

Aktenzeichen: 5 AZR 355/03
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 24. März 2004
- 5 AZR 355/03 -

I. Arbeitsgericht
Offenbach

Urteil vom 13. Dezember 2001
- 1 Ca 400/99 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 28. Februar 2003
- 12 Sa 28/02 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Entgeltfortzahlung - Arbeitswille - Betriebsübergang

Gesetze:

EFZG § 3; BGB § 613a; KSchG §§ 2, 8; BAT § 71

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 355/03
12 Sa 28/02
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. März 2004

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. März 2004 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 Feldmeier für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 28. Februar 2003 - 12 Sa 28/02 - aufgehoben, soweit es die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Offenbach vom 13. Dezember 2001 - 1 Ca 400/99 - zurückgewiesen hat.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revision noch über Entgeltfortzahlungsansprüche des Klägers.

Der 1950 geborene Kläger ist bei der beklagten Stadt seit 1983 beschäftigt. Zunächst war er Leiter des Gartenamts und seit 1992 zusätzlich Betriebsleiter der Friedhöfe. Auf das Arbeitsverhältnis findet kraft Bezugnahme im Arbeitsvertrag der BAT in der jeweils gültigen Fassung Anwendung. Der Kläger erhielt zuletzt eine Vergütung nach VergGr. Ia BAT.

Am 19. Juni 1997 beschloss die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten, mit Wirkung vom 1. Januar 1998 die Aufgaben des Gartenamts auf den Eigenbetrieb der Stadt O Kommunale Dienstleistungen (ESO) zu übertragen. Von dieser Maßnahme war auch der Arbeitsplatz des Klägers betroffen. Die Amtsleiterstelle des Klägers bei der Beklagten fiel weg.

Mit Schreiben vom 27. November 1998, das dem Kläger am 2. Dezember 1998 zugeing, sprach die Beklagte eine Änderungskündigung zum 30. Juni 1999 aus. Zugleich bot sie ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit Sonderaufgaben und einer Vergütung nach VergGr. Ib BAT an. Der Kläger nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an und erhob Änderungschutzklage. Das Arbeitsgericht gab der Klage mit Urteil vom 17. Juni 1999 statt. Mit Urteil vom 1. März 2001 änderte das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts ab und wies die Klage rechtskräftig als unzulässig ab. Zur Begründung des abweisenden Urteils hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt:

„...“

1.

Der vom Kläger erst- und zweitinstanzlich gestellte Feststellungsantrag zielt auf eine Rechtskontrolle und nicht lediglich auf



eine Überprüfung des dem Kläger unterbreiteten Angebots daraufhin, ob dieses dem Kläger billigerweise zumutbar sei. Das steht im Widerspruch zu der zweitinstanzlich vom Kläger nachdrücklich behaupteten Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt.

Denn erstinstanzlich hatte der Kläger die Kündigung schwerpunktmäßig wegen ihrer Unvereinbarkeit mit den Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 BAT angegriffen.

2.

Nachdem sich nunmehr in zweiter Instanz herausgestellt hat, dass der Kläger über den 01.07.1999 hinaus Vergütung nach Vergütungsgruppe I a BAT erhält und ihm im ESO-Bereich auch ein räumlicher Arbeitsbereich vorbehalten ist, den der Kläger zwar nutzt, in dem er indes nicht die ihm aufgebundene Arbeit leistet, ist die Klage als eine auf Rechtskontrolle gerichtete unzulässig und abzuweisen.

3.

Die Beklagte bzw. die Fa. ESO GmbH haben durch die (vorbehaltslose) Weitervergütung des Klägers mit Vergütung nach Vergütungsgruppe I a BAT über den 30.06.1999 hinaus die streitige Kündigung als Änderungskündigung obsolet werden lassen.

Insoweit bedarf mithin der Kläger keines gerichtlichen Rechtsschutzes mehr.

4.

