

Aktenzeichen: 6 AZR 649/88

Bundesarbeitsgericht 6. Senat Urteil vom 1. März 1990
- 6 AZR 649/88 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 26. April 1988
Hamburg - H 10 Ca 33/87 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 14. September 1988
Hamburg - 8 Sa 65/88 -

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

Entscheidungsstichwort:

Weiterbeschäftigung nach Kündigung - Tariflicher Anspruch

Gesetz: BGB § 812 Abs. 1, § 818 Abs. 2, § 427; Tarifvertrag über die Gewährung eines Teiles eines 13. Monatseinkommens im Baugewerbe vom 15. April 1985 § 2; BRTV-Bau § 9

Leitsätze:

1. Ist ein Arbeitnehmer des Baugewerbes während des Kündigungsschutzprozesses aufgrund der Verurteilung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung tätig, ohne daß die Parteien das Arbeitsverhältnis einvernehmlich fortsetzen, so besteht gleichwohl ein Anspruch nach dem Tarifvertrag über die Gewährung eines Teiles eines 13. Monatseinkommens im Baugewerbe.

2. Ist der Arbeitnehmer am Stichtag des 30. November bei einer Arbeitsgemeinschaft tätig, so sind bei der Berechnung der Mindestbeschäftigungsdauer und der Höhe des tariflichen Anspruchs auf einen Teil des 13. Monatseinkommens die Tätigkeitszeiten im Stammbetrieb gemäß § 9 Nr 2.1 BRTV-Bau hinzuzurechnen.



6 AZR 649/88

8 Sa 65/88 Hamburg

Verkündet am
1. März 1990

Im Namen des Volkes!

Stöcker,

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. März 1990 durch den Richter Prof. Dr. Jobs als Vorsitzenden, die Richter Schneider und Dörner sowie die ehrenamtlichen Richter Marx und Dr. Steinhäuser für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 14. September 1988 - 8 Sa 65/88 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision haben die Beklagten als Gesamtschuldner zu tragen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten, ob dem Kläger ein Anspruch auf eine tarifvertragliche Sonderzahlung auch bei Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsrechtsstreits zusteht.

Der Kläger war seit dem Jahre 1981 bei der Beklagten zu 2) als Spezialbaufacharbeiter beschäftigt. Mit Schreiben vom 22. Januar 1985 kündigte die Beklagte zu 2) das Arbeitsverhältnis zum 9. Februar 1985 wegen Arbeitsmangels. Der Kündigungsschutzklage gab das Arbeitsgericht am 10. Dezember 1985 statt. Gleichzeitig verurteilte es die Beklagte zu 2), den Kläger als Einschaler weiterzubeschäftigen. Die Beklagte zu 2) beschäftigte



daraufhin den Kläger in ihrem Betrieb ab 20. Januar bis 10. September 1986 "zur Abwendung der Zwangsvollstreckung" weiter. Am 11. September 1986 überstellte sie den Kläger zu einer Arbeitsgemeinschaft, die sie zusammen mit der Beklagten zu 1) gebildet hatte. Die Weiterbeschäftigung in der Arbeitsgemeinschaft endete am 9. Januar 1987, weil das Landesarbeitsgericht an diesem Tag die Kündigungsschutzklage unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung abgewiesen hatte. Die hiergegen zugelassene Revision ist vom Bundesarbeitsgericht durch Urteil vom 22. Oktober 1987 - 2 AZR 147/87 - zurückgewiesen worden.

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden die Tarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer des Baugewerbes im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland Anwendung. Der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 3. Februar 1981 i.d.F. vom 26. September 1984 (BRTV-Bau) hatte u.a. folgenden Wortlaut:

"§ 9

Freistellung zu Arbeitsgemeinschaften

1. Voraussetzungen der Freistellung

...

2. Rechtsverhältnisse während der Dauer der Freistellung

- 2.1 Während der Dauer der Freistellung ruht das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Stammbetrieb. Mit der Arbeitsaufnahme tritt der Arbeitnehmer in ein Arbeitsverhältnis zur Arbeitsgemeinschaft. Während der Dauer der Zugehörigkeit zur Arbeitsgemeinschaft hat der Arbeitnehmer gegen die Arbeitsgemeinschaft die tariflichen Ansprüche, die ihm gegenüber dem Stammbetrieb zustehen würden."



