

Aktenzeichen: 5 AZR 282/02
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 24. September 2003
- 5 AZR 282/02 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 5. Oktober 2001
- 8 Ca 2138/01 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 1. März 2002
- 2 Sa 2316/01 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug - Unmöglichkeit - Rückwirkende Vertragsänderung

Gesetze:

BGB §§ 293, 295, 297; ZPO § 894

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



5 AZR 282/02
2 Sa 2316/01
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. September 2003

URTEIL

Schneider, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. Mai 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch und Dr. Linck sowie die ehrenamtlichen Richter Hinrichs und Dr. Hann für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 1. März 2002 - 2 Sa 2316/01 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Annahmeverzugslohn.

Der 1946 geborene Kläger ist seit März 1985 als Gas-Wasser-Installateur bei der Beklagten beschäftigt. Nach dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 25. Februar 1985 umfaßt seine Tätigkeit die selbständige Ausführung von sanitären Anlagen auf Baustellen einschl. Baustellenbesprechungen, Materialdispositionen, Erstellung von Aufmaßen und Arbeitsbescheinigungen, Akkordabrechnungen, Materialrückgaben und Berichtigung der Montagezeichnungen. Der Kläger ist wegen einer Asbestose schwerbehindert (GdB 60). Seit April 1998 war er arbeitsunfähig krank. Am 11. März 1999 wurde ihm rückwirkend ab dem 1. Juni 1998 eine Rente wegen Berufsunfähigkeit bewilligt.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23. Juni 1999 aus personenbedingten Gründen ordentlich zum 31. August 1999. Mit einer am 5. Juli 1999 beim Arbeitsgericht Berlin eingereichten und der Beklagten am 16. Juli 1999 zugestellten Klage (Az: - 10 Ca 19190/99 -) beantragte der Kläger:

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung vom 23. Juni 1999 zum 31. August beendet worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein Vertragsangebot zur Änderung des Arbeitsvertrags ab dem 1. September 1999 zu unterbreiten mit dem Inhalt, daß der Kläger weiterhin als Gas-Wasser-Installateur, als Bauleiter, als Materialbeschaffer, als Materialfahrer oder als Lagerarbeiter mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden tätig ist,



3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger nach Maßgabe des geänderten Arbeitsvertrags entsprechend dem Klageantrag zu 2) zu beschäftigen.

Unter dem 8. September 1999 schrieb der Kläger wie folgt an die Beklagte:

„Hiermit möchte ich mich wieder für Arbeiten in Ihrer Firma zum 12.10.1999 zur Verfügung stellen. Auf Grund meiner Krankheit wären dies ca. 20 Stunden pro Woche. Ich kann folgende Arbeiten ausführen bzw. für folgende Tätigkeiten eingesetzt werden:

- Einsatz im Materiallager: für Materialzusammenstellungen, Materialbestellungen, Material- und Werkzeugverwaltung sowie Ausgabe,
- Transport von Material und Werkzeug auf die diversen Baustellen (Tragen von schwerem Material ist ausgeschlossen),
- Einsatz in der Service-Abteilung für kleine Reparaturen,
- Einweisung von auszuführenden Arbeiten für Fremdmonteur vor Ort.

... In Erwartung Ihrer Stellungnahme und Mitteilung, wo ich mich am 12.10.1999 melden soll, verbleibe ich ...“

Die Beklagte reagierte hierauf nicht.

Das Arbeitsgericht gab der Klage mit Urteil vom 21. Juni 2000 statt. Das Landesarbeitsgericht verwarf die Berufung der Beklagten mit Urteil vom 6. Dezember 2000 als unzulässig und ließ die Revision nicht zu. Die Beklagte nahm ihre Nichtzulassungsbeschwerde mit Schriftsatz vom 21. Mai 2001 wieder zurück.

