

Aktenzeichen: 2 AZR 402/89  
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 24. Januar 1991  
- 2 AZR 402/89 -

I. Arbeitsgericht  
Bocholt

Urteil vom 23. September 1988  
- 2 Ca 987/88 -

II. Landesarbeitsgericht  
Hamm

Urteil vom 11. Mai 1989  
- 17 Sa 1879/88 -

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

Entscheidungsstichwort:

Ansprüche bei Weiterbeschäftigung nach Kündigung; Übergehen  
eines Anspruchs in Rechtsmittelinstanz

Gesetz:

BGB § 611 Weiterbeschäftigung, § 615, § 812 Abs. 1 Satz 1,  
§ 818 Abs. 2; ZPO §§ 256, 269, 321; Manteltarifvertrag für  
die Angestellten der Bundesanstalt für Arbeit vom 21. April  
1961 (MTA) §§ 26, 29

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Ansprüche bei Weiterbeschäftigung eines Angestellten durch  
die Bundesanstalt für Arbeit nach entsprechender Verurteilung  
durch das Arbeitsgericht bis zur rechtskräftigen Abweisung  
der Feststellungsklage (Streit um Wirksamkeit einer Befri-  
stung); Übergehen des Weiterbeschäftigungsanspruchs im Be-  
standsstreit durch Rechtsmittelinstanz; Zulässigkeit von  
Feststellungsanträgen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 402/89

-----  
17 Sa 1879/88 Hamm

Verkündet am  
24. Januar 1991

Noll,

Reg.-Hauptsekretärin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Wisskirchen und Baerbaum für Recht erkannt:



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 11. Mai 1989 - 17 Sa 1879/88 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 23. September 1988 - 2 Ca 987/88 - in der Fassung des Urteils des Landesarbeitsgerichts teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefaßt:
  - a) Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet war, dem Kläger für die Zeit vom 5. Mai 1988 bis 5. Dezember 1990 den Ortszuschlag der Stufe 3 gemäß § 29 Abschnitt B Abs. 3 MTA zu zahlen.
  - b) Soweit das Arbeitsgericht über Lohnzahlung und Zahlung vermögenswirksamer Leistungen für die Zeit vom 1. Dezember 1987 bis 10. März 1988 entschieden hat, ist das Urteil wirkungslos.
  - c) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die weitergehende Berufung und Revision werden zurückgewiesen.
4. Von den Kosten des ersten und zweiten Rechtzuges trägt der Kläger 8/9, die Beklagte 1/9.  
Von den Kosten der Revision trägt der Kläger 7/9, die Beklagte 2/9.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !

T a t b e s t a n d :

I.     Der im Jahre 1958 geborene, verheiratete und einem Kind unterhaltspflichtige Kläger stand zum ersten Mal vom 3. Oktober 1983 bis zum 14. Mai 1984 in einem befristeten Arbeitsverhältnis zu der Beklagten und war beim Arbeitsamt in C                    eingesetzt.



Nach vorübergehender Tätigkeit bei einer Privatfirma und anschließender Arbeitslosigkeit war er vom 4. März bis 31. Dezember 1985 aufgrund eines weiteren befristeten Arbeitsvertrages mit der Beklagten beim Arbeitsamt C beschäftigt. Im Dezember 1985 wurde er Mitglied der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV). Nach erneuter Arbeitslosigkeit nahm er zum 1. Juni 1986 ein drittes Arbeitsverhältnis zur Beklagten beim Arbeitsamt C auf.

Nach dem diesem Arbeitsverhältnis zugrundeliegenden schriftlichen Arbeitsvertrag vom 2. Juni 1986 war der Kläger ab dem 1. Juni 1986 als vollbeschäftigter Angestellter gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 vom 26. April 1985 als Zeitangestellter für die Zeit bis zum 30. November 1987 eingestellt und in die Vergütungsgruppe VII MTA eingruppiert. Er wurde in der Leistungsabteilung des Arbeitsamtes auf einer Leistungsstelle für Winterbauförderung/Kurzarbeitergeld/Vorruhestandsgeld als Hilfsarbeiter eingesetzt.

Der Kläger hat die vereinbarte Befristung für unwirksam erachtet und mit einer am 16. November 1987 beim Arbeitsgericht Bocholt - 2 Ca 1913/87 - eingegangenen Klage beantragt

festzustellen, daß zwischen den Parteien aufgrund des Arbeitsvertrages vom 2. Juni 1986 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht und die Beklagte verpflichtet ist, ihn über den 30. November 1987 hinaus unbefristet weiterzubeschäftigen.

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 11. März 1988 diesen Anträgen entsprochen.