Soweit nach dem erstgerichtlich ausgeurteilten Feststellungsanspruch das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger „unverändert“ fortbesteht, ist die Berufung in dem Sinne begründet, dass eine Weiterbeschäftigung des Klägers über den 01.07.1999 hinaus mit den Aufgaben eines „Leiters des Gartenamts“ nicht geschuldet sein kann. Auch insoweit ist die Klage unzulässig.

a.) Das folgt zum einen daraus, dass der Kläger - nach seinem eigenen Vorbringen im Berufungsrechtszug - das Änderungsangebot unter Vorbehalt angenommen hatte. Er war somit verpflichtet, ab dem 01.07.1999 die ihm mit dem Änderungsangebot aufgegebenen Arbeiten zu erledigen.

b.) Das folgt zum anderen aber auch aus dem unstreitigen Streichen der Stelle des „Leiters des Gartenamts“, die es jetzt weder bei der beklagten Stadt noch bei der jetzt zusätzlich verklagten Fa. ESO GmbH gibt.

...“

Zum 1. Januar 2000 überführte die Beklagte den Eigenbetrieb auf die „E mbH“ (EOD). Mit Schreiben vom 25. November 1999 wurde der Kläger darüber unterrichtet, dass sein Arbeitsverhältnis zum 1. Januar 2000 im Wege eines Betriebsübergangs auf



die EOD übergehe. Hiergegen wandte sich der Kläger mit Anwaltschreiben vom 30. November 1999 sowie mit einem am 10. Dezember 1999 beim Arbeitsgericht eingereichten Klageantrag, der bis zum zweiten Rechtszug Gegenstand dieses Rechtsstreits war. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage - insoweit rechtskräftig - stattgegeben und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers zur beklagten Stadt fortbesteht. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Eigenbetrieb der beklagten Stadt sei gemäß § 613a BGB auf die EOD übergegangen. Der Kläger habe dem Betriebsübergang jedoch widersprochen, so dass sein Arbeitsverhältnis zur Stadt fortbestehe.

Seit Juni 1999 erschien der Kläger während der für ihn maßgebenden Arbeitszeit in dem zunächst vom Eigenbetrieb und dann von der EOD bereitgestellten Büro und verbrachte die Zeit - wie er selbst ausgeführt hat - mit Nachdenken. Die in der Stellenbeschreibung aufgeführten Tätigkeiten verrichtete der Kläger nicht. Die Beklagte und dann, von Januar 2000 bis Mitte 2001, die EOD vergüteten den Kläger vorbehaltlos nach der VergGr. Ia BAT.

Vom 14. Juni 2001 bis zum 20. Februar 2002 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Weder die EOD noch die beklagte Stadt leisteten in dieser Zeit Entgeltfortzahlung.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger - soweit in der Revision noch von Bedeutung - Entgeltfortzahlung für die Zeit von 1. Juli bis zum 30. November 2001 sowie die Zuwendung für das Jahr 2001 auf der Grundlage einer Vergütung nach VergGr. Ia BAT.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate Juli 2001 bis November 2001 je brutto DM 9.416,76 (= 4.814,71 Euro) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 1 des DÜG vom 9. Januar 1998 an dem jeweils 1. des Folgemonats zu zahlen, und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger brutto DM 9.416,76 (= 4.814,71 Euro) nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 1 des DÜG vom 9. Januar 1998 seit dem 1. Dezember 2001 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung und die Zuwendung bestehe nicht, weil der Kläger während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit nicht arbeitswillig gewesen sei.



Die Vorinstanzen haben die Klage in dem in der Revision noch anhängigen Umfang abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist zum Teil begründet. Der Kläger kann von der Beklagten für die Zeit vom 1. Juli bis zum 30. November 2001 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie die tarifliche Zuwendung verlangen. Die Entgeltfortzahlung und die Zuwendung sind jedoch nicht nach der VergGr. Ia BAT, sondern der VergGr. Ib BAT zu berechnen. Mangels tatsächlicher Feststellungen zur Höhe der Vergütung nach VergGr. Ib BAT kann die Höhe der Forderung in der Revision nicht berechnet werden. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

I. Der Kläger kann gemäß § 37 Abs. 1 und 2 iVm. § 71 BAT von der Beklagten Krankenbezüge bis zum Ende der 26. Woche und damit für den gesamten streitgegenständlichen Zeitraum verlangen.

1. Der Kläger war in dieser Zeit durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert.

2. Die Entgeltfortzahlungspflicht trifft die Beklagte. Nach dem rechtskräftig gewordenen Teil des in diesem Rechtsstreit ergangenen Urteils des Landesarbeitsgerichts steht fest, dass der Kläger während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stand.