Der Tarifvertrag über die Gewährung eines Teiles eines 13. Monatseinkommens im Baugewerbe vom 15. April 1985 (TV 13. ME) lautet u. a.:

"§ 2

Anspruch

1. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am 30. November des laufenden Kalenderjahres mindestens zwölf Monate ununterbrochen besteht, haben Anspruch auf Zahlung eines Betrages in Höhe des 102fachen ihres in der Lohntabelle ausgewiesenen Gesamttariftundenlohnes.
2. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am 30. November des laufenden Kalenderjahres noch nicht zwölf Monate ununterbrochen besteht, haben für jeden vollen Beschäftigungsmonat, den sie bis zum 30. November ununterbrochen im Betrieb zurückgelegt haben, Anspruch auf ein Zwölftel des in Abs. 1 genannten Betrages, wenn das Beschäftigungsverhältnis am 30. November mindestens drei Monate ununterbrochen besteht.

..."

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stehe auch bei Weiterbeschäftigung während des gerichtlichen Kündigungsschutzverfahrens für das Jahr 1986 ein tariflicher Anspruch auf einen Teil des 13. Monatseinkommens in Höhe von rechnerisch unstreitig 1.275,85 DM zu.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger DM 1.275,85 brutto nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie sind der Ansicht gewesen, eine Weiterbeschäftigung während der Kündigungsschutzklage zur "Abwendung der Zwangsvollstreckung" könne keinen



tariflichen Anspruch auf einen Teil des 13. Monatseinkommens begründen. Ein tarifvertraglicher Anspruch setze ein Arbeitsverhältnis und eine dreimonatige Wartezeit voraus. Beide Voraussetzungen seien nicht gegeben. Darüber hinaus habe die Sonderzahlung nach dem Tarifvertrag über die Gewährung eines Teiles eines 13. Monatseinkommens im Baugewerbe keinen Lohncharakter, da sie auch Betriebstreue erfordere.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgen die Beklagten den Klageabweisungsantrag weiter; der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

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

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, § 818 Abs. 2 BGB Anspruch auf die geltend gemachte anteilige tarifliche Sonderzahlung. Dem Arbeitnehmer stehe im Fall der Weiterbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung Ersatz des Wertes der geleisteten Arbeit zu, wenn die angegriffene Kündigung rechtswirksam sei. Zum Wertersatz gehöre auch die geltend gemachte tarifliche Forderung, da der TV 13. ME Vergütungscharakter habe. Zwar sei der tarifliche Anspruch nicht ganz unabhängig von jeglicher Betriebstreue, doch komme dem Entgeltcharakter prägende Bedeutung zu. Der Kläger habe zwar am 30. November 1986 in einem Weiterbeschäftigungsverhältnis zur Arbeitsgemeinschaft gestanden und insoweit die erforderliche



dreimonatige Beschäftigungszeit bei den Beklagten nicht erfüllt. Aus § 9 Nr. 2.1 Satz 3 BRTV-Bau sei aber zu entnehmen, daß der Kläger durch die Freistellung zur Arbeitsgemeinschaft hinsichtlich des Werts seiner Arbeitsleistung nicht schlechter gestellt werden dürfe, als wenn er im Stammbetrieb weiterbeschäftigt worden sei. Die Arbeitsleistung des Klägers für die Arbeitsgemeinschaft sei von beiden Beklagten entgegengenommen worden, so daß sich der Anspruch auf Wertersatz gegen die Beklagten in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit richte.

Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

II. Die Klage ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, § 818 Abs. 2, § 427 BGB analog in Verbindung mit § 2 Nr. 2 TV 13. ME, § 9 Nr. 2.1 BRTV-Bau begründet.

1. Nach dem die Kündigungsschutzklage rechtskräftig abweisenden Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 22. Oktober 1987 - 2 AZR 147/87 - steht fest, daß das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) durch Kündigung vom 22. Januar 1985 am 9. Februar 1985 beendet war. Dieses Arbeitsverhältnis ist durch die Weiterbeschäftigung während der Kündigungsschutzklage nicht fortgesetzt worden. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich für die Revisionsinstanz bindend festgestellt, daß weder für den Zeitraum der Beschäftigung des Klägers ab 20. Januar 1986 bis zum 10. September 1986 bei der Beklagten zu 2) noch für die sich anschließende Zeit der Tätigkeit des Klägers bei der Arbeitsgemein-