Im Berufungsverfahren hat das Landesarbeitsgericht Hamm  
- 17 Sa 818/88 - nach entsprechender Umformulierung des Weiterbeschäftigungsantrags durch den Kläger am 22. Dezember 1988 folgendes Urteil verkündet:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 11.03.1988 - 2 Ca 1913/87 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Urteilstenor zu Ziff. 2 wie folgt neu gefaßt wird:

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über den Feststellungsantrag nach Ziff. 1 zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Mit ihrer hiergegen eingelegten Revision - 7 AZR 138/89 - hat die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Der Kläger hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Das Bundesarbeitsgericht hat durch Urteil vom 21. März 1990 das Urteil des Landesarbeitsgerichts insoweit aufgehoben, als über den Feststellungsantrag und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden worden ist, und den Rechtsstreit im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

In den Entscheidungsgründen wird im Anschluß an die Begründung zum Feststellungsantrag zur Weiterbeschäftigung ausgeführt, der Kläger sei jedenfalls für die Dauer des weiteren Berufungsverfahrens weiterzubeschäftigen, da in der ersten Instanz das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses über den 30. November 1987



hinaus festgestellt worden sei und besondere Umstände, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers ergeben könnte, nicht ersichtlich seien.

Im zurückverwiesenen Verfahren hat das Landesarbeitsgericht durch Urteil vom 20. September 1990 - 17 Sa 716/90 - das Urteil des Arbeitsgerichts vom 11. März 1988 abgeändert, soweit über den Feststellungsantrag entschieden worden ist und insoweit die Klage abgewiesen. Dieses Urteil ist den Prozeßbevollmächtigten des Klägers im zurückverwiesenen Verfahren am 6. November 1990 zugestellt worden. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist hiergegen nicht eingelegt worden.

II. Nach der Verurteilung der Beklagten zur Weiterbeschäftigung in dem Urteil des Arbeitsgerichts vom 11. März 1988 im Vorprozeß wurde der Kläger ab 5. Mai 1988 in der Leistungsabteilung des Arbeitsamtes C mit Tätigkeiten der Vergütungsgruppe VII MTA weiterbeschäftigt.

Zuvor hatte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 26. April 1988 zunächst ihre Bereitschaft erklärt, ihn aufgrund des noch nicht rechtskräftigen erstinstanzlichen Urteils - längstens bis zur rechtskräftigen Entscheidung in diesem Rechtsstreit (Befristungsrechtsstreit) - vorläufig weiterzubeschäftigen.

Mit Schreiben vom 4. Mai 1988 hatte die Beklagte dem Kläger sodann folgendes mitgeteilt:



" ...

zur Abwendung der Zwangsvollstreckung des o.a. Urteils bin ich unter Aufrechterhaltung meines Rechtsstandpunktes zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereit, Sie vorläufig weiter zu beschäftigen.

Ihre Weiterbeschäftigung begründet keinen Fortbestand des befristeten Arbeitsverhältnisses. Durch die Weiterbeschäftigung wird zwischen Ihnen und dem Arbeitsamt auch kein neues Arbeitsverhältnis begründet. Ihre Beschäftigung erfolgt ausschließlich zusätzlich zur Aushilfe.

In seinem Urteil vom 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - hat sich der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts mit der Frage auseinandergesetzt, welche Ansprüche ein Mitarbeiter hat, der lediglich zur Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung vom Arbeitgeber bis zur rechtskräftigen Entscheidung hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung bzw. der Befristung weiterbeschäftigt wird. Danach haben Sie Anspruch auf Ersatz des Wertes der geleisteten Arbeit gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 818 BGB.

Im einzelnen ergeben sich somit folgende Erstattungsleistungen:

- Grundvergütung nach der VergGr. VII, in der Sie bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingruppiert waren,
- Ortszuschlag der Stufe 1 entsprechend der Tarifklasse II,
- Allgemeine Zulage.

Von diesen Leistungen werden Sozialversicherungsbeiträge und Steuern abgeführt. Es unterbleibt aber die Versicherung nach dem Versorgungs-TVI (z.B. bei der VBL).

Andere ausschließlich auf einem wirksamen Arbeitsverhältnis beruhende Leistungen können Ihnen nicht gewährt werden. Hierzu gehören u.a.:

- Krankenbezüge,
- Vermögenswirksame Leistungen,
- Beihilfen,
- Zuwendung (Weihnachtszuwendung),
- Urlaubsgeld.



Ansprüche auf Urlaub, Arbeitsbefreiung bzw.  
freie Tage im Rahmen der Arbeitszeitverkürzung  
bestehen nicht.  
..."

Mit Schreiben vom 6. Mai 1988 widersprach der Kläger der von der Beklagten vertretenen Ansicht, bat um unverzügliche schriftliche Mitteilung, wie seine seit dem 1. Dezember 1987 aus § 615 BGB resultierenden Ansprüche abgewickelt werden würden und beantragte vorsorglich die Gewährung der Zuwendung für 1987, Gewährung von vermögenswirksamen Leistungen und Versicherung bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL).

Die Beklagte verblieb mit Schreiben vom 10. Mai 1988 bei ihrer Ansicht.

