

Aktenzeichen: 5 AZR 870/06
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 26. September 2007
- 5 AZR 870/06 -

I. Arbeitsgericht
Lingen

Urteil vom 15. April 2005
- 1 Ca 727/02 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 23. Juni 2006
- 3 Sa 990/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzugslohn nach einer Änderungskündigung

Gesetze:

BGB §§ 242, 273, 298, § 615 Satz 2, § 812 Abs. 1 Satz 1, § 814; KSchG
§§ 2, 11 Satz 1 Nr. 2; ZPO § 551

Leitsätze:

1. Der Arbeitnehmer kann die Annahme einer zumutbaren Arbeit allein dadurch böswillig unterlassen (§ 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG), dass er ein im Zusammenhang mit einer Kündigung erklärtes Änderungsangebot nicht nach § 2 KSchG unter Vorbehalt annimmt.
2. Erklärt der Arbeitgeber anschließend eine Beendigungskündigung, ohne die auf der Änderungskündigung beruhende Arbeitsmöglichkeit weiter anzubieten, endet das böswillige Unterlassen mit Ablauf der Kündigungsfrist.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 870/06

3 Sa 990/05

Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. September 2007

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Widerbeklagter, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und
Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen
Verhandlung vom 26. September 2007 durch den Vorsitzenden Richter am
Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Prof. Dr. Mikosch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux sowie den ehrenamtlichen Richter Feldmeier und die ehrenamtliche Richterin Reinders für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 23. Juni 2006 - 3 Sa 990/05 - aufgehoben, soweit es über die Widerklage und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden hat.
2. Die Sache wird insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
3. Im Übrigen wird die Revision des Klägers als unzulässig verworfen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten insbesondere noch über die Rückzahlung von Arbeitsvergütung, die die Beklagte unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs geleistet hat.

Der im Jahre 1940 geborene Kläger war seit 1983 bei der Beklagten beschäftigt. Seit dem 1. Januar 1998 leitete er die Spielbank B.

Die Beklagte entschied im März 1999, das sog. „Große Spiel“ (Roulette) in B zu schließen und in O neu zu eröffnen. Das Automatenspiel sollte in B verbleiben. Die Parteien führten ohne Ergebnis Gespräche über die künftige Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen.

Mit Schreiben vom 21. August 2001 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2001 und bot dem Kläger zugleich ab dem 1. Januar 2002 die Stelle des Leiters der Automatenspielbank in B an. Das monatliche Endgehalt einschließlich aller Zuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit sollte gemäß Anlage 2 zum Tronc- und Gehaltstarifvertrag der Beklagten in der Gruppe C 1 6.438,00 DM betragen. Im Jahre 2000 hatte der



Kläger insgesamt 134.395,04 DM (68.715,09 Euro) verdient. Der Kläger lehnte das Änderungsangebot ab und erhob Kündigungsschutzklage.

Das Arbeitsgericht Lingen stellte mit Urteil vom 29. August 2002 fest, das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung der Beklagten nicht zum 31. Dezember 2001 aufgelöst worden. Diese Entscheidung wurde im September 2003 rechtskräftig, nachdem Berufung und Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten erfolglos geblieben waren.

Zwischenzeitlich hatte die Beklagte am 13. und 14. November 2002 ordentliche Kündigungen zum 31. Dezember 2002 ausgesprochen. Mit Schriftsatz vom 27. Januar 2004 erklärte sie, sie leite hieraus keine Rechte mehr her.

Vom 29. Oktober 2001 bis zum 23. Juni 2002 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Seinen Urlaubsantrag vom 30. Oktober 2001 für die Zeit vom 6. bis zum 31. Dezember 2001 wies die Beklagte am 5. November 2001 zurück. Urlaubsansprüche für das Jahr 2002 machte der Kläger erstmals mit Schreiben vom 2. Mai 2003 geltend. Im August 2003 verlangte er Urlaub für die Zeit vom 2. November bis zum 31. Dezember 2003, der ihm nicht gewährt wurde.

