

Aktenzeichen: 5 AZR 884/78

LAG Berlin Urteil des BAG vom 28. Januar 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 615, §§ 242, 295 Satz 1, § 324 Abs. 1
Satz 1; Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit vom 12. Dezember 1973 (BGBI. I, 1885) § 4

Leitsätze:

K e i n e



5 AZR 884/78

3 Sa 117/77 Berlin

Verkündet am
28. Januar 1981

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

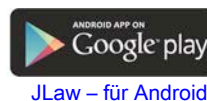
hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Januar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, den Richter Dr. Heither und die Richterin Michels-Holl sowie die ehrenamtliche Richterin Bahr und den ehrenamtlichen Richter Krebs für Recht erkannt:

1. Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 27. Juni 1978 - 3 Sa 117/77 - wird zurückgewiesen.
2. Das beklagte Land hat die Kosten der Revision zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !



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



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger verlangt vom beklagten Land für die Zeit vom 1. August bis 31. Dezember 1976 die vereinbarte Vergütung. Er ist Facharzt für Frauenkrankheiten und Geburtshilfe. Am 25. Juli 1952 vereinbarten die Parteien "eine hauptberufliche Beschäftigung als nicht vollbeschäftigter Arzt (24 Std. wöchentl.) im Kinderkrankenhaus des Bezirks Wedding". Seit dieser Zeit leitete der Kläger die Abteilung für Geburtshilfe an der Kinderklinik des Rudolf-Virchow-Krankenhauses. Er erhielt zuletzt eine Vergütung nach der VergGr. I a BAT. Außerdem wurde der Kläger vom beklagten Land als leitender Fürsorgearzt der Beratungsstelle für werdende Mütter sowie als Konsiliararzt im Humboldt-Krankenhaus (Bezirk Reinickendorf) beschäftigt. Schließlich betreibt der Kläger noch eine eigene Praxis auf seinem Fachgebiet.

Die geburtshilfliche Abteilung der Kinderklinik des Rudolf-Virchow-Krankenhauses wurde zum 31. Dezember 1975 geschlossen. Diese Maßnahme beruht auf dem Landeskrankenhausgesetz Berlin vom 13. Dezember 1974 (GVBl. S. 2810). Ab 1. Januar 1976 war der Kläger zunächst als Gutachter für das Gesundheitsamt Wedding tätig. Er sollte prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Familienberatungsstelle eingerichtet werden könnte. Als dieses Vorhaben scheiterte, schrieb das beklagte Land dem Kläger am 16. Juli 1976:

"Bezugnehmend auf unsere fernmündlichen Unterredungen teilen wir Ihnen mit, daß wir Ihnen im Rahmen Ihres Arbeitsvertrages eine Ihrer Eingruppierung entsprechende Tä-

- 3 -



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



- 3 -

tigkeit in der Geburtshilflich-Gynäkologischen Abteilung unseres Hauses unter der ärztlichen Leitung von Herrn Prof. Dr. B zuweisen werden.

Wir bitten Sie, am 21. Juli 1976 Ihren Dienst in dieser Abteilung aufzunehmen."

Der Kläger wandte am 20. Juli 1976 ein, daß ihm "als angestellter Chefarzt die Tätigkeit als untergeordneter Arzt in einer anderen Abteilung" nicht zuzumuten sei. Danach bot ihm das beklagte Land am 27. Juli 1976 eine Beschäftigung als unmittelbar der Krankenhausleitung unterstellter Betriebsarzt an. Auch diese Tätigkeit lehnte der Kläger mit Schreiben vom 30. Juli 1976 ab. Er erklärte sich aber ausdrücklich bereit, eine seinem bisherigen Aufgabenbereich entsprechende Tätigkeit zu übernehmen. Das beklagte Land stellte ab August 1976 die Gehaltszahlung ein.

Dagegen setzte sich der Kläger mit der vorliegenden Klage zur Wehr. Während des Rechtsstreits dehnte das beklagte Land - auf Anregung des Arbeitsgerichts - die Bemühungen um eine anderweitige angemessene Beschäftigung des Klägers über den Bezirk Wedding hinaus auf die anderen Bezirke und Krankenhausbetriebe des Landes Berlin aus. Diese Bemühungen hatten Erfolg. Das Bezirksamt Kreuzberg bot dem Kläger die Leitung einer Geschwulstberatungsstelle an. Dort ist der Kläger seit 1. Januar 1977 tätig. Mit der Klage fordert er jetzt das Gehalt für die Zeit vom 1. August bis 31. Dezember 1976 in der unstreitigen Höhe von 15.207,01 DM brutto. Er hat den entsprechenden Zahlungsantrag gestellt.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die Auffassung vertreten, dem Kläger seien die zugewiesenen Tätigkeiten in der



