das ist mit dem Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht vergleichbar. Der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers ist nach § 615 Satz 1 BGB der trotz Nichtleistung der Arbeit bestehende Erfüllungsanspruch und kein Schadenersatzanspruch. Der Arbeitgeber kann jederzeit den Annahmeverzug beenden.

III. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ist nicht aus anderen Gründen zutreffend (§ 563 ZPO). Von einer Zurückverweisung des Rechtsstreits kann daher nicht abgesehen werden. Dem Senat ist eine abschließende Entscheidung nicht möglich (§ 565 Abs. 3 ZPO). Weder ist festgestellt, ob die Klägerin zumutbare Arbeitsangebote (der Beklagten oder von Dritten) erhalten und grundlos abgelehnt oder den Zugang solcher Angebote verhindert hat. Das Landesarbeitsgericht wird die erforderlichen Feststellungen hierzu nachzuholen haben. Der Senat hat von der Möglichkeit nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Leinemann

Düwell

Reinecke

Bennath

Otto