Mit der am 31. Mai 1988 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 10. Juni 1988 zugestellten Klage hat der Kläger, soweit für die Revisionsinstanz noch von Bedeutung, Zahlung von Verzugslohn für die Zeit vom 1. Dezember 1987 bis 4. Mai 1988 gefordert sowie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte verpflichtet sei, auf sein Arbeitsverhältnis sämtliche Bestimmungen des einschlägigen Manteltarifvertrages und der mit der Personalvertretung abgeschlossenen einschlägigen Dienstvereinbarungen anzuwenden.

Der Kläger hat die Meinung vertreten, die Beklagte sei zum einen aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges nach § 615 BGB verpflichtet, ihm für die Zeit vom 1. Dezember 1987 bis zum 4. Mai 1988 die Vergütung zu zahlen, die ihm tarifvertraglich zu-



stehe. Dieses sei dann die Grundvergütung nach der VergGr. VII MTA, der Ortszuschlag der Stufe 3 entsprechend der Tarifklasse II und die allgemeine tarifliche Zulage von monatlich 67,-- DM. Danach ergebe sich ein - rechnerisch unstreitiger - Gesamtbetrag von 16.475,91 DM brutto. Hiervon sei das Arbeitslosengeld von insgesamt 5.800,40 DM netto abzuziehen. Hinzu komme die monatliche arbeitgeberseitige vermögenswirksame Leistung von 13,-- DM.

Für die Zeit seiner Weiterbeschäftigung ab 5. Mai 1988 habe ihm die Beklagte nach § 611 BGB alle tariflichen Ansprüche zu gewähren. Ebenso sei er nach den bei der Beklagten geltenden Dienstvereinbarungen zu behandeln. Denn aufgrund des Urteils des Arbeitsgerichts vom 11. März 1988 im Vorprozeß stehe fest, daß sein Arbeitsverhältnis zur Beklagten über den 30. November 1987 hinaus unbefristet fortbestehe und die Beklagte deswegen verpflichtet sei, ihn tatsächlich weiterzubeschäftigen.

Der Kläger hat zuletzt folgende, bereits in erster Instanz verfolgte und in der Berufungsinstanz ohne sachliche Änderung neu formulierte Anträge gestellt:

1. a) festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, auf das zwischen den Parteien über den 30. November 1987 hinaus fortbestehende Arbeitsverhältnis den Manteltarifvertrag für die Angestellten der Bundesanstalt für Arbeit und die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge anzuwenden,
- b) ferner festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, auf dieses fortbestehende Arbeitsverhältnis die mit den Personalvertretungen abgeschlossenen Dienstvereinbarungen - soweit sie in ihrem fachlichen,



räumlichen oder persönlichen Geltungsbe-  
reich seinen Arbeitsplatz erfassen - anzu-  
wenden,

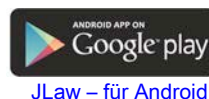
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn  
16.475,91 DM brutto abzüglich 5.800,40 DM  
netto nebst 4 % Zinsen aus dem sich daraus  
ergebenden Nettobetrag seit dem 11. Juni  
1989 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, auf sein Ver-  
mögensbildungskonto bei der Volksbank  
A , Bankleitzahl: ,  
Sparvertrag-Nr.: , monatlich  
13,-- DM an arbeitgeberseitiger Vermögens-  
bildungsleistung ab dem 1. Dezember 1987 zu  
zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat  
auf der in ihrem an den Kläger gerichteten Schreiben vom 4. Mai  
1988 vertretenen Meinung beharrt. Ihr Prozeßbevollmächtigter  
hat im Berufungsverfahren erklärt, sie werde bei einer zuspre-  
chenden rechtskräftigen Feststellung dem Feststellungsinhalt ge-  
genüber dem Kläger nachkommen.

Beide Vorinstanzen haben den Klageanträgen entsprochen (das  
Urteil des Berufungsgerichts ist veröffentlicht in LAGE § 611 BGB  
Beschäftigungspflicht Nr. 26).

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabwei-  
sungsantrag weiter. Der Kläger stellt noch folgende Anträge:

- 1.a) Es wird festgestellt, daß die Beklagte ver-  
pflichtet war, für die Zeit vom 11. März  
1988 bis zum 5. Dezember 1990 auf das  
Rechtsverhältnis zwischen der Bundesanstalt  
für Arbeit und dem Kläger den Manteltarif-  
vertrag für die Angestellten der Bundesan-  
stalt für Arbeit und die diesen ergänzen-  
den, ändernden oder ersetzenden Tarifver-  
träge anzuwenden.