schaft der Beklagten zu 1) und 2) bis zum 9. Januar 1987 mangels eines ausdrücklichen Vertragsschlusses bzw. durch schlüssiges Verhalten der Parteien ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist (vgl. dazu BAG Urteil vom 30. März 1989 - 6 AZR 288/87 - unveröffentlicht; Blumensaat/Sperner/Unkelbach/Weimer, BRTV-Bau, 4. Aufl., § 9 Anm. 8). Danach erfolgte die tatsächliche Beschäftigung des Klägers, nachdem das Arbeitsgericht durch Urteil vom 10. Dezember 1985 die Kündigung für unwirksam erklärt und die Beklagte zu 2) zur Weiterbeschäftigung verurteilt hatte, in der Folgezeit sowohl bei der Beklagten zu 2) ab 20. Januar bis 10. September 1986 wie auch ab 11. September 1986 bei der Arbeitsgemeinschaft der Beklagten zu 1) und 2) bis zum 9. Januar 1987 allein "zur Abwendung der Zwangsvollstreckung" hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsanspruchs des Klägers. Zwischen den Parteien bestand in der Zeit vom 9. Februar 1985 bis zum Tag des Ausscheidens bei der Arbeitsgemeinschaft der Beklagten am 9. Januar 1987 auch kein faktisches Arbeitsverhältnis (vgl. BAGE 54, 232, 237 f. = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung; zustimmend: Barton/Hönsch, NZA 1987, 721; Bengelsdorf, SAE 1987, 254, 260 f.; ders. DB 1989, 2020; Buchner, Beschäftigungspflicht, 1989, S. 83 f.; ders. AR-Blattei, Beschäftigungspflicht, Anm. zu Entscheidung 22; Lieb, Anm. Nr. 1 in EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 28; Schilken, Anm. Nr. 2 in EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 28; Schmitt, ZTR 1987, 295, 302 f.; Walker, DB 1988, 1596; a.A. Dütz, ArbuR 1987, 317; Falkenberg, DB 1987, 1534, 1538; v. Hoyningen-Huene, BB 1988, 264; ders. Anm. in AP Nr. 1 zu § 611 BGB Weiterbeschäftigung; Kempff, AiB 1988, 137; Schwerdtner, DB 1989, 878, 2025; ders. EWiR 1987, 467).



2. Bei dieser Sach- und Rechtslage richten sich die Zahlungsansprüche vom Arbeitnehmer für erbrachte Arbeitsleistungen nach § 812 Abs. 1 BGB, weil die Kündigung wirksam war und somit für die beiderseitigen Leistungen kein Rechtsgrund bestand. Da dem Arbeitgeber die Herausgabe der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unmöglich ist, hat er gemäß § 818 Abs. 2 BGB den Wert zu ersetzen. Dies gilt entgegen der Auffassung der Revision auch bei einer betriebsbedingten Kündigung, denn es kann rechtlich nicht davon ausgegangen werden, daß die Arbeitsleistung dem Arbeitgeber in einem solchen Fall aufgedrängt und ohne meßbaren Wert sei. Die Arbeitsleistung ist vom Arbeitnehmer tatsächlich erbracht worden und bereicherungsrechtlich unabhängig davon zu bewerten, ob sie zu einem entsprechenden Vermögensvorteil des Arbeitgebers geführt hat. Dem Arbeitgeber verbleibt insoweit die Möglichkeit des Schadenersatzes aus § 717 Abs. 2 ZPO.

Der Wert der Arbeit entspricht in einem solchen Fall grundsätzlich dem Tariflohn, um den der Arbeitgeber bereichert ist. Zur Beurteilung, ob die vom Arbeitnehmer geforderte Gegenleistung nur die Arbeitsleistung während des Weiterbeschäftigungszeitraumes voraussetzt oder ob noch andere Voraussetzungen (wie z.B. ungekündigtes Arbeitsverhältnis, künftige Betriebstreue usw.) vorliegen müssen, ist darauf abzustellen, ob ein solcher Anspruch bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gegeben wäre (vgl. BAGE, aa0).

3. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend einen Anspruch des Klägers gegen die Arbeitsgemeinschaft der Beklagten zu 1) und 2)



gemäß § 2 Nr. 2 TV 13. ME bejaht. Nach dieser Vorschrift kann der Kläger nach einer Mindestbeschäftigungsdauer von drei Monaten eine anteilige tarifliche Sonderzahlung für jeden vollen Beschäftigungsmonat verlangen, wenn er am 30. November des laufenden Kalenderjahres in einem Arbeitsverhältnis steht.