Mit Schreiben vom 29. Juni 2000 boten die Prozeßbevollmächtigten des Klägers die Arbeitskraft des Klägers unter Bezugnahme auf das Urteil vom 21. Juni 2000 „im Rahmen des ab dem 1. September 1999 abzuändernden Arbeitsvertrages als Gas-Wasser-Installateur, als Bauleiter, als Materialbeschaffer, als Materialfahrer oder als Lagerarbeiter mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden“ an. Unter dem 2. August 2000 forderten sie die Beklagte zur Beschäftigung ab dem 21. August 2000 entsprechend dem Urteil vom 21. Juni 2000 auf. Schließlich erklärten sie mit Schreiben vom 8. Dezember 2000 gegenüber der Beklagten die Annahme des Vertragsangebots aus dem Urteil, „und zwar in vollem Umfang und uneingeschränkt hinsichtlich des Inhalts des Vertragsangebots“. Die Beklagte lehnte eine Beschäftigung des Klägers ohne weitere Begründung ab.



Der Kläger verlangt Arbeitsvergütung für die Zeit vom 1. September 1999 bis zum 31. Juli 2001 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs auf der Basis einer Arbeitszeit von 20 Stunden wöchentlich und seiner bisherigen tariflichen Lohngruppe V, ab April 2000 der Lohngruppe VI. Dabei läßt er sich das für den genannten Zeitraum erhaltene Arbeitslosengeld, nicht aber die gleichzeitig bezogene Berufsunfähigkeitsrente anrechnen. Der Kläger hat behauptet, er sei Mitglied der IG Metall. Nach einer Betriebsvereinbarung der Beklagten stehe ihm in der Lohngruppe V nach 10 Jahren Betriebszugehörigkeit ein zusätzlicher Lohn von 1,20 DM/Stunde und in der Lohngruppe VI nach 15 Jahren Betriebszugehörigkeit ein zusätzlicher Lohn von 0,50 DM/Stunde zu. Diese Leistung habe auch einer ständigen vorbehaltlosen Praxis entsprochen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 57.411,24 DM brutto abzüglich 26.789,99 DM netto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz gem. § 1 DÜG nach bestimmter zeitlicher Staffelung zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Annahmeverzug habe nicht vorgelegen. Der Tenor des arbeitsgerichtlichen Urteils vom 21. Juni 2000 sei unbestimmt und nicht vollstreckbar. Ihr habe ein Wahlrecht zugestanden, das nicht ausgeübt worden sei. Der Kläger habe nicht etwa eine Mischstätigkeit geschuldet. Jedenfalls ergebe sich der Höhe nach ein geringerer Anspruch. Der Kläger sei nicht Mitglied der IG Metall. Urlaubsgeld für 2001 stehe ihm nach den tariflichen Regelungen mit der Beklagten nicht zu. Von der bisherigen Lohngruppe könne man nicht mehr ausgehen, da nicht feststehe, was der Kläger tatsächlich gearbeitet hätte. Die Betriebsvereinbarung sei gem. § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam. Auch die Berufsunfähigkeitsrente müsse angerechnet werden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.



Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

I. Das Landesarbeitsgericht hat im wesentlichen ausgeführt: Zwar stehe rechtskräftig fest, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 23. Juni 1999 zum 31. August 1999 beendet worden sei. Gleichwohl liege im Hinblick auf dieses Arbeitsverhältnis kein Annahmeverzug der Beklagten vor; denn der Kläger sei berufsunfähig und aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen, den Arbeitsvertrag in dem vereinbarten Umfang zu erfüllen. Auch hinsichtlich einer Teilzeitbeschäftigung sei die Beklagte nicht in Annahmeverzug geraten. Ihr sei durch das Urteil vom 21. Juni 2000 ein Wahlrecht bezüglich der Tätigkeit des Klägers zugestanden worden. Ein bestimmter Vertragsinhalt habe nicht festgestanden. Die Wirkung des § 894 ZPO habe deshalb erst bei Ausübung des Wahlrechts eintreten können. Die Beklagte habe das Vertragsangebot aber nicht konkretisiert. Der Kläger habe weder ein konkretes Angebot annehmen können noch selbst eine Auswahl der Tätigkeit vorgenommen. Vielmehr hätte er die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO betreiben und in diesem Rahmen das Wahlrecht als Gläubiger ausüben oder nach § 264 Abs. 2 BGB vorgehen müssen.

II. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Nach den bisherigen tatsächlichen Feststellungen kann nicht abschließend beurteilt werden, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Anspruch besteht.

1. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei nicht ab dem 1. September 1999 hinsichtlich Arbeitspflichten und Dauer der geschuldeten Arbeitszeit geändert worden.

a) Die Verurteilung der Beklagten vom 21. Juni 2000, „dem Kläger ein Vertragsangebot zur Änderung des Arbeitsvertrages ab dem 1. September 1999 zu unterbreiten mit dem Inhalt, daß der Kläger weiterhin als Gas-Wasser-Installateur, als Bauleiter, als Materialbeschaffer, als Materialfahrer oder als Lagerarbeiter mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden tätig ist“, ist im Mai 2001 rechtskräftig geworden. Damit galt das Angebot gemäß § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO als abgegeben.



aa) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts war die abzugebende Willenserklärung hinreichend bestimmt. Der Inhalt der Erklärung ist eindeutig darauf gerichtet, daß der Kläger in einem ab dem 1. September 1999 geänderten Arbeitsverhältnis mit 20 Wochenstunden tätig ist, und zwar weiterhin als Gas-Wasser-Installateur oder mit bestimmten bzw. nach dem Inhalt des Urteils bestimmbar anderen Tätigkeiten. Die Beklagte sollte nicht aus verschiedenen Angeboten auswählen dürfen. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Urteilsformel „ein Vertragsangebot ... mit dem Inhalt ...“. Das Angebot war seitens der Beklagten dem Kläger zu unterbreiten. Es entsprach keinesfalls der Interessenlage, daß sich die Beklagte oder der Kläger einzelne Tätigkeiten aussuchen konnten oder gar mußten. Vielmehr hatte der Kläger in seinem Antrag die Tätigkeiten formuliert, die er seines Erachtens auszuführen in der Lage sein werde, von denen aber nicht feststand, in welchem Umfang sie je für sich überhaupt anfallen würden. Es wäre daher lebensfremd gewesen, verschiedene Arbeitsverhältnisse zur Auswahl zu stellen. Vielmehr mußte es die Aussichten des Klägers auf eine dauerhafte Weiterbeschäftigung erhöhen, ein geändertes Arbeitsverhältnis mit breitem Spektrum zu begründen und der Beklagten jeweils die Bestimmung der Tätigkeit zu überlassen. Das Wort „oder“ drückt keineswegs stets eine gegenseitige Ausschließlichkeit aus („entweder-oder“), sondern kann auch im Sinne einer Aufzählung verstanden werden, die jedoch anders als bei der Verbindung mit „und“ nicht zwingend alle Alternativen einschließt. Der Kläger mußte nach dem angestrebten Vertrag also gegebenenfalls in allen aufgeführten Funktionen tätig werden, konnte das aber nicht beanspruchen. Dieser Wille kommt für alle Beteiligten erkennbar gerade auch in der Bezugnahme auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 28. April 1998 (- 9 AZR 348/97 - AP SchwbG 1986 § 14 Nr. 2 = EzA SchwbG 1986 § 14 Nr. 5) sowohl in der Klageschrift des Vorprozesses als auch im Urteil des Arbeitsgerichts vom 21. Juni 2000 zum Ausdruck. Dem steht nicht entgegen, daß die aufgezählten Tätigkeiten verschiedene Wertigkeiten besitzen und ein derartiger Vertrag durchaus unüblich ist. Dem Kläger kam es offenbar darauf an, in bestimmtem Umfang im Rahmen seiner (von ihm so eingeschätzten) Möglichkeiten unter Wahrung der Grenze des Hinzuverdienstes weiterarbeiten zu können. Auch das Fehlen einer Vergütung macht die Erklärung nicht unbestimmt. Eine ergänzende Auslegung, es werde die Vergütung entsprechend der vereinbarten Arbeitszeit und der Wertigkeit der jeweils im Rahmen billigen Ermessens angeordneten Tätigkeit geschuldet, liegt nahe. Nach alledem konnte der Kläger das Angebot der Beklagten durch ein „einfaches Ja“ annehmen (vgl. auch BGH 11. November 1994 - V ZR 276/93 - NJW 1995, 463).