- b) Ferner wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet war, für die Zeit vom 11. März 1988 bis zum 5. Dezember 1990 auf das Rechtsverhältnis zwischen der Bundesanstalt für Arbeit und dem Kläger die mit den Personalvertretungen abgeschlossenen Dienstvereinbarungen - soweit sie in ihrem fachlichen, räumlichen und persönlichen Geltungsbereich den Arbeitsplatz des Klägers erfassen - anzuwenden.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.885,48 DM brutto abzüglich 1.620,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettobetrag seit dem 11. März 1988 zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, auf das Vermögensbildungskonto des Klägers bei der Volksbank A , Bankleitzahl , Sparvertrag Nr. , monatlich 13,-- DM an arbeitgeberseitiger Vermögensbildungsleistung ab dem 11. März 1988 zu zahlen.

Im übrigen beantragt er die Zurückweisung der Revision.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision hat überwiegend Erfolg. Dem Kläger steht für die Zeit vom 11. März 1988 bis zum 5. Dezember 1990 die Stufe 3 des Ortszuschlages nach § 29 Abschnitt B Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 MTA zu. Insoweit ist seine Feststellungsklage begründet und die Revision zurückzuweisen. Im übrigen ist die Klage in dem in der Revisionsinstanz noch aufrechterhaltenen Umfang teils unzulässig, teils unbegründet und der Revision stattzugeben.

A.I. Das Berufungsgericht hat den ursprünglich verfolgten Klageanträgen mit einer aus der im Zeitpunkt seiner Entscheidung (11. Mai 1989) bestehenden Rechtslage abgeleiteten Begründung stattgegeben.

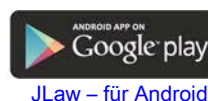


Am 11. Mai 1989 war der Vorprozeß in der Revisionsinstanz anhängig, nachdem die Beklagte gegen das im Vorprozeß ergangene erste Berufungsurteil vom 22. Dezember 1988 am 3. März 1989 in vollem Umfang Revision eingelegt hatte.

Das Berufungsgericht hat angenommen, aufgrund der im Vorprozeß ergangenen Instanzurteile sei derzeit vom Fortbestand des am 1. Juni 1986 zwischen den Parteien begründeten Arbeitsverhältnisses über den 30. November 1987 hinaus und weiter davon auszugehen, daß die Beklagte deswegen verpflichtet sei, bis zu einer abändernden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts im Revisionsverfahren (Vorprozeß) den Kläger zu den Arbeitsbedingungen des letzten Arbeitsverhältnisses weiterzubeschäftigen.

Deshalb sei das von der Beklagten angezogene Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 10. März 1987 - 8 AZR 146/84 - (BAGE 54, 232 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung) nicht einschlägig. Denn in dem dort entschiedenen Fall habe rechtskräftig festgestanden, daß das Arbeitsverhältnis entgegen der Entscheidung der ersten Instanz wirksam beendet worden und der Arbeitnehmer nach Ansicht des Achten Senats ohne Rechtsgrund weiterbeschäftigt worden sei.

Daraus folge, daß die Beklagte sich in dem Zeitraum vom 1. Dezember 1987 bis zum 4. Mai 1988 in Annahmeverzug befunden habe und zur Zahlung des für diesen Zeitraum begehrten Gehalts in vollem Umfang verpflichtet sei.



Die Feststellungsanträge seien zulässig und ebenfalls begründet. Könne der Arbeitnehmer während eines anhängigen Bestandsstreits Verzugslohnansprüche nach § 615 BGB geltend machen, so müßten ihm im Falle einer tatsächlichen Weiterbeschäftigung auch die Lohnansprüche in voller Höhe zustehen. Anderenfalls würde er im Falle der zusätzlichen gerichtlichen Geltendmachung seiner Weiterbeschäftigung schlechter gestellt, als wenn er lediglich Verzugslohnklage erheben würde. Damit würde die Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zum Weiterbeschäftigungsanspruch vom 27. Februar 1985 - GS 1/84 - (BAGE 48, 122 = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) unterlaufen und ein Weiterbeschäftigungsverhältnis als Arbeitsverhältnis "zweiter Klasse" geschaffen.

Außerdem behandle die Beklagte mit dieser Praxis den Arbeitnehmer wie einen Vollstreckungsgläubiger nach Aufhebung des zu seinen Gunsten ergangenen vorläufig vollstreckbaren Urteils und nehme damit dessen Haftung auf Schadenersatz nach § 717 Abs. 2 und 3 ZPO vorweg, ohne daß die Anspruchsvoraussetzung, nämlich die Aufhebung des Vollstreckungstitels vorliege.

II.1. Soweit das Berufungsgericht dem Kläger Verzugslohn und vermögenswirksame Leistungen für die Zeit vom Ablauf der Befristung (1. Dezember 1987) bis zur Verkündung des arbeitsgerichtlichen Urteils am 11. März 1988 zugesprochen hat, hat er die Klage mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen. In diesem Umfang sind die vorinstanzlichen Urteile wirkungslos geworden (§ 269 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO).