3. Das Landesarbeitsgericht hat den Entgeltfortzahlungsanspruch des Klägers zu Unrecht wegen fehlenden Arbeitswillens verneint.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zwar zunächst zutreffend angenommen, ein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG - und damit auch nach § 37 Abs. 1 BAT - bestehe nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung sei. Der Anspruch auf Arbeitsentgelt darf nicht bereits auf Grund anderer Ursachen entfallen. Der Entgeltfortzahlungsanspruch setzt also vor-



aus, dass der erkrankte Arbeitnehmer ohne die Arbeitsunfähigkeit einen Vergütungsanspruch gehabt hätte. Das bedeutet aber nicht, dass alle hypothetischen Geschehensabläufe zu berücksichtigen sind. Vielmehr muss es sich um reale Ursachen handeln, die im konkreten Fall für den Ausfall der Arbeit auch wirksam geworden sind (*Senat 4. Dezember 2002 - 5 AZR 494/01 - AP EntgeltFG § 3 Nr. 17 = EzA EntgeltfortzG § 3 Nr. 10; 20. März 1985 - 5 AZR 229/83 - AP LohnFG § 1 Nr. 64 = EzA LohnFG § 1 Nr. 77*). Der Arbeitnehmer, der nicht bereit ist zu arbeiten, erhält auch im Falle einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Erkrankung keine Vergütung.

Hat der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses durch Betriebsübergang wirksam widersprochen sowie eine Beschäftigung bei dem Betriebserwerber abgelehnt und auf Beschäftigung bei seinem Arbeitgeber bestanden, beruht der Ausfall der Arbeit nicht auf einem fehlenden Arbeitswillen, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt. Denn der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers ist nicht mehr bei seinem Arbeitgeber vorhanden, sondern durch Betriebsübergang auf den Erwerber übergegangen. Eine Anrechnung des böswilligen Unterlassens eines Erwerbs durch anderweitige Verwendung der Dienste gem. § 615 Satz 2 BGB findet im Falle der Arbeitsunfähigkeit nicht statt. Auch eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze scheidet aus, weil sie gerade auf den Fall des Annahmeverzugs zugeschnitten sind. Ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig krank, besteht keine Obliegenheit zur anderweitigen Arbeit. Der Arbeitnehmer darf allerdings nicht widersprüchlich handeln, wenn er Entgeltfortzahlung fordert. Deshalb kann es dem Arbeitgeber im Einzelfall nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unzumutbar sein, Entgeltfortzahlung zu leisten, obwohl alle Voraussetzungen des Anspruchs erfüllt sind (*Senat 4. Dezember 2002 - 5 AZR 494/01 - AP EntgeltFG § 3 Nr. 17 = EzA EntgeltfortzG § 3 Nr. 10*).

b) In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze besteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch des Klägers. Nach dem rechtskräftig gewordenen Teil des angefochtenen Urteils des Landesarbeitsgerichts steht fest, dass der Arbeitsplatz des Klägers zum 1. Januar 2000 im Wege des Betriebsübergangs nach § 613a BGB von der Beklagten auf die EOD übergegangen ist. Dieser Betriebsübergang hatte allerdings keinen Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf die EOD zur Folge, weil der Kläger dem Betriebsübergang wirksam widersprochen hatte. Das bedeutet, dass auch unter Zugrundelegung der vom Kläger in den Vorinstanzen nicht bestrittenen Behauptung der Beklagten, er sei ab 1. Juli 1999 nicht bereit gewesen, auf dem ihm zugewiesenen Arbeitsplatz „Sonderaufgaben“ zu bearbeiten, allenfalls bis 31. Dezember 1999 im



Verhältnis zur Beklagten von einer Arbeitsunwilligkeit ausgegangen werden kann. Ab dem 1. Januar 2000 war die von der Beklagten behauptete Arbeitsunwilligkeit des Klägers im Verhältnis zu ihr irrelevant. Eine Beschäftigungsmöglichkeit und - dem korrespondierend - eine Arbeitspflicht des Klägers auf dem Arbeitsplatz Sonderaufgaben bestand gegenüber der Beklagten nicht. Die Beklagte hätte deshalb dem Kläger ab 1. Januar 2000 eine andere Arbeitsaufgabe zuweisen müssen. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

Ein widersprüchliches Verhalten des Klägers liegt nicht vor. Der Kläger hat mit seiner am 10. Dezember 1999 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage in diesem Verfahren beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf die EOD übergegangen ist. Er hat damit bereits vor dem Wirksamwerden des Betriebsübergangs zum 1. Januar 2000 deutlich gemacht, dass seiner Auffassung nach das Arbeitsverhältnis zur Beklagten fortbesteht.

