

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 27. Mai 2015
- 5 AZR 88/14 -
ECLI:DE:BAG:2015:270515.U.5AZR88.14.0

I. Arbeitsgericht Köln

Urteil vom 24. April 2013
- 2 Ca 47/13 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 6. November 2013
- 3 Sa 423/13 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Rücksichtnahmepflicht - Schadensersatz

Bestimmungen:

BGB § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, §§ 294, 297, § 615 Satz 1 iVm. § 611, § 626 Abs. 1; GewO § 106 Satz 1; KSchG § 1 Abs. 2 Satz 4; ZPO § 138 Abs. 3, § 268, § 308 Abs. 1 Satz 1, § 322, § 533, § 559 Abs. 1 Satz 1 iVm. ArbGG § 64 Abs. 6 Satz 1, § 268

Leitsatz:

Begehrt ein nach § 34 Abs. 2 TVöD ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer unter Berufung auf die vertragliche Rücksichtnahmepflicht Schadensersatz wegen unterlassener Beschäftigung, ist er für die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegungs- und beweisbelastet.

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 88/14
3 Sa 423/13
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. Mai 2015

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Mai 2015 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Weber und Dr. Volk sowie den ehrenamtlichen Richter Dittrich und die ehrenamtliche Richterin Röth-Ehrmann für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 6. November 2013 - 3 Sa 423/13 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung für den Zeitraum 1. Februar 2006 bis 31. Juli 2013. 1

Der im Jahr 1959 geborene Kläger wurde von der Beklagten auf Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrags vom 4. Januar 1990 als „vollzeitbeschäftigter Angestellter“ eingestellt und zunächst „in Vergütungsgruppe Vb BAT“ eingruppiert. Er war seit Januar 1990 im Bundesamt für Verfassungsschutz (im Folgenden BfV) in K als „fremdsprachlicher Vorauswerter“ für den russischen Sprachraum tätig und mit der Vorauswertung von Informationsmaterial befasst, das bei Telefonüberwachungsmaßnahmen anfiel. Seit 1996 setzte ihn die Beklagte zusätzlich - auch auf Auslandsdienstreisen des Amtsleiters des BfV - als Dolmetscher für Russisch ein. Er wurde zuletzt nach Entgeltgruppe 11 des auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbaren Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (Bund und Kommunen; im Folgenden TVöD) vergütet. 2

Bei Dienstantritt wurde dem Kläger eine Ermächtigung zum Umgang mit Verschlusssachen (im Folgenden VS-Ermächtigung) gemäß dem Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes (SÜG) erteilt, die für jede Tätigkeit beim BfV erforderlich ist. 3

Im August 2002 erhielt das BfV Kenntnis über laufende Ermittlungen gegen eine Tätergruppe aus dem Bereich der russischen organisierten Kriminalität wegen Geldwäsche, schweren Menschenhandels, bandenmäßig betriebener illegaler Einschleusung von Ausländern in die Bundesrepublik und Urkun- 4

denfälschung. Als einer der Hauptverdächtigen galt der Schwager des Klägers. Dieser war bereits wegen einer Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetz zu einer Haftstrafe verurteilt worden, hatte sich dem Vollzug der Haft jedoch durch Flucht in das osteuropäische Ausland entzogen. Nachdem bekannt geworden war, dass der Kläger Kontakt zu seinem Schwager hielt, stellte ihn die Beklagte am 3. Dezember 2002 unter Fortzahlung seiner Vergütung von der Arbeitsleistung frei. Am 11. August 2003 hob der Geheimschutzbeauftragte die VS-Ermächtigung des Klägers mit sofortiger Wirkung auf. Die vom Kläger hiergegen gerichtete Klage wies das Verwaltungsgericht ab. Den Antrag des Klägers, die Berufung gegen das Urteil zuzulassen, lehnte das OVG Münster ab.

Mit Schreiben vom 30. Januar 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos. Auf die vom Kläger erhobene Kündigungsschutzklage stellte das Arbeitsgericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst wurde. Den Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers wies das Arbeitsgericht ab. Das Landesarbeitsgericht Köln wies die Berufung des Klägers zurück. Seine Nichtzulassungsbeschwerde blieb erfolglos.