- 4 -

Abteilung von Prof. Dr. B und als Betriebsarzt zumutbar gewesen. Vorsorglich hat das beklagte Land geltend gemacht, der Kläger habe nicht dargelegt, daß er sich um anderweitige Arbeit bemüht habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des beklagten Landes ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt das beklagte Land den Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

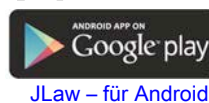
Das Berufungsgericht hat im Ergebnis recht; der Kläger kann für August bis Dezember 1976 Gehalt beanspruchen. Seine Ansprüche ergeben sich allerdings aus Annahmeverzug (§ 615 Satz 1 BGB) und nicht - wie das Berufungsgericht meint - aus einer vom beklagten Land zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung (§ 324 Abs. 1 Satz 1 BGB).

1. Die vom Kläger geschuldete Leistung ist nicht unmöglich geworden (§ 324 Abs. 1 Satz 1 BGB).

a) Der Kläger schuldete dem beklagten Land in der hier fraglichen Zeit die Tätigkeit als leitender Arzt einer Fachabteilung in einem Krankenhaus. Zwar hatten die Parteien zu Beginn des Arbeitsverhältnisses am 25. Juli 1952 nur eine Beschäftigung "als ... Arzt" vereinbart, ohne die Tätigkeit näher zu kennzeichnen. Gemeint war aber die Tätigkeit als leitender Abteilungsarzt. Das folgt schon daraus, daß diese Tätigkeit dem Kläger vom ersten Tage des Arbeitsverhältnisses an übertragen wurde. Zumindest ist diese Tätigkeit nach 23-jähriger Beschäftigung zu der geschuldeten Leistung geworden.



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



- 5 -

b) Daran hat sich durch die einverständliche Beauftragung mit einem Gutachten nichts geändert. Diese Tätigkeit hatte der Kläger nur vorübergehend für das erste Halbjahr 1976 übernommen. Durch sein Gutachten sollte geklärt werden, ob die weitere Verwendung eines leitenden Arztes in der beabsichtigten Familienberatungsstelle sinnvoll und möglich wäre. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag sollten von dieser vorübergehenden Abordnung zunächst unberührt bleiben. Davon geht auch das beklagte Land aus.

c) Die geschuldete Leistung ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht unmöglich geworden. Es kann auch offen bleiben, wie sich die Neuorganisation der Krankenhäuser auf die im Land Berlin beschäftigten Ärzte auswirkte. Die Beschäftigung eines Arztes als Leiter einer Fachabteilung war jedenfalls weiterhin möglich. Das trifft sogar für das Krankenhaus zu, in dem der Kläger bis Ende 1975 beschäftigt wurde. So leitete etwa Prof. Dr. B , dem der Kläger zugewiesen wurde, eine "Geburtshilflich-Gynäkologische Abteilung" dieses Krankenhauses.

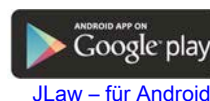
2. Trotz diesen Rechtsfehlers muß das angefochtene Urteil bestätigt werden. Dem Kläger stehen die Gehaltsansprüche nach § 615 Satz 1 BGB zu. Er hatte die geschuldete Leistung angeboten (§ 295 Satz 1 BGB); das beklagte Land hat sie nicht angenommen.

Danach wäre Annahmeverzug nur dann nicht eingetreten, wenn das beklagte Land dem Kläger eine Tätigkeit zugewiesen hätte, die dieser hätte übernehmen müssen. Das ist jedoch nicht der Fall.

a) Die Tätigkeit als Arzt in der von Prof. Dr. B geleiteten "Geburtshilflich-Gynäkolo-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