bb) Das Angebot war nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Arbeitsverträge können rückwirkend geändert werden. Das gilt auch hinsichtlich der Pflichtenbindung des Arbeitnehmers - jedenfalls wenn nichts anderes praktiziert worden ist. Die Klage wurde bereits vor dem 1. September 1999 erhoben. Die Beklagte wußte, welche Beschäftigung der Kläger von ihr verlangte. Der Vertrag wurde ab dem 1. September 1999 nicht anders durchgeführt, sondern war tatsächlich außer Vollzug gesetzt. Die Problematik liegt anders als im Fall der rückwirkenden Neueinstellung (*vgl. hierzu BAG 14. November 2001 - 7 AZR 568/00 - BAGE 99, 326, 329 = AP MTA § 2 SR 2a Nr. 1 = EzA TVG § 4 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2, zu B II 2 a der Gründe mwN; ferner 3. Dezember 2002 - 9 AZR 457/01 - EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu A II 1 der Gründe*). Ob das Arbeitsgericht zur Abgabe eines Angebots mit Rückwirkung verurteilen durfte, insbesondere ob der Antrag zulässig und schlüssig war, kann wegen der eingetretenen Rechtskraft nicht mehr überprüft werden. Die Rechtskraft wirkt zwischen den Parteien (§ 322 Abs. 1, § 325 Abs. 1 ZPO). Danach sollte die angebotene Vertragsänderung ab dem 1. September 1999 wirken.

b) Der Kläger hat das durch § 894 ZPO fingierte Angebot angenommen. Er hat schon vor dem Mai 2001 und nach den Urteilen von Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht im Vorprozeß entsprechende Erklärungen gegenüber der Beklagten abgegeben. Eine weitere Erklärung gegenüber der Beklagten war nach der Verkehrssitte nicht mehr zu erwarten (§ 151 BGB). Die Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 1. Juni 2001 im vorliegenden Prozeß und sein gesamtes Prozeßverhalten ergeben, daß er an der Annahmeerklärung festhalten und diese bestätigen wollte. Damit ist die Änderung des Arbeitsvertrags entsprechend dem Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 21. Juni 2000 mit Wirkung ab dem 1. September 1999 zustande gekommen.

c) Der Kläger hat mit der Klageschrift vom 1. Juli 1999 angeboten, Tätigkeiten als Gas-Wasser-Installateur, Bauleiter, Materialbeschaffer, Materialfahrer oder Lagerarbeiter im Umfang von 20 Stunden wöchentlich zu erbringen. Die Beklagte hat die vertragsgerecht angebotene Leistung nicht angenommen. Das wörtliche Angebot des Klägers genügte, da die Beklagte die Annahme der Leistung schon mit Schreiben vom 16. Juni 1999 abgelehnt hatte und sie hieran durch ihr eindeutiges Verhalten im Prozeß festhielt. Sie ist deshalb in Annahmeverzug geraten (§§ 293, 295 BGB).



2. Das Landesarbeitsgericht muß prüfen, ob der Kläger die geschuldete Leistung überhaupt erbringen konnte und ob der Beklagten die Annahme zumutbar und möglich war.

a) Diese Fragen sind nicht etwa mit dem Vorprozeß rechtskräftig zugunsten des Klägers entschieden. Das Arbeitsgericht hat lediglich den Anspruch des Klägers auf Abschluß einer Vertragsänderung geprüft und bejaht. Ob die Leistung während der Vertragsdauer möglich war oder unmöglich geworden ist, ist davon unabhängig. Nach dem Vortrag der Parteien, insbesondere nach den vorliegenden medizinischen Gutachten, besteht Anlaß zu prüfen, in welchem Umfang der Kläger welche Leistungen erbringen konnte und mit welchen Arbeiten die Beklagte ihn beschäftigen konnte.