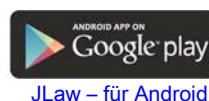


2. Den noch weiterverfolgten Anträgen kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht mehr entsprochen werden.

Inzwischen steht aufgrund des die Klage auf Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses über den 30. November 1987 hinaus abweisenden zweiten Berufungsurteils im Vorprozeß rechtskräftig fest, daß im Anspruchszeitraum (11. März 1988 bis 5. Dezember 1990) kein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Die vom Berufungsgericht vorgebrachten Argumente, es müsse bis zur Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile im Vorprozeß vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden und der Arbeitgeber dürfe für die Zeit der Weiterbeschäftigung während der Dauer des Rechtsstreits dem Arbeitnehmer nicht das volle Arbeitsentgelt vorenthalten, greifen deshalb nicht mehr. Nunmehr ist über die Abwicklung der Rechtsbeziehungen der Parteien nach rechtskräftiger Feststellung des Nichtbestehens eines Arbeitsverhältnisses im streitbefangenen Zeitraum zu befinden.

B. Die vom Kläger noch weiterverfolgten Anträge auf Zahlung von 4.885,48 DM brutto abzüglich 1.620,-- DM netto (Vergütung für die Zeit vom 11. März bis 4. Mai 1988) und auf Gewährung vermögenswirksamer Leistung von 13,-- DM monatlich für denselben Zeitraum sind unbegründet.

I. Entgegen der Ansicht des Klägers ist die Beklagte zu diesen Leistungen nicht aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs verpflichtet.



1. Nach § 615 BGB kann der Dienstverpflichtete die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug gerät. Die näheren Voraussetzungen des Annahmeverzugs bestimmen sich nach den §§ 293 ff. BGB. Jedoch kann der Dienstberechtigte nur in Annahmeverzug geraten, wenn zwischen ihm und dem Dienstverpflichteten ein Arbeitsverhältnis besteht, aufgrund dessen der Dienstverpflichtete Dienste zu leisten hatte und der Dienstberechtigte die Dienstleistung entgegennehmen konnte (Senatsurteil vom 12. September 1985 - 2 AZR 324/84 - AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung, zu B II 1 der Gründe).

2. Zwischen den Parteien hat jedoch nach dem 30. November 1987 kein Rechtsverhältnis mehr bestanden.

a) Aufgrund des im Vorprozeß ergangenen zweiten Berufungsurteils vom 20. September 1990 steht rechtskräftig fest, daß zwischen den Parteien nach Ablauf der Befristung das bisherige Arbeitsverhältnis nicht mehr bestand. Die Beklagte war deshalb auch nicht mehr berechtigt, von dem Kläger aufgrund dieses Arbeitsverhältnisses seine Arbeitsleistung zu fordern. Ein neues Arbeitsverhältnis ist zwischen den Parteien nicht begründet worden. Dies hat die Beklagte im Schreiben vom 4. Mai 1988 ausdrücklich erklärt; sie hat den Kläger ausschließlich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem arbeitsgerichtlichen Urteil vorläufig weiterbeschäftigt (vgl. Senatsurteil vom 12. September 1985, aaO, zu B II 3 a der Gründe).



b) Auch die Verurteilung der Beklagten zur Weiterbeschäftigung des Klägers bis zur rechtskräftigen Beendigung des Befristungsstreits begründet kein Rechtsverhältnis, aufgrund dessen die Beklagte die Dienstleistung des Klägers fordern könnte. Hierbei kann unterstellt werden, daß die im Vorprozeß ergangenen Urteile in diesem Punkt in Rechtskraft erwachsen sind.

Bei der Ermittlung des rechtskräftigen Entscheidungsinhalts ist von der Entscheidungsformel auszugehen. Nur soweit diese nicht ausreicht, sind Tatbestand und Gründe heranzuziehen. Im vorliegenden Fall ist der Urteilsformel der Vorinstanz im Vorprozeß in der Fassung der Urteilsformel des Berufungsgerichts eindeutig zu entnehmen, daß die Beklagte verurteilt wurde, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsrechtsstreits zu den bisherigen Bedingungen weiterzubeschäftigen. Nach den Gründen dieser Entscheidungen wurde dem Kläger der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch zuerkannt. Nach dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Februar 1985 (aaO) setzt dieser Anspruch das Fortbestehen des durch Vertrag begründeten Arbeitsverhältnisses voraus. Gerade die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat das Berufungsgericht im Vorprozeß aber rechtskräftig festgestellt. In Rechtskraft erwachsen sein kann daher nur die Verpflichtung der Beklagten, den Kläger bis zur rechtskräftigen Beendigung des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.

Geht man von dem Bestehen rechtskräftiger Urteile zur Weiterbeschäftigung aus, so stehen damit einander widersprechende rechtskräftige Urteile gegenüber. In einem solchen Falle geht das

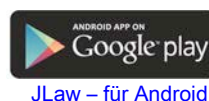


frühere Urteil dem späteren vor (Senatsurteil vom 12. September 1985, aaO, zu B II 3 b bb der Gründe). Aus der Rechtskraft des Beschäftigungsurteils ergibt sich aber nur eine Beschäftigungspflicht der Beklagten. Dagegen folgt hieraus nicht, daß der Kläger verpflichtet war, der Beklagten seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, diese also Dienstberechtigte i.S. von § 615 BGB gewesen ist. Dementsprechend liegen die Voraussetzungen für einen Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nicht vor.