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, daß es sich bei diesem tarifvertraglichen Anspruch um einen Lohnanspruch handelt. Dafür spreche bereits der Wortlaut des Tarifvertrages über "die Gewährung eines Teiles eines 13. Monatseinkommens". Auch der Schwerpunkt dieser tarifvertraglichen Regelung liege bei der Entlohnung für tatsächlich geleistete Arbeit, weil der Arbeitnehmer selbst bei kurzer Betriebszugehörigkeit Anspruch auf die Leistung habe und sie selbst dann nicht verliere, wenn das Arbeitsverhältnis am Stichtag des 30. November gekündigt sei. Zukünftige Betriebszugehörigkeit werde nicht gefordert. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

b) Entgegen der Ansicht der Revision ist es rechtlich unerheblich, daß der Kläger, der am 30. November bei der Arbeitsgemeinschaft der Beklagten zu 1) und 2) beschäftigt war, bei dieser die Mindestbeschäftigungsdauer von drei Monaten noch nicht erfüllt hat, weil er erst am 11. September seine Tätigkeit aufgenommen hatte. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, daß der bei der Arbeitsgemeinschaft tätige Kläger aus Rechtsgründen so zu behandeln ist, als ob er im Stammbetrieb der Beklagten zu 2) tätig gewesen wäre. Dies folgt aus § 9 Nr. 2.1 BRTV-Bau. Danach ruht zwar das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Stamm-



betrieb während der Dauer der Zugehörigkeit, jedoch hat ein so freigestellter Arbeitnehmer gegen die Arbeitsgemeinschaft die gleichen tariflichen Ansprüche, die ihm gegenüber dem Stammbetrieb zustehen würden.

§ 9 BRTV-Bau regelt allgemein die Voraussetzung der Freistellung eines Arbeitnehmers zu einer Arbeitsgemeinschaft und die Rechtsverhältnisse während der Dauer der Freistellung. Der Regelungsgehalt dieser Tarifbestimmung will in abstrakt-genereller Weise die auftretenden Rechtsprobleme bei einer Freistellung zu einer Arbeitsgemeinschaft für die Beteiligten normativ lösen. Die Reichweite dieser Vorschrift ist damit - ähnlich wie bei § 16 BRTV-Bau Ausschlußfristen - nicht auf den BRTV-Bau beschränkt, sondern erstreckt sich insbesondere auf sämtliche Entgelttarifverträge der gewerblichen Arbeitnehmer des Baugewerbes im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich des Landes Berlin. Entgegen der Ansicht der Revision gilt dieser Grundsatz auch für zeitlich nachfolgende Tarifverträge, wie den TV 13. ME. Die zeitlich frühere allgemeine Vorschrift des § 9 BRTV-Bau ergänzt bei tariflichen Leistungen partiell die spätere speziellere Regelung, soweit sich aus dieser nicht etwas anderes ergibt. Es gilt hier gleiches wie bei den tariflichen Ausschlußfristen, die nicht in den Entgelttarifverträgen geregelt sind, sondern aufgrund der allgemeinen Bestimmung des BRTV-Bau auch für diese ständig neu angepaßten Tarifverträge gelten.

§ 9 Nr. 2.1 Satz 3 BRTV-Bau selbst beinhaltet den Grundsatz, daß durch die Freistellung des Arbeitnehmers tarifliche Ansprüche



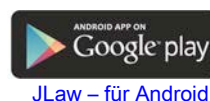
che, wie sie beim Stammbetrieb bestanden haben, nicht gekürzt werden oder gar wegfallen. Erreicht der Arbeitnehmer bei einer Arbeitsgemeinschaft den Stichtag, den 30. November, so ist sein Anspruch auf die tarifliche Leistung folglich so zu behandeln, als wäre er ununterbrochen bei der Stammfirma tätig gewesen (Karthaus/Müller, BRTV-Bau, 2. Aufl., S. 220, 221). Deshalb ist hinsichtlich eines Anspruchs gemäß § 2 Nr. 2 TV 13. ME die vorherige Beschäftigungszeit zum Stammbetrieb mitzuberechnen, d.h. auf die Beschäftigungszeit zur Arbeitsgemeinschaft anzurechnen. Damit hat der Kläger, der ab 20. Januar 1986 bei der Beklagten zu 2) beschäftigt war, nicht nur die tarifliche Wartezeit erfüllt, sondern er ist darüber hinaus so zu behandeln, als ob er am 30. November 1986 zehn Monate bei der Arbeitsgemeinschaft tätig war. Damit ist der Anspruch des Klägers in unstreitiger Höhe von 1.275,85 DM entstanden. Die Beklagten zu 1) und 2) haften als Gesellschafter der Arbeitsgemeinschaft als Gesamtschuldner gemäß § 427 BGB analog für diesen Anspruch (BGHZ 61, 338).

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Jobs Schneider Dörner
Dr. Steinhäuser Marx



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





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)