Die Beklagte erbrachte nach dem 27. Januar 2004 Vergütungsnachzahlungen für die Zeit ab Juni 2002. Sie forderte den Kläger wiederholt auf, die Arbeit wieder aufzunehmen. Der Kläger machte demgegenüber ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Am 9. Dezember 2004 nahm der Kläger die Arbeit in O auf. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte alle fälligen Gehaltsforderungen ausgeglichen. Ab dem 13. Dezember 2004 hatte der Kläger langfristig Urlaub. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete im Jahre 2005 mit Eintritt des Klägers in den Ruhestand.

Mit seiner am 4. Dezember 2002 erhobenen und später erweiterten Klage hat der Kläger Vergütungsnachzahlung, Schadensersatz und Urlaubsgewährung für die Jahre 2001 bis 2003 verlangt. In der Berufungsinstanz hat er - soweit in der Revision noch von Bedeutung - einen Steuerschaden iHv. 19.515,51 Euro nebst Zinsen wegen verspäteter Gehaltszahlung und eine Urlaubsabgeltung für 2002 iHv. 8.888,64 Euro nebst Zinsen geltend gemacht. Die Beklagte hat Widerklage auf Rückzahlung der geleisteten Nettoarbeitsver-



gütung (einschl. eines Zuschusses zum Krankengeld) für die Zeit vom 10. Dezember 2001 bis zum 8. Dezember 2004 zzgl. der gezahlten Zinsen erhoben.

Der Kläger hat vor dem Landesarbeitsgericht - soweit in der Revision noch von Bedeutung - beantragt,

10

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 8.888,64 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 19.515,51 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf den Betrag von 13.308,00 Euro netto seit Zustellung des Schriftsatzes vom 17. Januar 2005 sowie Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf den Betrag von 19.515,51 Euro seit Zustellung des Schriftsatzes vom 29. März 2005 zu zahlen,
3. die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat beantragt,

11

1. die Klage abzuweisen,
2. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 99.223,23 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf 23.312,03 Euro seit dem 30. November 2004 und auf weitere 75.911,20 Euro seit dem 25. Februar 2005 zu zahlen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, der Kläger müsse das für den Zeitraum vom 10. Dezember 2001 bis zum 8. Dezember 2004 gezahlte Nettogehalt zurückzahlen. Er habe sich auf die erbrachten Gehaltsleistungen das Gehalt eines Leiters der AutomatenSpielbank B anrechnen zu lassen, weil ihm eine derartige Tätigkeit angeboten worden sei. Hierbei habe es sich um einen bedeutenden Ausschnitt aus der bisherigen Tätigkeit des Klägers gehandelt. Mit dem Änderungsangebot sei keine deutliche Statusverschlechterung verbunden gewesen. Im Übrigen hätte der Kläger spätestens zum 1. Oktober 2004 seine

12



Arbeit in der Spielbank O aufnehmen können. Bis zu diesem Zeitpunkt sei sein Gehalt abgerechnet und gezahlt und der Annahmeverzug beendet gewesen.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, dem Kläger ab dem 5. April 2005 55 Urlaubstage für 2003 zu gewähren. Es hat den Kläger verurteilt, an die Beklagte 7.617,11 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. Februar 2005 zu zahlen. Hierbei handelt es sich um eine für die Zeit vom 1. Oktober bis zum 8. Dezember 2004 geleistete Nettovergütung. Im Übrigen hat das Arbeitsgericht die Klage und die Widerklage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen, dessen geänderte Klage abgewiesen und auf die Berufung der Beklagten den Kläger verurteilt, weitere 91.606,12 Euro nebst Zinsen an die Beklagte zu zahlen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger die vor dem Landesarbeitsgericht gestellten Anträge weiter.

13

Entscheidungsgründe

Die Revision ist hinsichtlich des Zahlungsbegehrens des Klägers unzulässig, hinsichtlich der Widerklage dagegen zulässig und begründet. Sie führt insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

14

A. Die Revision ist unzulässig, soweit der Kläger weiterhin eine Urlaubsabgeltung für 2002 iHv. 8.888,64 Euro nebst Zinsen und Schadensersatz iHv. 19.515,51 Euro nebst Zinsen verlangt; denn es fehlt insoweit an einer Revisionsbegründung, § 551 ZPO.