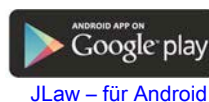
gischen Abteilung" des Krankenhauses war nicht vertragsgerecht. In dieser Abteilung sollte der Kläger als nachgeordneter Arzt tätig werden. Das folgt eindeutig aus dem Schreiben vom 16. Juli 1976, wonach der Kläger "unter der ärztlichen Leitung" von Herrn Prof. Dr. B arbeiten sollte. Diese Tätigkeit als nachgeordneter Arzt war dem Kläger nicht zuzumuten. Als leitender Arzt war er bisher für die medizinische Betreuung der Patienten seiner Abteilung verantwortlich. Nachgeordnete Ärzte konnte er anweisen. Diese Verantwortung kennzeichnet die Tätigkeit eines leitenden Arztes. Umgekehrt hätte der Kläger in der neuen Stellung die fachlichen Weisungen des Leiters dieser Abteilung beachten müssen. Seine Verantwortung bei der medizinischen Betreuung von Patienten wäre als nachgeordneter Arzt erheblich eingeschränkt. Soweit das beklagte Land dies jetzt in der Revisionsinstanz bestreitet und geltend macht, dem Kläger sei in der neuen Abteilung ein Aufgabengebiet mit größerer Eigenverantwortung zugewiesen worden, ist dies neuer Sachvortrag; er ist unbeachtlich (§ 561 Abs. 1 ZPO). Im übrigen konnte der Kläger annehmen, das beklagte Land halte seine Einwendungen im Schreiben vom 20. Juli 1976 gegen die Zumutbarkeit der Sache nach für berechtigt, weil es ihm ein anderes Angebot unterbreitete, ohne nochmals auf die Beschäftigung bei Prof. Dr. B zurückzukommen.

Danach kommt es auf den Vergleich zwischen der tariflichen Eingruppierung des Klägers in dem früheren Aufgabenbereich als leitender Arzt einer Abteilung und in der neuen Stelle eines nachgeordneten Arztes nicht mehr

- 7 -



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



an. Der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes ist zwar im Grundsatz verpflichtet, jede ihm zugewiesene Tätigkeit zu verrichten, die den Merkmalen seiner Vergütungsgruppe sowie seinen Kräften und Fähigkeiten entspricht. Das gilt aber nicht für Tätigkeiten, die dem Arbeitnehmer billigerweise nicht zugemutet werden können (vgl. BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht [zu II der Gründe] m.w.N.; vgl. zuletzt zu Umfang und Grenzen des Direktionsrechts das Urteil des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27. März 1980 - 2 AZR 506/78 - [demnächst] AP Nr. 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht [zu III 1 der Gründe], auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Hier konnte dem Kläger nach der langjährigen Beschäftigung als leitender Arzt die Tätigkeit eines nachgeordneten Arztes auch dann nicht mehr zugewiesen werden, wenn, wie das beklagte Land behauptet, beide Tätigkeiten tariflich gleichbewertet würden. Auf entsprechende Angriffe der Revision gegen diesen Teil der Begründung des Berufungsgerichts braucht der Senat deshalb nicht einzugehen.

Unbeachtlich ist schließlich auch der Einwand des beklagten Landes, die zugewiesene Tätigkeit sei schon deshalb zumutbar, weil der Kläger in seiner weiteren Berufstätigkeit als frei praktizierender Facharzt und als Konsiliararzt an einem anderen Städtischen Krankenhaus keine Chefarztstätigkeit ausübe. Darauf kann es nicht ankommen. Zu entscheiden ist nur, ob das beklagte Land die für das Teilzeitarbeitsverhältnis vereinbarte Tätigkeit als leitender Arzt einseitig ändern konnte. Dabei sind weitere Tätigkeiten des Klägers ohne Bedeutung.

b) Auch die Tätigkeit eines Betriebsarztes war dem Kläger nicht zumutbar. Darin ist dem Berufungsgericht uneingeschränkt beizupflichten.



Der Kläger verfügte nicht über die erforderliche arbeitsmedizinische Fachkunde, die erforderlich gewesen wäre, um ihm die Aufgaben eines Betriebsarztes zu übertragen (§ 4 des Gesetzes über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit - ArbeitssicherheitsG - vom 12. Dezember 1973 - BGBl. I, 1885). Das ist zwischen den Parteien auch nicht streitig. Das beklagte Land hat nur die Auffassung vertreten, der Kläger hätte sich die erforderlichen Kenntnisse ohne weiteres aneignen können. Das aber ist nicht der Fall. Der Deutsche Ärztetag fordert eine insgesamt zweijährige Fortbildung, davon eine dreimonatige theoretische Ausbildung in der Arbeitsmedizin, zwölf Monate klinische und poliklinische Tätigkeit auf dem Gebiet der Inneren Medizin und neun Monate praktische Tätigkeit in der Arbeitsmedizin bei einem ermächtigten Arzt. Daraus wird deutlich, daß der Kläger die im bisherigen Aufgabengebiet erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten nur beschränkt hätte verwerten können; er hätte praktisch auf dem Fachgebiet der Arbeitsmedizin noch einmal von vorn anfangen müssen. Das war ihm nicht zuzumuten. Auch eine Übernahme dieses Aufgabengebietes unter stillschweigend vereinbartem Verzicht auf eine Weiterbildung wäre für beide Seiten verantwortungslos gewesen; darauf brauchte sich der Kläger nicht einzulassen.