II. Zahlungsansprüche in dem vom Kläger noch geltend gemachten Umfang bestehen aber auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit.

1. Ein solcher Anspruch kann bei rechtskräftiger Verurteilung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bestehen, wenn und soweit der Arbeitgeber ihn, wie hier von der Verkündung des arbeitsgerichtlichen Urteils am 11. März 1988 bis zum 4. Mai 1988, nicht beschäftigt.

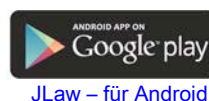
Aus der Rechtskraft eines solchen Urteils ergibt sich, wie ausgeführt, eine Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers. Sie wird fällig mit der Verkündung des Urteils. Lehnt der Arbeitgeber das daraufhin unterbreitete Arbeitsangebot des Arbeitnehmers ab, so gerät er gemäß § 284 Abs. 2 BGB in Schuldnerverzug. Bei dem Arbeitsvertrag handelt es sich um ein Fixgeschäft, soweit es um die Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers geht, so daß der Verzug auch ohne Mahnung eintritt (Senatsurteil vom 12. September 1985, aaO, zu B III der Gründe, m.w.N.).



Die Verzugsvorschriften gelten aber nur solange, wie die Leistung noch möglich ist. Bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Arbeitsverhältnis kann die geschuldete Mitwirkungspflicht bei der Beschäftigung nur ausnahmsweise nachgeholt werden. Wird der Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluß des Streits um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses verurteilt, kommt der Beschäftigungsverpflichtung aber in diesem Zeitraum nicht nach, so ist ihm die geschuldete Leistung unmöglich geworden. Er ist deshalb dem Arbeitnehmer zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er die Unmöglichkeit zu vertreten hat (§§ 280, 287 Satz 2 BGB). Der Schaden besteht in dem entgangenen Verdienst abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes (Senatsurteil vom 12. September 1985, aaO, zu III der Gründe).

2. Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch an einer rechtskräftigen Verurteilung der Beklagten zur Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum rechtskräftigen Abschluß des Befristungsstreits, weil die in diesem Rechtsstreit ergangenen Urteile des Arbeitsgerichts und des Landesarbeitsgerichts wirkungslos geworden sind, soweit die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt wurde.

a) Der Weiterbeschäftigungsanspruch war im Vorprozeß Gegenstand des Revisionsverfahrens geworden, weil die Beklagte gegen das erste Berufungsurteil in vollem Umfang und damit auch insoweit, als sie zur Weiterbeschäftigung verurteilt worden war, Revision eingelegt und ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt hatte.



b) In dem Revisionsurteil vom 21. März 1990 ist der Weiterbeschäftigungsanspruch jedoch übergangen worden.

Im Tenor dieses Urteils ist nur ausgesprochen, daß das angefochtene Urteil insoweit aufgehoben wird, als über den Feststellungsantrag sowie die Verfahrenskosten entschieden worden ist, und der Rechtsstreit "im Umfang der Aufhebung" - sonach nur zum Feststellungsantrag und Kostenausspruch - zurückverwiesen wird. Auch die Urteilsgründe enthalten keine Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsanspruch, sondern nach der Fassung der - im Tatbestand mitgeteilten - Ausführungen zur Frage der Weiterbeschäftigung nur einen Hinweis auf die sich aus der arbeitsgerichtlichen Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses über die vereinbarte Frist hinaus ergebende Rechtslage. Damit ist der Weiterbeschäftigungsanspruch im Sinn des § 321 Abs. 1 ZPO übergangen worden, ohne daß es auf die in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung umstrittene Frage ankommt, ob ein Anspruch schon übergangen ist, wenn über ihn nicht im Urteilstenor entschieden ist (so BAGE 8, 20, 23 = AP Nr. 19 zu § 3 KSchG, zu I 2 der Gründe), oder erst dann, wenn auch die Gründe keine Entscheidung hierzu enthalten (so BGH Urteil vom 18. Juni 1964 - VII ZR 152/62 - NJW 1964, 1858; BGH Beschluß vom 30. September 1981 - IV b ZB 805/81 - VersR 1982, 70).