Am 25. September 2006 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich mit Auslaufzeit zum 31. März 2007. Die Kündigungsschutzklage des Klägers wies das Arbeitsgericht ab. Das Landesarbeitsgericht bestätigte diese Entscheidung. Auf die Revision des Klägers hob das Bundesarbeitsgericht die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts mit Urteil vom 26. November 2009 (- 2 AZR 272/08 - BAGE 132, 299) auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurück. Im erneuten Berufungsverfahren stellte das Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 17. Januar 2012 (- 12 Sa 1502/10 -) fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 25. September 2006 nicht aufgelöst worden sei, und verurteilte die Beklagte, „den Kläger über den 31.03.2007 hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen gemäß Arbeitsvertrag als Angestellten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiter zu beschäftigen“. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wurde vom Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 23. August 2012 (- 8 AZN 722/12 -), der Beklagten zugestellt am 7. September 2012, zurückgewiesen.

Zum 1. August 2013 ordnete die Beklagte den Kläger zur Bundespolizeiabteilung S ab. Die Vergütung des Klägers trägt weiterhin das BfV. 7

Mit der vorliegenden am 22. Dezember 2010 eingereichten, mehrfach erweiterten Klage begehrt der Kläger Vergütung wegen Annahmeverzugs, hilfsweise als Schadensersatz für den Zeitraum Februar 2006 bis Juli 2013. Er hat geltend gemacht, die arbeitsvertraglich vereinbarte Tätigkeit sei nicht auf eine solche beim BfV beschränkt. § 4 Abs. 1 TVöD enthalte eine umfassende Versetzungsklausel. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, ihm eine in Ausübung ihres Direktionsrechts neu zu bestimmende Tätigkeit zuzuweisen. Ihr Festhalten an der bisherigen Weisung habe nicht billigem Ermessen entsprochen. Die Beklagte habe ihre vertraglichen Rücksichtnahmepflichten verletzt, indem sie es unterlassen habe, ihm eine andere Beschäftigung zuzuweisen. Er habe deshalb jedenfalls einen Anspruch auf Schadensersatz. Mit Erhebung der Kündigungsschutzklagen und seinem Weiterbeschäftigungsbegehren habe er seine Bereitschaft zum Ausdruck gebracht, bei der Beklagten weiterzuarbeiten und jede beliebige andere Tätigkeit übernehmen zu wollen. Das Bundesamt für Güterverkehr (BfG) habe mit der Einführung der LKW-Maut Mitarbeiter, zB „Mautkontrolleure“ gesucht. Beschäftigungsmöglichkeiten hätten auch bei anderen Bundesbehörden in Nordrhein-Westfalen und im Bereich der gesamten Gebietskörperschaft der Beklagten und bei der Deutschen Bundesbank bestanden. Auf eine fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit könne sich die Beklagte aufgrund der im vorangegangenen Kündigungsschutzverfahren getroffenen Feststellungen nicht berufen. Die rechtskräftige Verurteilung der Beklagten, ihn weiter zu beschäftigen, habe präjudizielle Wirkung. Die Beklagte trage die Darlegungslast für das Nichtbestehen einer Beschäftigungsmöglichkeit in sämtlichen Geschäftsbereichen ihres territorialen Einflussbereichs. Es sei ihr zumutbar gewesen, zur Ermittlung freier Stellen auf die für Jedermann einsehbaren Stellenbörsen zurückzugreifen. Der bloßen Behauptung, es gebe bei keiner Behörde eine freie Stelle, für die er über die erforderlichen Qualifikationen verfüge, habe er nicht im Einzelnen entgegnet. 8

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt, 9
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger
391.518,87 Euro brutto abzüglich Zwischenverdienstes
iHv. 82.230,04 Euro brutto und abzüglich der Leistungen
der Bundesagentur für Arbeit iHv. 75.015,08 Euro nebst
Zinsen in gestaffelter Höhe zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, der 10
Kläger habe aufgrund des Entzugs der VS-Ermächtigung nicht mehr beschäftigt
werden können. Eine Möglichkeit, ihn außerhalb des BfV anderweitig zu be-
schäftigen, habe, wie Anfragen bei anderen Behörden ergeben hätten, mangels
freier, der Qualifikation des Klägers entsprechender Stellen nicht bestanden.
Die Stellen von „Mautkontrolleuren“ beim Bundesamt für Güterverkehr seien vor
dem Streitzeitraum mit Einführung der LKW-Maut „aus Personalüberhängen der
Post und Bahn“ besetzt worden. Selbst bei Annahme einer Weiterbeschäfti-
gungsmöglichkeit könne ihr ein Verschulden frühestens ab dem 23. August
2012 zur Last gelegt werden, weil zunächst beide Tatsacheninstanzen ihre
Rechtsauffassung, das Arbeitsverhältnis sei wirksam gekündigt, bestätigt hät-
ten. Etwaige Ansprüche des Klägers für das Jahr 2006 seien insgesamt, für die
Jahre 2007 und 2008 zum Teil verjährt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 11
hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsge-
richt zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht 12
hat zu Recht die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des
Arbeitsgerichts zurückgewiesen und die Klage im Übrigen insgesamt abgewie-
sen. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger kann von der Beklagten für den
streitbefangenen Zeitraum keine Vergütung wegen Annahmeverzugs oder als
Schadensersatz wegen Verletzung vertraglicher Rücksichtnahmepflichten ver-

langen. Die Anspruchsvoraussetzungen sind nicht erfüllt. Auf die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung kommt es deshalb nicht an.

