

**Kündigung: Nicht vertragsgemäße Arbeit muss nicht unzumutbar sein**

Wird der einzige LKW eines Gewerbetreibenden gestohlen und der Fahrer aufgefordert, in dem Betrieb für gleichen Lohn eine andere Arbeit auszuführen, weil LKW-Fahrten künftig ausschließlich durch Speditionen durchgeführt werden sollen, so kann der Arbeitnehmer auch nach 30-jähriger Betriebszugehörigkeit dieses Angebot nicht wegen Unzumutbarkeit ablehnen, weil der Ersatzarbeitsplatz nicht der „vertragsgemäßen“ Arbeit entspreche. Bietet er seine Arbeitskraft ausschließlich als LKW-Fahrer an, weil der Arbeitgeber für ihn zumindest für die Dauer der (hier: 7-monatigen) Kündigungsfrist einen LKW anmieten könne, und ist er zu keiner anderen zumutbaren Tätigkeit bereit, so schuldet der Arbeitgeber ihm zwar den „Annahmeverzugslohn“, muss sich aber den entgangenen Verdienst gegenrechnen lassen, den er bis zum Abschluss des Verfahrens vor dem Arbeitsgericht hätte erzielen können (was hier zu einem Nullsummenspiel führte).

Quelle: Wolfgang Büser

**Zulässigkeit der Gleichsetzung einer nicht vertragsgemäßen Arbeit mit unzumutbarer Arbeit im Zusammenhang mit dem Annahmeverzug eines Arbeitgebers; Gewährung von Arbeitsentgelt unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs des Arbeitgebers; Ablehnung einer vertraglich nicht geschuldeten Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer; Böswilliges Unterlassen von Erwerb i.S.v. § 615 S. 2 BGB; Anrechnung des Arbeitslosengeldes als anderweitigen Erwerb**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 07.02.2007

**Aktenzeichen:** 5 AZR 422/06

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2007, 13181

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Kassel - 02.06.2005 - AZ: 3 Ca 564/04

LAG Hessen - 25.01.2006 - AZ: 2 Sa 1180/05

**Rechtsgrundlagen:**

§ 242 BGB

§ 293 BGB

§ 294 BGB

§ 297 BGB

§ 615 S. 2 BGB

§ 11 S. 1 Nr. 2 KSchG

§ 121 SGB III

**Fundstellen:**

BAGE 121, 133 - 138

AA 2007, 143-144  
AiB 2007, 678-679 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)  
ArbRB 2007, 170 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)  
AuR 2007, 225 (amtl. Leitsatz)  
AUR 2007, 225 (amtl. Leitsatz)  
BB 2007, 1059-1060 (Volltext mit amtl. LS)  
DB 2007, 974-975 (Volltext mit amtl. LS)  
DStR 2007, 1778  
DStR 2007, XIV Heft 24 (Kurzinformation)  
EBE/BAG 2007, 74-75  
EzA-SD 9/2007, 5-6  
FA 2007, 179 (Volltext mit amtl. LS)  
FA 2007, 183 (amtl. Leitsatz)  
JR 2008, 132 (amtl. Leitsatz)  
MDR 2007, 890-891 (Volltext mit amtl. LS)  
NJW 2007, XII Heft 19 (amtl. Leitsatz)  
NJW 2007, 2062-2063 (Volltext mit amtl. LS) "Böswilliges Unterlassen von Erwerb"  
NZA 2007, 561-563 (Volltext mit red./amtl. LS)  
RdW 2007, 503-504 (Kurzinformation)  
SAE 2008, 206-208  
schnellbrief 2007, 6  
ZfA 2009, 681 (Urteilsbesprechung von Konrad von Hoff)  
ZTR 2007, 394-395 (Volltext mit amtl. LS)

---

## **BAG, 07.02.2007 - 5 AZR 422/06**

### **Amtlicher Leitsatz:**

Ein böswilliges Unterlassen von Erwerb im Sinne des § 615 Satz 2 BGB kann auch darin liegen, dass der Arbeitnehmer eine vertraglich nicht geschuldete Arbeitsleistung ablehnt, die der Arbeitgeber von ihm in einem unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis verlangt.