15

Bezieht sich ein Rechtsmittel auf mehrere Ansprüche im prozessualen Sinn, ist zu jedem Anspruch eine ausreichende Rechtsmittelbegründung zu geben. Fehlen Ausführungen zu einem Anspruch, ist das Rechtsmittel insoweit unzulässig. Eine Auseinandersetzung mit der Hauptbegründung kann nur dann genügen, wenn die Begründetheit des einen Anspruchs von der des anderen

16



abhängt (vgl. nur BAG 16. März 2004 - 9 AZR 323/03 - BAGE 110, 45, 51 mwN).

Die Ansprüche auf Urlaubsabgeltung und Schadensersatz stellen selbständige, von den mit der Widerklage verfolgten Ansprüchen unabhängige Streitgegenstände dar, deren Abweisung durch das Landesarbeitsgericht jeweils mit einer eigenständigen Revisionsbegründung angegriffen werden musste. Die Auseinandersetzung des Revisionsklägers mit seiner Verurteilung auf Grund der Widerklage kann die Abweisung der von ihm erhobenen Klageanträge in keiner Weise in Frage stellen. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Urlaubsanspruch für 2002 sei mangels rechtzeitiger Geltendmachung verfallen, die Beklagte habe sich mit den ausstehenden Vergütungsansprüchen nicht in Verzug befunden. Zu diesen tragenden Begründungen enthält die Revisionsbegründung nichts. Die Revision ist gem. § 552 Abs. 1 ZPO in dem bezeichneten Umfang als unzulässig zu verwerfen.

17

B. Soweit das Landesarbeitsgericht die Verurteilung des Klägers auf Grund der Widerklage bestätigt hat und auf die Berufung der Beklagten den Kläger zu einer weiteren Zahlung iHv. 91.606,12 Euro nebst Zinsen verurteilt hat, ist die Revision zulässig und begründet.

18

I. Für die Zeit vom 10. bis zum 31. Dezember 2001 besteht kein Rückzahlungsanspruch. Dieser Zeitraum liegt vor dem Wirksamwerden der Kündigung vom 21. August 2001. Der Bestand des Arbeitsverhältnisses war unstreitig. Annahmeverzug lag nicht vor. Der Kläger war vielmehr arbeitsunfähig krank, der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum mit dem 9. Dezember 2001 abgelaufen. Die Beklagte zahlte hieran anschließend einen tariflichen Krankengeldzuschuss, dessen Rückforderung nicht in Betracht kommt. Ebenso besteht für die Zeit vom 1. Januar bis zum 23. Juni 2002 kein Rückzahlungsanspruch. Das Arbeitsverhältnis war gekündigt, der Kläger weiterhin arbeitsunfähig krank. Die Beklagte zahlte weiter den tariflichen Krankengeldzuschuss. Eine Rückforderung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen böswilligen Unterlassens anderweitigen Erwerbs (§ 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG, § 615 Satz 2 BGB) kommt mangels Annahmeverzugs und mangels anderweitiger Erwerbsmöglichkeit nicht in

19



Betracht. Dementsprechend hat die Beklagte im Revisionsverfahren erklärt, bei ihrer Widerklage gehe es nur noch um die Vergütung ab dem 24. Juni 2002.

II. Für die Zeit vom 24. Juni bis zum 31. Dezember 2002 besteht dem Grunde nach ein Rückzahlungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. 20

1. Ab dem 24. Juni 2002 war der Kläger wieder arbeitsfähig. Die Beklagte befand sich auf Grund der unwirksamen Kündigung vom 21. August 2001 im Annahmeverzug, auch wenn der Kläger das Ende der Arbeitsunfähigkeit nicht angezeigt haben sollte (§ 296 BGB). Entgegen der von der Beklagten erstinstanzlich vertretenen Rechtsauffassung muss zur Begründung des Annahmeverzugs die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht mitgeteilt werden (*BAG 24. November 1994 - 2 AZR 179/94 - BAGE 78, 333*). Der Kläger hätte entsprechend dem Angebot vom 21. August 2001 als Leiter der AutomatenSpielbank in B weiterarbeiten können, wenn er dieses Angebot nicht ausgeschlagen hätte. 21

