Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Bundesarbeitsgericht 1. Senat	Urteil vom 17. Juli 2012 - 1 AZR 567/11 -
I. Arbeitsgericht Herford	Urteil vom 27. Oktober 2010 - 2 Ca 999/10 -
II. Landesarbeitsgericht Hamm	Urteil vom 19. Mai 2011 - 8 Sa 2064/10 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Streikteilnahme nach Kündigung

Gesetze:

BGB § 615 Satz 1, § 296; GG Art. 9 Abs. 3

Leitsätze:

keine

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 1 AZR 563/11 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

1 AZR 567/11
8 Sa 2064/10
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Juli 2012

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Juli 2012 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Rath und Kunz für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 19. Mai 2011 - 8 Sa 2064/10 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Annahmeverzugsansprüche während eines Arbeitskampfes. 1

Die nicht tarifgebundene Beklagte beschäftigt etwa 45 Arbeitnehmer. Ende März 2010 forderte die tarifzuständige Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt *(IG BAU)* sie zur Aufnahme von Tarifverhandlungen über den Abschluss eines Haustarifvertrags auf. Am 8. April 2010 wurde eine Tarifkommission gewählt und zeitgleich die Durchführung einer Betriebsratswahl vorbereitet. Am Folgetag kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos, den weiteren Mitgliedern der Tarifkommission kündigte sie zunächst ordentlich zum 30. Juni 2010 und anschließend am 22. April 2010 fristlos. 2

Der Bundesvorstand der IG BAU genehmigte am 12. April 2010 die Durchführung einer Urabstimmung im Betrieb der Beklagten und die Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen. Am folgenden Tag teilte sie der Beklagten mit, 95,5 % der organisierten Beschäftigten hätten sich für einen Streik ausgesprochen. Sie forderte die Beklagte deshalb auf, ihr bis 10:00 Uhr schriftlich mitzuteilen, dass sie Tarifgespräche anbiete, ansonsten beginne um 10:01 Uhr ein unbefristeter Streik. Nachdem diese die gesetzte Frist verstreichen ließ, rief die IG Bau die Belegschaft der Beklagten zum Streik auf. 3

Das Arbeitsgericht stellte durch Urteil vom 14. Juli 2010 die Unwirksamkeit sämtlicher Kündigungen fest. Der Streik wurde daraufhin - ohne Tarifabschluss - beendet. Seit dem 7. Juni 2010 hat der Kläger eine anderweitige Beschäftigung. 4

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Mit seiner Klage verlangt der Kläger in der Revision noch Annahmeverzugsvergütung für die Zeit vom 13. April 2010 bis zum 6. Juni 2010. Er hat gemeint, er habe sich nach der fristlosen Kündigung nicht mehr rechtswirksam am Streik beteiligen, sondern nur noch mit den Streikenden solidarisch erklären können. Er hätte allerdings auch dann gestreikt, wenn er nicht außerordentlich gekündigt worden wäre. 5

Der Kläger hat beantragt, 6

> die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 6.638,75 Euro brutto abzüglich bereits durch die Agentur für Arbeit geleisteter 2.416,07 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf den Differenzbetrag ab dem 23. August 2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 7

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 362,50 Euro für die Zeit vom 10. bis zum 12. April 2010 verurteilt, die Berufung für die Beklagte nicht zugelassen und im Übrigen die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt dieser seinen Zahlungsantrag weiter. 8

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zu Recht zurückgewiesen. 9

I. Der Kläger hat nach § 615 Satz 1 iVm. § 611 Abs. 1 BGB keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Vergütung wegen Annahmeverzugs. 10

1. Aufgrund der rechtskräftig festgestellten Unwirksamkeit der gegenüber dem Kläger erklärten Kündigungen steht fest, dass zwischen den Parteien im 11

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

noch streitgegenständlichen Zeitraum vom 13. April 2010 bis zum 6. Juni 2010 ein Arbeitsverhältnis bestand.

2. Die Beklagte kam durch den Ausspruch der unwirksamen außerordentlichen Kündigung vom 9. April 2010 an sich in Annahmeverzug. Da in der Kündigung zugleich die Erklärung der Beklagten lag, sie werde die Leistung nicht annehmen, bedurfte es keines Angebots des Klägers, §§ 295, 296 Satz 1 BGB *(st. Rspr., zuletzt BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 12, NZA 2012, 971)*. 12

3. Dem Anspruch auf Verzugslohn nach § 615 Satz 1 iVm. § 611 BGB steht jedoch entgegen, dass der Kläger in der Zeit, für die er Annahmeverzugsvergütung verlangt, nicht leistungswillig iSd. § 297 BGB war. 13

a) Nach dieser Bestimmung kommt der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die Arbeitsleistung zu bewirken. Neben der *(tatsächlichen oder rechtlichen)* Leistungsfähigkeit umfasst § 297 BGB auch die nicht ausdrücklich genannte Leistungswilligkeit. Dies folgt schon daraus, dass ein leistungsunwilliger Arbeitnehmer sich selbst außerstande setzt, die Arbeitsleistung zu bewirken. Die objektive Leistungsfähigkeit und der subjektive Leistungswille sind von dem Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Verzugszeitraums vorliegen müssen *(BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 16, NZA 2012, 858)*. 14

b) Danach war der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum nicht leistungswillig. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts *(§ 559 Abs. 2 ZPO)* hat er sich in der Zeit vom 13. April 2010 bis zum 6. Juni 2010 an dem von der IG BAU geführten Streik beteiligt, indem er sich ua. mit einer Streikweste als Streikposten vor dem Betrieb der Beklagten aufgestellt hat. Er hat sich zudem durch die Veröffentlichung von Texten und Redebeiträgen im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Streik betätigt und hierdurch seine fehlende 15

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Arbeitsbereitschaft unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Denn Streik ist definitionsgemäß die kollektive Vorenthaltung der geschuldeten Arbeitsleistung, um durch die daraus resultierenden wirtschaftlich schädlichen Folgen Druck auf die Arbeitgeberseite dahin auszuüben, in eine gewünschte tarifvertragliche Regelung einzuwilligen *(BAG 26. Juli 2005 - 1 AZR 133/04 - zu II 2 b bb der Gründe, BAGE 115, 247)*. Wer streikt, ist deshalb nicht leistungswillig iSd. § 297 BGB.