### **Tenor:**

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 25. Januar 2006 - 2 Sa 1180/05 - aufgehoben, soweit das Landesarbeitsgericht die Berufung der

Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kassel vom 2. Juni 2005 - 3 Ca 564/04 - iHv. 2.515,60 Euro brutto abzüglich 118,74 Euro netto zuzüglich Zinsen zurückgewiesen hat.

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

### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten über Arbeitsentgelt unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.
- 2 Der 1946 geborene Kläger war auf Grund eines mündlichen Arbeitsvertrags seit etwa 30 Jahren als Krafffahrer bei der Beklagten beschäftigt. Sein monatlicher Verdienst betrug zuletzt 2.515,60 Euro brutto.
- 3 Am 24. Januar 2004 wurde der einzige LKW des Betriebs, auf dem der Kläger eingesetzt war, entwendet. Die Beklagte entschied, die anfallenden Transporte künftig durch Spediteure durchführen zu lassen. Sie erklärte mit Schreiben vom 29. April 2004 eine ordentliche Änderungskündigung zum 30. November 2004 und bot an, den Kläger ab dem 1. Dezember 2004 als verantwortlichen Mitarbeiter für den Restholzbereich mit der bisherigen Vergütung weiterzubeschäftigen. Gleichzeitig ordnete sie an, der Kläger solle diese Tätigkeit bereits ab dem 1. Mai 2004 ausüben. Der Kläger weigerte sich, der Weisung nachzukommen und bestand auf vertragsgemäßer Arbeit während der Kündigungsfrist. Er erschien weiter täglich zur Arbeit und bot die Arbeitsleistung als LKW-Fahrer tatsächlich an. Das Änderungsangebot nahm er unter Vorbehalt an und erhob gegen die Änderungskündigung Änderungschutzklage.
- 4 Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung mit Schreiben vom 28. Mai 2004, das dem Kläger am 1. Juni 2004 zuging, außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Diese Kündigung ist vom Hessischen Landesarbeitsgericht rechtskräftig für unwirksam erklärt worden. Am 26. Oktober 2004 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis selbst ordentlich zum 30. November 2004.
- 5 Der Kläger hat Ansprüche auf Annahmeverzugsvergütung für die Zeit vom 1. Mai bis zum 30. November 2004 abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes eingeklagt. Er hat geltend gemacht, er sei vor Ablauf der Kündigungsfrist nicht verpflichtet gewesen, eine andere Tätigkeit bei der Beklagten aufzunehmen. In die Revision ist nur der Vergütungsanspruch für Mai 2004 gelangt. Der Kläger hat insoweit beantragt,  
  
die Beklagte zur Zahlung von 2.515,60 Euro brutto abzüglich 118,74 Euro netto zzgl. Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2004 aus 2.396,86 Euro zu verurteilen.
- 6 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, der Kläger habe anderweitigen Verdienst in entsprechender Höhe böswillig unterlassen, weil er die Arbeit im Restholzbereich abgelehnt habe.
- 7 Die Vorinstanzen haben die Ansprüche auf Annahmeverzugsvergütung zugesprochen. Mit der vom Senat auf den Anspruch für Mai 2004 beschränkt zugelassenen Revision begehrt die Beklagte, die Klage insoweit abzuweisen.

### **Entscheidungsgründe**

- 8 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit das Landesarbeitsgericht die Verurteilung der Beklagten für den Monat Mai 2004 bestätigt hat. Insoweit bedarf es noch weiterer Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht.

I.

9 Der Anspruch des Klägers beruht auf § 611 Abs. 1 , § 615 Satz 1 BGB .

10 1.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestand im Mai 2004 unverändert. Der Kläger leistete zwar keine Arbeit. Er hat die Arbeitsleistung gegenüber der Beklagten aber so, wie sie zu bewirken war, tatsächlich angeboten ( § 294 BGB ). Die Beklagte hat die angebotene Leistung nicht angenommen ( § 293 BGB ). Die ihrerseits geforderte Arbeitsleistung war nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen und Wertungen des Landesarbeitsgerichts nicht vertragsgemäß. Ein Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts ist insoweit nicht ersichtlich. Die Beklagte ist deshalb in Annahmeverzug geraten. Der Kläger war auch in der Lage, die Leistung zu bewirken ( § 297 BGB ). Einer Anwendung des § 615 Satz 3 BGB bedarf es nicht. Die Arbeit war nicht von vorneherein unmöglich; vielmehr hat die Beklagte die erforderlichen Arbeitsmittel nicht mehr bereitgestellt, obwohl sie das hätte tun können.