c) Wird ein Anspruch übergangen und, wie im vorliegenden Fall, kein Antrag auf Urteilsergänzung gestellt, so erlischt nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 321 Abs. 2 ZPO die Rechtshängigkeit des übergegangenen Anspruchs so, als ob er überhaupt nicht



anhängig gewesen wäre (BAGE 8, 20, 23 = AP, aaO, zu I 3 der Gründe; BGH Urteil vom 8. November 1965 - VIII ZR 300/63 - LM § 322 ZPO Nr. 54, zu B II 2 a.E. der Gründe; RGZ 59, 128, 131; Schumann in Stein/Jonas, ZPO, 20. Aufl., § 261 Rz 95; Leipold in Stein/Jonas, aaO, § 321 Rz 14, jeweils m.w.N.). Dem Unterlassen einer Urteilsergänzung wird damit die Wirkung einer Klagerücknahme beigemessen (§ 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Hat nicht, wie in den den zitierten Entscheidungen zugrundeliegenden Fällen, die Tatsacheninstanz, in der der Anspruch erstmals geltend gemacht worden war, sondern, wie im vorliegenden Fall, die Rechtsmittelinstanz den Anspruch übergangen, so hat dies auch die weiter in § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO für den Fall der Klagerücknahme angeordnete Rechtsfolge, daß bereits ergangene, aber noch nicht rechtskräftige Urteile wirkungslos werden. Anderenfalls hätte das Übergehen des Anspruchs in Fällen dieser Art nicht die Wirkung einer Klagerücknahme, sondern einer Rechtsmittelrücknahme. Das ist aber nicht möglich, weil nicht etwa der Sachantrag als nicht gestellt, sondern der Anspruch als gar nicht erhoben anzusehen ist (vgl. RG, aaO). Dies gilt auch dann, wenn die den Anspruch geltend machende Partei insoweit in der Vorinstanz obsiegt hat und deshalb durch das von der Gegenpartei angefochtene Urteil nicht beschwert ist. Denn eine Urteilsergänzung kann jede Partei beantragen, nicht nur diejenige, deren Anspruch übergangen wurde (BAGE 8, 20, 24 = AP, aaO, zu I 3 der Gründe).

C. Der Antrag festzustellen, daß die Beklagte in der Zeit vom 11. März 1988 bis 5. Dezember 1990 zur Anwendung der einschlägigen Dienstvereinbarungen auf das Rechtsverhältnis des Klägers verpflichtet war, ist unzulässig.



I. Bedenken gegen die Zulässigkeit dieses Antrags bestehen allerdings nicht schon deshalb, weil der Kläger anstelle der Feststellungsklage für denselben Zeitraum eine Leistungsklage hätte erheben können. Eine Feststellungsklage ist zulässig, wenn die Durchführung des Feststellungsverfahrens unter dem Gesichtspunkt der Prozeßwirtschaftlichkeit zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt. Von einer Anstalt des öffentlichen Rechts wie der Beklagten ist zu erwarten, daß sie sich einem Feststellungsurteil beugen wird, ohne daß es einer Zwangsvollstreckung bedarf (vgl. zuletzt BAG Urteil vom 8. Mai 1984 - 3 AZR 68/82 - AP Nr. 20 zu § 7 BetrAVG, zu I der Gründe; Urteil vom 13. Januar 1987 - 1 AZR 267/85 - BAGE 54, 67, 72 = AP Nr. 3 zu § 23 BDSG, zu II 2 der Gründe).

II. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse, das auch noch in der Revisionsinstanz vorliegen muß, ist jedoch für diesen Antrag weggefallen.

Zwar reicht es im allgemeinen aus, wenn zur Zeit der Klageerhebung ein Feststellungsinteresse gegeben war, weil damals noch nicht auf Leistung geklagt werden konnte (BAG, aaO). Dies gilt jedoch dann nicht, wenn sich der Antrag nur noch auf einen abgeschlossenen Zeitraum bezieht und nicht ersichtlich ist, daß der Kläger durch die Nichterfüllung seiner Verpflichtung, hier durch die Nichtanwendung von einschlägigen Dienstvereinbarungen, überhaupt in seinen Rechten betroffen worden sein konnte. Der Kläger hat nicht zumindest die Möglichkeit dargelegt, daß eine Dienstvereinbarung auf ihn hätte aktuell und konkret Anwendung finden



können. Deshalb würde die gleichwohl begehrte Entscheidung auf die Beantwortung einer abstrakten, für das Rechtsverhältnis der Parteien bedeutungslosen Rechtsfrage hinauslaufen.

D. Der Antrag festzustellen, daß die Beklagte im selben Zeitraum zur Anwendung des einschlägigen Manteltarifvertrages (MTA) auf das Rechtsverhältnis mit dem Kläger verpflichtet war, ist nur teilweise begründet, überwiegend jedoch unzulässig.

I. Soweit der Kläger die Gewährung der Stufe 3 des Ortszuschlages nach § 29 Abschnitt B Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 MTA für jenen Zeitraum begehrt, ist der Antrag zulässig und begründet.

1. Für diesen Antrag ist das Feststellungsinteresse weiterhin gegeben. Es hatte im Zeitpunkt der Klageerhebung bestanden und ist auch nicht entfallen, nachdem sich der Antrag nur noch auf einen abgeschlossenen Zeitraum bezieht. Denn es bedurfte keiner besonderen Darlegung des Klägers, daß er für diesen Zeitraum durch die Nichtanwendung des MTA in seinen Rechten betroffen worden sein konnte, soweit ihm die einen Teil seiner laufenden Vergütung bildende Stufe 3 des Ortszuschlages versagt wurde (vgl. vorstehend unter C II).