2. Die Beklagte hat das Gehalt in der Höhe des hypothetischen Gehalts eines Leiters der AutomatenSpielbank B ohne Rechtsgrund geleistet, weil der Kläger die Möglichkeit eines entsprechenden Erwerbs böswillig ausgeschlagen hat; denn diesen Verdienst musste er sich anrechnen lassen, § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG. 22

a) Ein böswilliges Unterlassen scheidet entgegen der Auffassung der Revision nicht deshalb aus, weil die Beklagte ein Vertragsangebot und kein Arbeitsangebot gemacht habe. Auch das in Verbindung mit einer Änderungskündigung erklärte Angebot kann die Obliegenheit zur Annahme einer zumutbaren Arbeit auslösen (*Senat 16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - BAGE 111, 123*). Es ist nicht auf eine endgültige Vertragsänderung gerichtet, auf die sich der Arbeitnehmer allerdings nicht einlassen muss (*Senat 11. Januar 2006 - 5 AZR 98/05 - BAGE 116, 359*). Vielmehr besteht eine vorläufige Arbeitsmöglichkeit; denn der Arbeitnehmer kann das Angebot unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG annehmen mit der Folge des § 8 KSchG bei Obsiegen. Der Arbeitgeber muss die Vorläufigkeit entgegen der Auffassung der Revision nicht eigens zum Ausdruck bringen. Sie ergibt sich hinreichend deutlich aus dem Gesetz. Lehnt der Arbeit- 23



nehmer das Angebot ab, bedarf es keines neuen, auf eine sog. Prozessbeschäftigung gerichteten Angebots. Vielmehr handelt der Arbeitnehmer, der die Möglichkeit des § 2 KSchG nicht wahrnimmt, auf eigenes Risiko, wenn sich herausstellt, dass die angebotene Arbeit zumutbar war. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG und § 615 Satz 2 BGB betreffen eben nicht nur die Prozessbeschäftigung. Das zeigt gerade der Regelfall der Arbeit bei einem anderen Arbeitgeber. Diese findet notwendigerweise auf einer vertraglichen Grundlage statt und bindet den Arbeitnehmer bis auf Weiteres.

b) Entgegen der Auffassung der Revision war das Änderungsangebot nicht auf eine unzumutbare Beschäftigung gerichtet. Die entsprechenden Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht geht unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 16. Juni 2004 (- 5 AZR 508/03 - BAGE 111, 123) von den zutreffenden Maßstäben aus und wendet sie rechtsfehlerfrei auf den Streitfall an. Es handelte sich bei der angebotenen Tätigkeit insbesondere nicht um eine gänzlich andere Arbeit. Vielmehr blieb ein Teil der Leitungstätigkeiten erhalten. Jedenfalls angesichts der Umstrukturierungen bei der Beklagten ist die Übernahme von Aufsichts- und Kassierertätigkeiten nach dem Maßstab des § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG nicht unzumutbar (vgl. Senat 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 16 ff., AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 19). Auch auf die vorläufige Gehaltsabsenkung von ca. 134.000,00 DM auf ca. 78.000,00 DM jährlich musste sich der Kläger in der konkreten Situation einlassen. Bei dem angebotenen Gehalt handelte es sich um das Tarifgehalt für die vorgesehene Tätigkeit. Der Kläger hat die Unzumutbarkeit der Gehaltshöhe nicht konkret dargelegt. Er hat nicht einmal eine Alternative gegenüber dem Eintritt dauerhafter Arbeitslosigkeit (mit entsprechend niedrigem Einkommen) aufgezeigt.