11 2.

Danach kann der Kläger die in unstreitiger Höhe von 2.515,60 Euro brutto vereinbarte Arbeitsvergütung für Mai 2004 verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Als anderweitiger Erwerb iSv. § 615 Satz 2 BGB ist das Arbeitslosengeld iHv. 118,74 Euro anzurechnen.

II.

12 Hinsichtlich der Frage, ob der Kläger einen Erwerb durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft böswillig unterlassen hat ( § 615 Satz 2 BGB ), ist der Rechtsstreit nicht zur Entscheidung reif.

13 1.

Das Landesarbeitsgericht hat hierzu ausgeführt, der Kläger habe es im Mai 2004 nicht böswillig unterlassen, anderweitigen Verdienst zu erzielen. Werde der Arbeitnehmer aufgefordert, seine bisherige Arbeit zu einem geringeren Entgelt zu leisten, sei dies nicht generell unzumutbar. Etwas anderes müsse jedoch gelten, wenn der Arbeitgeber unter Überschreitung des Direktionsrechts eine andere Arbeit zuweise; denn dem Arbeitnehmer seien nur solche Änderungen zumutbar, die sich im Rahmen des Arbeitsvertrags bzw. des Direktionsrechts bewegten. Die Zuweisung der Aufgaben im Restholzbereich sei nicht durch das Direktionsrecht gedeckt gewesen. Die Beklagte selbst habe nach dem Verlust des LKW die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Fahrten Dritten zu übertragen. Es wäre ihr ohne weiteres möglich gewesen, noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist einen LKW anzuschaffen oder zeitlich befristet anzumieten. Sie habe sich nicht in einer Notsituation befunden, in der ein Arbeitnehmer auch ohne sein Einverständnis eine vertraglich nicht geschuldete Arbeit leisten müsse. Wollte man in einer solchen Situation dem Arbeitnehmer vorwerfen, er habe es böswillig unterlassen, Zwischenverdienst zu erzielen, würde der gesetzliche Kündigungsschutz wirtschaftlich leerlaufen.

14 2.

Dem kann sich der Senat auch unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums des Landesarbeitsgerichts nicht anschließen.

15 a)

Nach § 615 Satz 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er zu erwerben böswillig unterlässt. Die Vorschrift ist inhaltsgleich mit § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG (*Senat 11. Oktober 2006 - 5 AZR 754/05 -*, zu II 2 b a.A. der Gründe; *16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - BAGE 111, 123, 126*) [*BAG 16.06.2004 - 5 AZR 508/03*]. Beide Bestimmungen stellen darauf ab, ob

dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben ( § 242 BGB ) sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl ( Art. 12 GG ) die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit zumutbar ist. Eine Anrechnung kommt auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers im Verzug befindet. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Auch vertragsrechtliche Umstände sind zu berücksichtigen. Demgegenüber kann nicht auf die Zumutbarkeitskriterien des § 121 SGB III abgestellt werden. Böswillig handelt der Arbeitnehmer, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (*Senat 11. Oktober 2006 - 5 AZR 754/05 - a.a.O.; 11. Januar 2006 - 5 AZR 98/05 - AP BGB § 615 Nr. 113 = EzA BGB 2002 § 615 Nr. 11, zu III 1 der Gründe; 16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - a.a.O., S. 126 ff., alle m.w.N.*).