b) Der Kläger konnte nicht mehr vollzeitig als Gas-Wasser-Installateur arbeiten. Diese Feststellung des Landesarbeitsgerichts ist nicht mit Verfahrensrügen oder einem Tatbestandsberichtigungsantrag angegriffen worden und deshalb für den Senat bindend (§ 559 Abs. 2 ZPO). Damit ist die Arbeitsleistung des Klägers aber nicht notwendig insgesamt unmöglich geworden. Zwar kommt der Gläubiger nach § 297 BGB nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 BGB zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Unmöglichkeit in diesem Sinne ist jedoch nicht stets schon dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen in seiner Person nicht mehr alle Arbeiten verrichten kann, die zum Spektrum der vertraglich vereinbarten Tätigkeit zählen. Sonst bliebe außer acht, daß der Arbeitgeber gemäß § 315 BGB sein Weisungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben und auch die Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen hat. Ist es dem Arbeitgeber möglich und zumutbar, dem krankheitsbedingt nur eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer leidensgerechte Arbeiten zuzuweisen, so ist die Zuweisung anderer Arbeiten unbillig. Die Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers steht dann dem Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht entgegen (*BAG 11. März 1999 - 2 AZR 538/98 -, zu II 3 a, b der Gründe mwN*). Eine Teilzeitbeschäftigung des Klägers war jedenfalls im Grundsatz möglich.

c) Der Kläger hat die Arbeit im Rechtsstreit 10 Ca 19190/99 angeboten (§ 293 BGB). Zu klären ist, ob der Kläger die angebotenen Arbeitsleistungen (in dem gesamten Anspruchszeitraum) erbringen konnte oder ob er hierzu aus gesundheitlichen Gründen - teilweise - nicht in der Lage war. Immerhin war er seit April 1998 arbeitsunfähig krank; in seinem Schreiben vom 8. September 1999 geht er offenbar selbst von



einer Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit bis zum 11. Oktober 1999 und von Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit aus. Auch die vom Kläger vorgelegten medizinischen Gutachten deuten auf Einschränkungen hin. Schließlich fehlt es an tatsächlichen Feststellungen, ob die Beklagte dem Kläger die von diesem angestrebten Arbeiten überhaupt zuweisen konnte. Das Landesarbeitsgericht muß noch auf ergänzenden Sachvortrag hierzu hinwirken.

3. Es kann dahinstehen, ob eine vorläufig vollstreckbare Verurteilung der Beklagten mit Urteil vom 21. Juni 2000 vorliegt, den Kläger mit 20 Wochenstunden zu beschäftigen. Die Verurteilung „nach Maßgabe des geänderten Arbeitsvertrags“ wird dahin zu verstehen sein, daß die Beschäftigung erst mit Zustandekommen der Vertragsänderung, also frühestens mit Rechtskraft der Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung erfolgen sollte. Zwar wurde das Arbeitsverhältnis rückwirkend geändert, aber eben erst mit Zustandekommen des Vertrags. Bei Verkündung des Urteils stand dies noch nicht fest. Das Arbeitsgericht hat nicht zu einer vorläufigen Beschäftigung, sondern zur Beschäftigung während des unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnisses verurteilt. Unabhängig hiervon begründet die Verurteilung zur Beschäftigung keinen weitergehenden Annahmeverzug als das (rückwirkend) geänderte Arbeitsverhältnis selbst. Die Beklagte kann auch gegenüber ihrer Verpflichtung zur Beschäftigung einwenden, gerade diese Beschäftigung sei unmöglich geworden.

Zwar kann ein Zahlungsanspruch bei Verletzung der Beschäftigungspflicht auch unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit gemäß § 280, § 287 Satz 2 BGB aF gerechtfertigt sein (*BAG 12. September 1985 - 2 AZR 324/84 - AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 7 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 61, zu B III der Gründe*). Das setzt jedoch voraus, daß die Unmöglichkeit während des Schuldnerverzugs des Arbeitgebers eingetreten oder von diesem zu vertreten ist. Daran fehlt es, wenn die Beschäftigung unmöglich geworden ist, weil der Kläger nicht in der Lage war, die Leistung zu erbringen, oder es der Beklagten aus betrieblichen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar war, die Leistung entgegenzunehmen.