A. Ein Anspruch des Klägers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 iVm. § 611 BGB ist nicht gegeben. 13

I. Unbeschadet der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen kommt der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die Leistung zu bewirken, § 297 BGB. 14

1. Die Leistungsfähigkeit ist eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen muss. Grundsätzlich hat bei Streit über die Leistungsfähigkeit der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen, dass der Arbeitnehmer zur Leistung außer Stande war (*vgl. BAG 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 17*). 15

2. Der Kläger war im Streitzeitraum außerstande, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. 16

Für die bis Dezember 2002 ausgeübte Tätigkeit fehlte ihm, nach Entzug der für jede Tätigkeit beim BfV entsprechend den Bestimmungen des SÜG zwingend erforderlichen VS-Ermächtigung, im gesamten Streitzeitraum die subjektive Leistungsfähigkeit (*vgl. zum Entzug der kanonischen Beauftragung BAG 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - Rn. 67*). 17

II. Die vom Kläger bekundete Bereitschaft, jede andere ggf. auch geringer vergütete Tätigkeit als Angestellter im gesamten Bundesgebiet auszuüben, konnte die Beklagte nicht in Annahmeverzug versetzen, weil sie nicht die zu bewirkende Arbeitsleistung betraf, § 294 BGB. 18

1. Ist die vom Arbeitnehmer zu erbringende Tätigkeit im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben, obliegt es nach § 106 Satz 1 GewO dem Arbeitgeber, den Inhalt der zu leistenden Arbeit näher zu bestimmen (*vgl. BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 16, BAGE 134, 296*). Die durch die wirksame Ausübung des Direktionsrechts näher bestimmte Tätigkeit ist die zu bewirkende 19

Arbeitsleistung. Auf sie muss sich der Leistungswille des Arbeitnehmers richten (vgl. BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 21, BAGE 141, 34). Kann der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts wirksam näher bestimmte Tätigkeit aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr ausüben, aber eine andere im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung liegende Tätigkeit verrichten, ist das Angebot einer anderen Tätigkeit ohne Belang, solange der Arbeitgeber nicht durch eine Neuausübung seines Direktionsrechts diese zu der iSv. § 294 BGB zu bewirkenden Arbeitsleistung bestimmt hat. Andernfalls könnte der Arbeitnehmer den Inhalt der arbeitsvertraglich nur rahmenmäßig umschriebenen Arbeitsleistung selbst konkretisieren. Das widerspricht § 106 Satz 1 GewO. Die Konkretisierung der Arbeitspflicht ist Sache des Arbeitgebers (vgl. BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 16, aaO).

2. Der Kläger war vor dem Streitzeitraum ausschließlich beim BfV und dort als fremdsprachlicher Vorauswerter für den russischen Sprachraum und Dolmetscher für Russisch eingesetzt. Durch die Zuweisung dieser Tätigkeiten hat die Beklagte den Inhalt der Arbeitsleistung gem. § 106 Satz 1 GewO näher bestimmt. Die Wirksamkeit der Weisung steht zwischen den Parteien außer Streit. Das Angebot einer anderen Tätigkeit betraf deshalb nicht die zu bewirkende Arbeitsleistung. 20

B. Dem Kläger steht auch kein Schadensersatz wegen entgangener Vergütung infolge einer Verletzung vertraglicher Rücksichtnahmepflichten durch die Beklagte zu. 21

I. Ob das Landesarbeitsgericht an einer Entscheidung über den vom Kläger - erstmals im Berufungsverfahren - geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen Verletzung vertraglicher Rücksichtnahmepflichten durch unterlassene Zuweisung einer anderweitigen Beschäftigung gehindert war, ist einer Überprüfung in der Revision entzogen. 22

1. Das Arbeitsgericht hat, indem es mit der Abweisung eines erstinstanzlich nicht geltend gemachten Schadensersatzanspruchs über den vom Kläger in das Verfahren eingeführten Streitgegenstand hinausgegangen ist, gegen § 308 23

Abs. 1 Satz 1 ZPO verstoßen. Danach ist ein Gericht nicht befugt, abschlägig über einen Antrag zu entscheiden, den die Partei nicht gestellt hat. Ein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist vom Revisionsgericht von Amts wegen zu beachten (*vgl. BAG 28. Februar 2006 - 1 AZR 460/04 - Rn. 10, BAGE 117, 137*). Die arbeitsgerichtliche Entscheidung über diesen Anspruch ist gegenstandslos.