16 b)

Danach ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts die nicht vertragsgemäße Arbeit nicht ohne weiteres mit unzumutbarer Arbeit gleichzusetzen. § 615 Satz 2 BGB schließt den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber nur vertragswidrige Arbeit anbietet, denn das Angebot vertragsgerechter Arbeit zwecks Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrags würde den Annahmeverzug beenden (*vgl. nur Senat 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - BAGE 108, 27, 29*) [*BAG 24.09.2003 - 5 AZR 500/02*]. Deshalb sind auch hier alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Dem Grundsatz nach darf die Unzumutbarkeit im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis, also etwa während des Laufs der Kündigungsfrist, nicht anders beurteilt werden als nach Ablauf der Kündigungsfrist. Ebenso macht das Gesetz keinen grundsätzlichen Unterschied danach, ob die Arbeitsmöglichkeit bei dem bisherigen oder bei einem anderen Arbeitgeber besteht. Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts wird dem flexiblen Maßstab des § 242 BGB nicht gerecht. Auch die objektiv vertragswidrige Arbeit kann nach den konkreten Umständen zumutbar, unter Umständen sogar mit einer Verbesserung für den Arbeitnehmer verbunden sein. Diese Prüfung darf nicht durch vermeintlich absolut geltende Schranken vertragsrechtlicher Art abgeschnitten werden. Dem vergleichbar schränkt der Grundsatz von Treu und Glauben auch das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers ein (*vgl. nur Schaub/Koch Arbeitsrechtshandbuch 11. Aufl. § 87 Rn. 19 m.w.N.*).

17 c)

Soweit der Senat mit Urteil vom 3. Dezember 1980 (*- 5 AZR 477/78 - AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 4, zu II 3 der Gründe*) ausgeführt hat, ein Arbeitnehmer unterlasse nicht böswillig die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft, wenn er es ablehne, eine vom Arbeitgeber unter Überschreitung der Grenzen des Direktionsrechts zugewiesene Tätigkeit zu verrichten, wird hieran nicht festgehalten. Das Argument, der Arbeitnehmer könne nicht auf der einen Seite zur Ablehnung berechtigt sein, gleichzeitig aber gehalten sein, die Tätigkeit zu verrichten, um dem Vorwurf zu entgehen, er habe böswillig die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft unterlassen, trägt nicht. Arbeitspflicht und Obliegenheit zur Rücksichtnahme betreffen unterschiedliche Kategorien. § 615 Satz 2 BGB regelt nicht Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, sondern die nach anderen Maßstäben zu beurteilende Obliegenheit, aus Rücksichtnahme gegenüber dem Arbeitgeber einen zumutbaren Zwischenverdienst zu erzielen.

18 d)

Der Arbeitnehmer darf im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich vertragsgemäße Arbeit zu vertragsgemäßen Bedingungen erwarten. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann für die Frage der Zumutbarkeit der Arbeit nichts daraus hergeleitet werden, dass der Arbeitnehmer das Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen unter Vorbehalt angenommen hat. Bietet der Arbeitgeber objektiv vertragswidrige Arbeit an, sind im Hinblick auf § 615 Satz 2 BGB die Art dieser Arbeit und die sonstigen Arbeitsbedingungen im Vergleich zu der bisherigen Arbeit zu prüfen. Das Maß der gebotenen Rücksichtnahme beim Arbeitnehmer hängt regelmäßig davon ab, aus welchen Gründen der Arbeitgeber keine

vertragsgemäße Arbeit anbietet. Das hat der Arbeitgeber darzulegen. Bestehen für die Änderung dringende Gründe, denen nicht von vorneherein eine Billigung versagt werden kann, handelt der Arbeitnehmer nicht rücksichtsvoll, wenn er die Arbeit allein deswegen ablehnt, weil sie nicht vertragsgemäß ist, und er deshalb ohne Erwerb bleibt. Die beiderseitigen Gründe für die Zuweisung bzw. Ablehnung der neuen Arbeit sind zu benennen und sodann gegeneinander abzuwägen. Bei einem Irrtum des Arbeitgebers über die Vertragsmäßigkeit ist auch die Vertretbarkeit seines Standpunkts zu berücksichtigen.

**19 3.**

Das Landesarbeitsgericht hat keine Prüfung nach den Umständen des Einzelfalls vorgenommen. Es wird insbesondere noch die Art der Arbeit im Restholzbereich bewerten, die Gründe des Klägers für seine Weigerung feststellen und eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen vornehmen müssen.

---

Müller-Glöge  
Mikosch  
Laux  
Heel  
Rolf  
Steinmann

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.