4. Soweit der Kläger die Auffassung vertreten hat, er sei nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung durch die Beklagte nicht mehr deren Arbeitnehmer gewesen und habe deshalb nicht im Rechtssinne streiken können, verkennt er die Folgen des aus seiner Sicht erfolgreichen Kündigungsschutzprozesses. Das Arbeitsverhältnis hat nach der dort getroffenen Feststellung des Arbeitsgerichts durch die jeweiligen Kündigungen nicht geendet, sondern im streitgegenständlichen Zeitraum fortbestanden. Hätte dagegen - wie der Kläger meint - in der Zeit vom 13. April 2010 bis zum 6. Juni 2010 kein Arbeitsverhältnis bestanden, stünde ihm ohnehin kein Anspruch auf Verzugslohn zu, da § 615 BGB nur den vertraglichen Vergütungsanspruch aufrechterhält *(BAG 19. März 2008 - 5 AZR 429/07 - Rn. 13, BAGE 126, 198)*. Überdies hat ein der Kündigungsschutzklage stattgebendes Urteil lediglich feststellende und nicht rechtsgestaltende Wirkung *(KR/Friedrich 9. Aufl. § 4 KSchG Rn. 17 mwN)*; es wird also hierdurch nicht rückwirkend für die Zeit nach dem Kündigungstermin bis zur Rechtskraft des Urteils im Kündigungsschutzprozess ein Arbeitsverhältnis geschaffen, sondern nur dessen Fortbestehen festgestellt. 16

5. Aus der vom Kläger zur Begründung seiner Rechtsauffassung angeführten Senatsentscheidung vom 26. Juli 2005 *(- 1 AZR 133/04 - BAGE 115, 247)* folgt kein anderes Ergebnis. In jenem Fall hatte sich ein Arbeitnehmer, bevor er an einer Streikkundgebung teilnahm, in zulässiger Weise aus dem betrieblichen Zeiterfassungssystem abgemeldet. Dies führte dazu, dass für diese Zeitdauer dem Arbeitszeitkonto auch keine Zeitgutschrift zugeführt wurde. 17

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Der Arbeitnehmer befand sich daher während der Teilnahme an der Streikkundgebung in Freizeit und konnte deshalb durch die Streikteilnahme keine Arbeitspflichten aufheben. Hier hat sich der Kläger nicht in seiner Freizeit an einem Streik beteiligt, sondern zu einer Zeit, während derer er nach objektiver Rechtslage zur Erbringung einer Arbeitsleistung verpflichtet gewesen wäre.

II. Die Versagung der Annahmeverzugsvergütung begegnet keinen arbeitskampfrechtlichen Bedenken. 18

1. Die Koalitionsbetätigungsfreiheit *(Art. 9 Abs. 3 GG)* des einzelnen Arbeitnehmers wird hierdurch nicht verletzt. Dieser kann durch tatsächlich gezeigte oder doch wenigstens erklärte Solidarität den Druck eines Streiks verstärken, indem er diesem hierdurch öffentliche Aufmerksamkeit verleiht *(vgl. BAG 15. Januar 1991 - 1 AZR 178/90 - zu II 7 der Gründe, BAGE 67, 50).* 19

2. Entgegen der Auffassung des Klägers wird die Kampfparität nicht dadurch beeinträchtigt, dass ein außerordentlich gekündigter und damit nicht beschäftigter Arbeitnehmer keinen satzungsrechtlichen Anspruch gegenüber der kampfführenden Gewerkschaft auf Streikbeihilfe hat, sondern nur eine geringere und zudem zurückzuzahlende Solidaritätsunterstützung verlangen kann. Hierbei handelt es sich um eine gewerkschaftsinterne Regelung, die für die Beurteilung der Kampfparität unerheblich ist. 20

3. Schließlich führte es zu Wertungswidersprüchen, wenn der unwirksam gekündigte Arbeitnehmer während der aktiven Streikteilnahme Annahmeverzugsvergütung verlangen könnte, während seine nicht gekündigten, streikenden Kollegen keinen Entgeltanspruch haben *(dazu BAG 26. Juli 2005 - 1 AZR 133/04 - Rn. 13, BAGE 115, 247)*. Beide Personengruppen befinden sich in der gleichen Situation, da sie nach objektiver Rechtslage in einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis an einem Arbeitskampf teilnehmen. Da der ungekündigte Arbeitnehmer durch die Teilnahme an einem Streik die gegenseitigen 21

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Hauptpflichten aufhebt und deshalb für die Zeit der Streikteilnahme seinen Vergütungsanspruch verliert, kann für den unwirksam gekündigten nichts anderes gelten.

Schmidt Koch Linck

Rath Olaf Kunz

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android

JLaw – für iOS