c) Das Landesarbeitsgericht muss noch die Höhe des Anspruchs klären. Auszugehen ist von dem vertraglichen Bruttogehalt des Klägers. Hiervon ist der hypothetische Bruttoverdienst abzuziehen. Dieser richtet sich nach dem ausgeschlagenen Änderungsangebot der Beklagten vom 21. August 2001; einen weitergehenden Erwerb hat der Kläger nicht böswillig unterlassen. Es ergibt



sich der verbleibende Bruttogehaltsanspruch des Klägers. In dieser Höhe hat die Beklagte mit Rechtsgrund an den Kläger geleistet. Die Beklagte hat darzulegen, was sie darüber hinaus für den bezeichneten Zeitraum an den Kläger ohne Rechtsgrund geleistet hat. Entsprechend ihrem bisherigen Klageantrag kann sie insoweit einen Nettoanspruch errechnen und sich auf dessen Rückforderung beschränken. Sofern neben der Anrechnung nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG auch eine Anrechnung nach § 11 Satz 1 Nr. 3 KSchG, etwa wegen des Bezugs von Arbeitslosengeld, zu erfolgen hat, kommen die Grundsätze des Senatsurteils vom 11. Januar 2006 (- 5 AZR 125/05 - BAGE 116, 355, 358) zur Anwendung.

3. Einer Rückforderung steht § 814 BGB nicht entgegen. Nach dieser Bestimmung kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. § 814 BGB greift dann nicht ein, wenn die Leistung unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, der Anspruch sei nicht berechtigt, oder zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung erfolgt (*BGH 12. Juli 1995 - XII ZR 95/93 - NJW 1995, 3052, zu 2 b der Gründe mwN*). So liegt es hier. Die Beklagte zahlte auf die Vergütungsansprüche unter dem Druck der Zurückbehaltung der Arbeitsleistung durch den Kläger. Ob sie den Einwand aus § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG schon während der Rechtshängigkeit der Zahlungsansprüche vor der Zahlung erheben musste, kann dahingestellt bleiben; denn sie hat diesen Einwand tatsächlich erhoben.

26

III. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2003 bis zum 30. September 2004 besteht kein Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Vergütung gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Beklagte hat die Vergütung nicht ohne Rechtsgrund geleistet. Sie befand sich auf Grund der unwirksamen bzw. später „zurückgenommenen“ Kündigungen unstreitig in Annahmeverzug. Rechtsgrund der Zahlungen waren deshalb § 611 Abs. 1, § 615 Satz 1 BGB. Der Kläger musste sich nichts mehr nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG, § 615 Satz 2 BGB anrechnen lassen. Die Beklagte hat für den genannten Zeitraum kein Beschäftigungsangebot gemacht. Vielmehr hat sie das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2002

27



gekündigt und ausdrücklich erklärt, der Kläger könne nicht mehr weiterbeschäftigt werden. Die Änderungskündigung vom 21. August 2001 mit dem Angebot, ab dem 1. Januar 2002 als Leiter der AutomatenSpielbank in B weiterzuarbeiten, war damit überholt. Die gegenteilige Auffassung des Landesarbeitsgerichts widerspricht der eindeutigen Erklärung der Beklagten. Der Kläger hat es demnach ab dem 1. Januar 2003 nicht mehr böswillig unterlassen, anderweitig zu arbeiten.

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Annahmeverzug nicht vor dem 30. September 2004 geendet. Die Entscheidung über die Kündigungsschutzklage gegen die Änderungskündigung vom 21. August 2001 wurde im September 2003 rechtskräftig. Zu diesem Zeitpunkt stritten die Parteien noch gerichtlich über die Kündigungen vom 13. und 14. November 2002. Erst mit Schriftsatz vom 27. Januar 2004 erklärte die Beklagte, sie leite aus diesen Kündigungen keine Rechte mehr her. Zur Beendigung des Annahmeverzugs war eine Arbeitsaufforderung seitens der Beklagten erforderlich. Eine solche ist konkret erst auf Grund des Schreibens vom 22. September 2004 zum 1. Oktober 2004 erfolgt. Vorher hat die Beklagte keinen Arbeitsplatz für den Kläger bereitgestellt. Von sich aus brauchte der Kläger weder in B noch in O noch an einem anderen Ort die Arbeit anzubieten. Es war Sache der Beklagten zu entscheiden, wo sie den Kläger vertragsgemäß beschäftigen wollte. Die Beklagte hat auch nicht etwa die Vergütung mit der Begründung zurückverlangt, es habe kein Annahmeverzug mehr bestanden und sie habe deshalb nichts geschuldet, sondern allein die Anrechnung des Gehalts eines AutomatenSpielbankleiters verlangt.