2. Dem Kläger steht für die Zeit vom 11. März 1988 bis 5. Dezember 1990 auch die Stufe 3 des Ortszuschlages zu.

a) Nach dem die Befristungsklage abweisenden zweiten Berufungsurteil im Vorprozeß steht rechtskräftig fest, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mit Ablauf der vereinbarten Be-



fristung am 30. November 1987 beendet war. Nach dem unstreitigen Tatbestand des angefochtenen Urteils ist dieses Arbeitsverhältnis auch nicht von den Parteien fortgesetzt worden, und es ist auch kein neues, etwa bis zum rechtskräftigen Abschluß des Befristungsstreites auflösend bedingtes neues Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die Beklagte hat den Kläger vielmehr nach Erlaß des arbeitsgerichtlichen Urteils im Vorprozeß ausdrücklich nur "zur Abwendung der Zwangsvollstreckung" tatsächlich weiterbeschäftigt.

b) Nach der Rechtsprechung des Achten und des Sechsten Senats des Bundesarbeitsgerichts besteht zwischen den früheren Arbeitsvertragsparteien in diesem Falle für die Zeit der tatsächlichen Weiterbeschäftigung auch kein faktisches Arbeitsverhältnis (BAGE 54, 232, 237 f. = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung, zu I 5 der Gründe; BAG Urteil vom 1. März 1990 - 6 AZR 649/88 - EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 41, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, zu II 1 der Gründe). Die Zahlungsansprüche für die vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitsleistungen ergeben sich nach diesen Entscheidungen vielmehr aus § 818 Abs. 1 BGB, weil das Arbeitsverhältnis beendet war und somit für die beiderseitigen Leistungen keine Rechtsgrundlage bestand. Da dem Arbeitgeber die Herausgabe der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unmöglich ist, hat er gemäß § 818 Abs. 2 BGB den Wert zu ersetzen. Der Wert der Arbeit entspricht grundsätzlich dem Tariflohn, um den der Arbeitgeber bereichert ist. Zur Beurteilung, ob die vom Arbeitnehmer geforderte Gegenleistung nur die Arbeitsleistung während der Weiterbeschäftigungszeit voraussetzt oder ob noch andere Voraussetzungen (wie



z.B. Unkündbarkeit des Arbeitsverhältnisses, künftige Betriebs-treue usw.) vorliegen müssen, ist darauf abzustellen, ob ein solcher Anspruch bei Bestehen des Arbeitsverhältnisses gegeben wäre.

c) Auch wenn man dieser Ansicht folgt, kann der Kläger die tarifliche Vergütung in vollem Umfang und somit auch die Stufe 3 des Ortszuschlages beanspruchen. Auf die gegen diese Rechtsprechung angebrachte Kritik (vgl. Dütz, ArbuR 1987, 317; Falkenberg, DB 1987, 1534; v. Hoyningen-Huene, BB 1988, 264; ders. in Anm. zu AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung; Kempff, AiB 1988, 137; Schwerdtner, DB 1989, 878, 2025; ders. EWiR 1987, 467) braucht deshalb für die Entscheidung dieses Falles nicht eingegangen zu werden.

Gemäß § 26 Abs. 1 MTA besteht die Vergütung des Angestellten nämlich aus der Grundvergütung und aus dem Ortszuschlag. Nach § 29 Abschn. A Abs. 1 MTA richtet sich die Höhe des Ortszuschlags nach der Tarifklasse, der die Vergütungsgruppe des Angestellten zugeteilt ist und der Stufe, die den Familienverhältnissen des Angestellten entspricht (Abschn. B). Damit zählt der Tarifvertrag auch die Stufen des Ortszuschlags zu der Vergütung i. S. der Gegenleistung für die geschuldete Arbeit. Nach § 29 Abschn. B Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 MTA steht dem verheirateten und einem Kind unterhaltspflichtigen Kläger damit die Stufe 3 des Ortszuschlages zu.

II. Im übrigen ist der Feststellungsantrag unzulässig. Urlaubsansprüche sind nicht Gegenstand des Rechtsstreits; der Kläger hat seinen ursprünglich verfolgten Antrag auf Gewährung von Restur-



laub für 1987 und Urlaub für 1988 in der Berufungsinstanz zurückgenommen. Er hat auch nicht dargelegt, daß ihm sonstige tarifliche Leistungen, auf die er Anspruch haben könnte, vorenthalten worden sind. Er hat insbes nicht vorgetragen, im Anspruchszeitraum überhaupt arbeitsunfähig krank gewesen zu sein und deshalb Ansprüche auf Gehaltsfortzahlung und Gewährung von Beihilfen zu haben.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Ascheid

Baerbaum

Wisskirchen



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)