c) Allenfalls hätte sich für den Kläger aus § 242 BGB die Verpflichtung ergeben können, vorübergehend eine andere als die vereinbarte Tätigkeit auszuüben, wenn eine Beschäftigung als leitender Arzt auf erheblich und nur schwer zu beseitigende Hindernisse gestoßen wäre. Davon kann hier aber keine Rede sein: Zum einen



hat sich das beklagte Land zu spät um eine anderweitige angemessene Beschäftigung des Klägers als leitender Arzt oder in einem ähnlichen Aufgabengebiet bemüht. Es wäre verpflichtet gewesen, schon vor der Zuweisung der Tätigkeit als nachgeordneter Arzt entsprechende Bemühungen auf alle Krankenhäuser und Dienststellen des beklagten Landes auszuweiten. Arbeitgeber des Klägers ist das Land Berlin, nicht der Bezirk. Die Beschäftigungspflicht des beklagten Landes erstreckt sich deshalb auf den gesamten Verwaltungsbereich (vgl. das nicht veröffentlichte Urteil des Vierten Senats vom 28. Oktober 1976 - 4 AZR 580/75 -, auf das schon das Arbeitsgericht die Parteien hingewiesen hatte). Zum anderen hätte das beklagte Land - in der hier unterstellten Notlage - dem Kläger die Tätigkeit eines nachgeordneten Arztes nur vorübergehend zumuten können. Es hätte zum Ausdruck bringen müssen, daß es den Kläger sobald wie möglich wieder als leitenden Arzt beschäftigen werde. Davon ist in der Anordnung vom 16. Juli 1976 nicht die Rede. Der Kläger konnte diese Anweisung nur so verstehen, daß ihm die Tätigkeit als nachgeordneter Arzt auf Dauer zugewiesen werde.

3. Dem Kläger steht der Lohn in voller Höhe zu; er braucht sich weder anderweitig erzielten Verdienst noch den Wert desjenigen anrechnen zu lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste zu erwerben böswillig unterlassen hat (§ 615 Satz 2 BGB).

a) Es ist im Laufe des Rechtsstreits unstreitig geworden, daß der Kläger im fraglichen Zeitraum seine Dienste nicht anderweitig verwendet hat. Zwar hatte das beklagte Land zunächst vermutet, daß sich der Kläger während der 24 Wochenstunden, die ihm jetzt zusätzlich zur Verfügung standen, in seinem Beruf betätigt hätte. Der Klä-



- 10 -

ger hatte jedoch dann behauptet, er habe inso-
weit "keine anderweite Tätigkeit ausgeübt und
somit auch keine Einkünfte erzielt". Diese Be-
hauptung hat das beklagte Land als richtig an-
erkannt, weil es in dem darauffolgenden Schrift-
satz nur noch darauf abstellte, daß der Kläger
seine Dienste anderweitig hätte verwenden kön-
nen.

b) Für die Annahme, daß der Kläger es böswil-
lig unterlassen hätte, anderweitigen Verdienst
zu erzielen, reicht der Sachvortrag des beklag-
ten Landes nicht aus. Böswillig im Sinne von
§ 615 Satz 2 BGB handelt der Arbeitnehmer nur,
wenn er trotz Kenntnis aller objektiven Umstän-
de - Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Ar-
beit und Nachteilsfolgen für den Arbeitgeber -
vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme
der Arbeit verhindert (BAG AP Nr. 2 zu § 615
BGB Böswilligkeit [zu 1 b der Gründe] m.w.N.).
Diese Voraussetzungen für die Anrechnung hat
der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen (BAG
23, 484 [511] = AP Nr. 44 zu Art. 9 GG [zu B
7 a der Gründe] m.w.N.). Das beklagte Land hat
insoweit nur geltend gemacht, der Kläger hätte
durch eine zeitlich umfangreichere Tätigkeit
in seiner eigenen Praxis die Möglichkeit ge-
habt, weitere Einkünfte zu erzielen. Das aber
war dem Kläger entgegen der Auffassung des be-
klagten Landes nicht zuzumuten. Entscheidungen
über den Umfang der Praxis trifft der Arzt
langfristig. Hier durfte der Kläger zunächst
bis zur Güteverhandlung am 22. September 1976
abwarten, ob das beklagte Land nicht doch noch
einlenken werde. Sodann erhielt der Kläger
schon am 15. Oktober 1976 ein Angebot auf eine
angemessene Beschäftigung im Bezirksamt Kreuz-
berg, das er dann auch angenommen hat.

gez.: Dr. ~~Matthias Prinz~~ Dr. Heithar Michels-Höf



Das Gesetz und Urteil
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)
Krebs



JLaw - für Android



JLaw - für iOS