4. Der vom Kläger geltend gemachte Entgeltfortzahlungsanspruch ist der Höhe nach nicht begründet.

a) Bei der Berechnung der Höhe des Entgeltfortzahlungsanspruchs und des Krankengeldzuschusses ist ein Vergütungsanspruch des Klägers nach VergGr. Ib BAT zugrunde zu legen.

aa) Mit der Annahme des Änderungsangebots aus der Änderungskündigung vom 27. November 1998 unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung kam eine Vertragsänderung zustande, die unter der gem. § 8 KSchG rückwirkenden auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) gerichtlich festzustellender Sozialwidrigkeit stand (*BAG 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26*). Mit der Abweisung der Änderungschutzklage durch das Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 1. März 2001 (- 12 Sa 1933/99 -) ist der Vorbehalt erloschen (*KR-Rost § 2 KSchG Rn. 173; ErfK/Ascheid § 2 KSchG Rn. 72; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG § 2 Rn. 96; Stahlhacke/Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis Rn. 1266*). Das Arbeitsverhältnis besteht daher zu den geänderten Bedingungen fort.

bb) Der Kläger hat nicht dargelegt, dass die Parteien diese Vertragsänderung wieder rückgängig gemacht haben. Aus der bloßen Weiterzahlung der Vergütung allein kann auf einen entsprechenden übereinstimmenden Willen nicht geschlossen werden.



cc) Aus dem die Änderungsschutzklage abweisenden Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 1. März 2001 (- 12 Sa 1933/99 -) ergibt sich nicht mit präjudizieller Wirkung für diesen Rechtsstreit, dass der Kläger Anspruch auf Vergütung nach VergGr. Ia BAT hat. Bei einer klageabweisenden Entscheidung ist zwar der aus der Begründung zu ermittelnde, die Rechtsfolge bestimmende, ausschlaggebende Abweisungsgrund Teil des in Rechtskraft erwachsenden Entscheidungssatzes und nicht allein ein Element der Entscheidungsbegründung (*BGH 24. Juni 1993 - III ZR 43/92 - NJW 1993, 3204, 3205*). Den Entscheidungsgründen des Urteils des Landesarbeitsgerichts vom 1. März 2001 (- 12 Sa 1933/99 -) lässt sich jedoch ein ausschlaggebender Abweisungsgrund nicht entnehmen, weil die Gründe in sich widersprüchlich sind. So führt das Landesarbeitsgericht unter 3. der Entscheidungsgründe aus, die Änderungskündigung sei wegen der vorbehaltlosen Weiterzahlung der Vergütung nach VergGr. Ia BAT obsolet. Unter 4. heißt es jedoch weiter, die Berufung der Beklagten sei begründet, soweit nach dem erstinstanzlichen Urteil das Arbeitsverhältnis unverändert fortbestehe, weil eine Weiterbeschäftigung mit den Aufgaben eines Leiters des Gartenamts nicht geschuldet sei. Wenn die Änderungskündigung jedoch obsolet sein soll, kann die Berufung der Beklagten in Bezug auf die Wirksamkeit dieser Änderungskündigung nicht begründet sein.

b) Die Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs ist wegen fehlender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zu den die Vergütungshöhe bestimmenden Tatsachen nicht möglich. Dies wird das Landesarbeitsgericht nachzuholen haben.

II. Soweit der Kläger für das Jahr 2001 eine Zuwendung nach dem Tarifvertrag über eine Zuwendung für Angestellte (TV-Zuwendung) fordert, ist seine Revision gleichfalls begründet. Der Kläger kann gemäß § 1 TV-Zuwendung eine Zuwendung verlangen. Die Zuwendung für das Jahr 2001 beträgt jedoch nicht 100 % der Vergütung nach VergGr. Ib BAT, sondern nur 85,80 %. Eine Berechnung der Zuwendung durch das Revisionsgericht ist mangels Feststellung der tatsächlichen Grundlagen nicht möglich. Auch insoweit hat das Landesarbeitsgericht neu zu entscheiden.

Müller-Glöge

Mikosch

Linck

W. Hinrichs

Feldmeier



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