4. Zur Höhe eines etwaigen Anspruchs gibt der Senat folgende Hinweise:

a) Bei einem Arbeitsverhältnis, in dem der Kläger weiterhin als Gas-Wasser-Installateur, als Bauleiter, als Materialbeschaffer, als Materialfahrer oder als Lagerarbeiter tätig werden sollte, kommt nicht ohne weiteres die vorher einschlägige Lohngruppe für Monteure zur Anwendung. Das Arbeitsgericht hat im Urteil vom 21. Juni 2000 nicht entschieden, daß eine veränderte Arbeitstätigkeit mit einem unveränderten



Stundenlohn verbunden sein sollte. Vielmehr ist der Stundenlohn erkennbar deshalb offengeblieben, weil auch die Tätigkeiten des Klägers, die die Beklagte im Rahmen ihres Direktionsrechts zu bestimmen hatte, noch nicht feststanden. Es liegt fern, trotz unterschiedlicher Tätigkeiten, deren zeitlicher Umfang jeweils ungewiß ist, eine einheitliche Lohngruppe festzulegen. Vielmehr ist bei der tarifgebundenen Beklagten der jeweilige Tariflohn als die übliche Vergütung anzusehen (§ 612 Abs. 2 BGB). Das Landesarbeitsgericht muß deshalb gegebenenfalls feststellen, welche Tätigkeiten für den Kläger möglich gewesen wären und von der Beklagten im Rahmen billigen Ermessens (§ 315 BGB) angeordnet worden wären. Der Kläger wird die Höhe der Stundenvergütung für die jeweiligen Tätigkeiten noch näher darlegen müssen. Der Anspruch auf Vergütung aus einer höheren Lohngruppe ab April 2000 ist nicht schlüssig begründet.

b) Die Regelung in der Betriebsvereinbarung, nach der Monteure bei bestimmter Betriebszugehörigkeit einen Zuschlag zum Stundenlohn erhalten, verstößt gegen § 77 Abs. 3 BetrVG und ist deshalb unwirksam. Es handelt sich um eine freiwillige Betriebsvereinbarung iSd. § 88 BetrVG. Die Vereinbarung bestimmter Lohnzuschläge wegen der Dauer der Betriebszugehörigkeit liegt nicht im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG und geht auch über § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hinaus. Sie betrifft Arbeitsentgelte, die üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden. Eine Öffnungsklausel im Tarifvertrag ist vom Kläger nicht behauptet worden und nicht ersichtlich.

Das Landesarbeitsgericht wird gegebenenfalls die Voraussetzungen einer rechtsgeschäftlichen Zusage und einer einzelvertraglichen Vereinbarung gemäß § 151 Satz 1 BGB prüfen müssen. Es ist denkbar, daß die Beklagte die Zulage unabhängig von der Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung auf Dauer zahlen wollte (vgl. BAG 23. August 1989 - 5 AZR 391/88 - EzA BGB § 140 Nr. 16 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 42 mit Anm. Hromadka). Möglicherweise hat sie die Zulage in Kenntnis von der Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung an die begünstigten Arbeitnehmer (weiter) gezahlt. Auch ein Anspruch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz kommt in Betracht.

c) Soweit der Kläger ein zusätzliches Urlaubsgeld für 2001 nach Ziff. VI des Urlaubstarifvertrags vom 23. Mai 1997 fordert, steht dem die am 23. Juli 2001 zwischen der Beklagten und der IG Metall abgeschlossene Zusatzvereinbarung zum Firmentarifvertrag (Anerkennungstarifvertrag) vom 28. Januar 1999 entgegen. Danach wird das zusätzliche Urlaubsgeld für das Jahr 2001 ausgesetzt. Es fehlt deshalb an einer An-



spruchsgrundlage. Unerheblich ist, daß das Arbeitsgericht den in der Kammerverhandlung erhobenen Einwand aus der Zusatzvereinbarung als verspätet zurückgewiesen hat und die Beklagte die Zusatzvereinbarung erst mit der Berufungsbegründung vom 3. Januar 2002 vorgelegt hat; denn das Fehlen der normativen Anspruchsgrundlage steht nunmehr fest, ist nicht mehr beweisbedürftig (vgl. *BGH 31. Januar 1980 - VII ZR 96/79 - BGHZ 76, 133, 141*).

d) Soweit der Kläger 23 x 52,00 DM = 1.196,00 DM an vermögenswirksamen Leistungen verlangt, kann die Nettozahlung nur auf das vermögenswirksame Konto erfolgen.