28

IV. Ob ein Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der für die Zeit vom 1. Oktober bis zum 8. Dezember 2004 geleisteten Nettovergütung iHv. 7.617,11 Euro nebst Zinsen gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht, kann nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht beurteilt werden. Es bedarf weiterer Sachaufklärung.

29

1. Wie ausgeführt, war das Änderungsangebot vom 21. August 2001 durch die nachfolgenden, unbedingt ausgesprochenen Kündigungen zum

30



31. Dezember 2002 überholt. Die Beklagte hat ab dem 1. Januar 2003 keine geänderte Weiterbeschäftigung mehr angeboten, sondern ausdrücklich mitgeteilt, es stehe keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr zur Verfügung. Eine Anrechnung des Gehalts eines Leiters der AutomatenSpielbank kann daher nicht erfolgen. Die Beklagte beruft sich auch nicht auf eine Anrechnung, sondern macht ausdrücklich die Rückforderung der gesamten für den betreffenden Zeitraum an den Kläger gezahlten Vergütung geltend, weil die Arbeitsleistung nicht erbracht worden sei und kein Zurückbehaltungsrecht mehr bestanden habe.

2. Für den Rückzahlungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt es auf die vom Landesarbeitsgericht ausdrücklich dahingestellte Frage des Zurückbehaltungsrechts an. Für eine abschließende Entscheidung hierzu fehlt es an ausreichenden tatsächlichen Feststellungen. 31

a) Die Beklagte hat den Kläger mit Schreiben vom 22. September 2004 aufgefordert, die Arbeit am 1. Oktober 2004 in O aufzunehmen. Dies entsprach dem rechtskräftigen Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 28. März 2003. Grundsätzlich ist es zur Beendigung des Annahmeverzugs nach einer unwirksamen Kündigungserklärung erforderlich und ausreichend, dass der Arbeitgeber die versäumte Arbeitsaufforderung nachholt und dies mit der Erklärung verbindet, die Arbeitsleistung als Erfüllung des fortbestehenden Arbeitsvertrags anzusehen (*BAG 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - AP BGB § 615 Nr. 98 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 1, zu B I 1 b der Gründe mwN; Senat 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - BAGE 108, 27, 29*). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Beklagte wollte ersichtlich dem rechtskräftigen Urteil nachkommen. 32

b) Nach § 298 BGB endet der Annahmeverzug nicht, solange der Schuldner wirksam ein Zurückbehaltungsrecht ausübt (*BAG 21. Mai 1981 - 2 AZR 95/79 - BAGE 35, 324, 336*). § 298 BGB gilt nicht nur für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB), sondern auch für alle Fälle des Zurückbehaltungsrechts (*Palandt/Heinrichs BGB 66. Aufl. § 298 Rn. 1*). 33



c) Die tatsächlichen Voraussetzungen für ein Zurückbehaltungsrecht sind nicht festgestellt. Festgestellt ist auch nicht, was beide Parteien hierzu vorge-
tragen haben. Der Senat muss deshalb die Entscheidung dem Landesarbeits-
gericht überlassen. Zu berücksichtigen ist, dass das Zurückbehaltungsrecht des
§ 273 BGB eine besondere Ausformung des Gebotes von Treu und Glauben
(§ 242 BGB) darstellt und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegt
(*ErfK/Preis 7. Aufl. § 611 BGB Rn. 577, § 614 BGB Rn. 17*). Von weiteren
Hinweisen sieht der Senat angesichts der offenen Sachlage ab.

34

V. Die Beklagte verlangt Zinsen iHv. 10.427,57 Euro zurück, die sie an
den Kläger auf rückständige Vergütungsansprüche gezahlt hat. Ob die Beklagte
einen Teilbetrag nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückfordern kann, hängt von
dem Erfolg der Widerklage im Übrigen ab und lässt sich deshalb im vorliegen-
den Revisionsverfahren nicht beurteilen. Die Beklagte muss hierfür darlegen,
welche Zinsbeträge sie auf welche Vergütungsansprüche gezahlt hat.

35

Müller-Glöge

Mikosch

Laux

Feldmeier

Reinders