5. Der Kläger zieht von seiner Forderung zutreffend das erhaltene Arbeitslosengeld („Nettobetrag“) ab; dies ist die ihm infolge Arbeitslosigkeit gezahlte öffentlich-rechtliche Leistung (§ 11 Nr. 3 KSchG). Die Beklagte hat die von der Bundesanstalt geleisteten Beiträge ggf. aus dem Bruttobetrag zu erstatten (§ 335 Abs. 3 SGB III). Insoweit ist die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 9. April 1981 (- 6 AZR 787/78 - BAGE 35, 200 = AP KSchG 1969 § 11 Nr. 1 = EzA KSchG § 11 Nr. 3) durch das Inkrafttreten von § 335 Abs. 3 und 4 SGB III überholt (vgl. *Gagel SGB III Stand Juli 2002 § 335 Rn. 9, 29; KR-Wolff 6. Aufl. SozR Rn. 119; aA KassKomm-Kater Stand Mai 2003 § 115 SGB X Rn. 19, § 116 SGB X Rn. 198*). Dementsprechend hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts Bruttokrankenbezüge abzüglich des ausgezahlten Nettokrangeldes zugesprochen und angenommen, der Bruttovergütungsanspruch sei hinsichtlich der daraus zu leistenden Sozialversicherungsbeiträge auch nicht in der Höhe auf die Krankenkasse übergegangen, in der diese Beiträge geleistet habe. Der Anspruchsübergang nach § 115 Abs. 1 SGB X führe nicht zu einer Entlastung des Arbeitgebers von den Beiträgen, die er aus dem geschuldeten Bruttoentgelt zu entrichten habe (4. Dezember 2002 - 7 AZR 437/01 - EzA BGB 2002 § 620 Nr. 1, zu B II 1 der Gründe).

6. Eine Anrechnung der Rente wegen Berufsunfähigkeit kommt im Streitfall nicht in Betracht.

a) Die Berufsunfähigkeitsrente des Klägers war keine Leistung infolge Arbeitslosigkeit (§ 11 Nr. 3 KSchG). Der Leistungsträger erbrachte sie nicht deshalb, weil der Arbeitgeber den Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht erfüllte (§ 115 Abs. 1 SGB X). Vielmehr diene sie nach § 43 SGB VI vom 18. Dezember 1989 in der Fassung des Gesetzes vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2998) dem Ausgleich der Berufsunfähigkeit (Minderung der Erwerbsfähigkeit auf weniger als die Hälfte). Der Kläger hat sie objektiv



in jedem Falle zu Recht erhalten. Er macht Vergütungsansprüche in dem Umfang geltend, wie Erwerbsfähigkeit bestand und er nach seiner Darstellung noch hätte arbeiten können. Insoweit können Vergütungsansprüche neben der Berufsunfähigkeitsrente bestehen; die Berufsunfähigkeitsrente stellt keine Ersatzleistung hierfür dar. Vielmehr war der Kläger auf sein Arbeitsverhältnis bzw. den allgemeinen Arbeitsmarkt angewiesen.

b) Der Kläger hat die Berufsunfähigkeitsrente nicht durch anderweitige Verwendung seiner Dienste im Sinne der allgemeinen Vorschrift des § 615 Satz 2 BGB erworben. Vielmehr wird die Rente als Versicherungsleistung gezahlt, weil eine anderweitige Verwendung der Dienste auf Grund der Minderung der Erwerbsfähigkeit teilweise nicht mehr möglich ist.

7. Der Kläger kann wegen der vor dem 1. Mai 2000 fällig gewordenen Forderungen auch für die anschließende Zeit nur 4 % Zinsen verlangen (Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3 EGBGB). Für die ab dem 1. Mai 2000 fällig gewordenen Forderungen ergibt sich der Zinsanspruch aus § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB idF des Gesetzes vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330) in Verb. mit § 284 Abs. 2 Satz 1, § 285 aF BGB. Hinsichtlich der Zinshöhe ist Art. 229 § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 EGBGB zu beachten (vgl. auch BAG 4. Dezember 2002 - 7 AZR 437/01 - EzA BGB 2002 § 620 Nr. 1, zu IV der Gründe).

Müller-Glöge

Mikosch

Linck

W. Hinrichs

Hann



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