2. Allerdings hat der Kläger die Klage mit der Berufungsbegründung erweitert, indem er das Klagebegehren hilfsweise auf einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung vertraglicher Rücksichtnahmepflichten gestützt hat. Das Landesarbeitsgericht hat über diesen Streitgegenstand sachlich entschieden und damit die Voraussetzungen einer Klageänderung in der Berufungsinstanz nach § 533 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG stillschweigend bejaht. Die Zulässigkeit der Klageänderung ist in der Revisionsinstanz in entsprechender Anwendung von § 268 ZPO nicht mehr zu prüfen (*vgl. BAG 19. Januar 2011 - 3 AZR 111/09 - Rn. 22; 9. Dezember 2014 - 1 AZR 146/13 - Rn. 24*). 24

II. Ein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB ist nicht gegeben. Die Beklagte hat, indem sie dem Kläger keine andere Tätigkeit zuwies, nicht schuldhaft ihre Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt. 25

1. Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Ist der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr in der Lage, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO näher bestimmte Leistung zu erbringen, kann es die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB gebieten, dass der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht erneut Gebrauch macht und die vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens anderweitig derart konkretisiert, dass dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung wieder möglich wird (*BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 26, 27, BAGE 134, 296; 15. Oktober 2013 - 1 ABR 25/12 - Rn. 24*). Die Verpflichtung des Arbeitgebers 26

zur Neubestimmung der Tätigkeit des Arbeitnehmers setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Umsetzung auf einen seinem Leistungsvermögen entsprechenden Arbeitsplatz verlangt und dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, wie er sich seine weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt. Dem Verlangen des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber regelmäßig entsprechen, wenn ihm die in der Zuweisung einer anderen Tätigkeit liegende Neubestimmung der zu bewirkenden Arbeitsleistung zumutbar und rechtlich möglich ist (*vgl. BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 28 ff., aaO*).

2. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass der Beklagten innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens eine Beschäftigung möglich gewesen wäre und er eine solche von der Beklagten verlangt hätte. 27

a) Der Kläger ist nach allgemeinen Regeln für die den Schadensersatzanspruch begründenden Tatsachen darlegungs- und beweisbelastet (*vgl. BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 694/11 - Rn. 49, BAGE 142, 188*). Abweichende Beweislastregeln greifen zu seinen Gunsten nicht ein. 28

Entgegen der Ansicht des Klägers gelten im Schadensersatzprozess nicht die Grundsätze der Darlegungslast für den Nachweis der Wirksamkeit einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung. Der Anwendungsbereich der speziellen Beweislastregel des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG, der zu Folge der Arbeitgeber das Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit als Teil des Kündigungsgrundes darzulegen und bei erheblichem Bestreiten zu beweisen hat, ist auf den Kündigungsschutzprozess beschränkt. Ebenso wenig können die im Kündigungsschutzprozess für die Prüfung der Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers geltenden Grundsätze der Darlegungslast herangezogen werden. Die prozessualen Anforderungen an den Umfang der Darlegungen des Arbeitgebers entsprechen hier den hohen materiell-rechtlichen Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes iSv. § 626 Abs. 1 BGB (*vgl. BAG 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 21; 22. November 2012 - 2 AZR 673/11 - Rn. 41; 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 36, BAGE 145, 265*). 29

- b) Etwas anderes ergibt sich vorliegend auch nicht aus den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast. 30
- aa) Kann die darlegungspflichtige Partei, obwohl sie alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, ihrer primären Darlegungslast nicht nachkommen, weil sie außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht, genügt nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast das einfache Bestreiten des Gegners der primär darlegungspflichtigen Partei nicht, wenn er die wesentlichen Tatsachen kennt und ihm nähere Angaben zuzumuten sind. Hier kann von ihm das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (*vgl. BAG 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 - Rn. 53, BAGE 133, 265; 18. September 2014 - 6 AZR 145/13 - Rn. 29*). 31
- bb) Einer weitergehenden sekundären Darlegungslast der Beklagten steht vorliegend bereits entgegen, dass der Kläger seine Informationsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft hat. Dem Kläger war es nach eigenem Vortrag möglich, in die Stellenbörsen der Beklagten Einblick zu nehmen. Er hat nicht dargelegt, diese Möglichkeit ergebnislos genutzt zu haben. Der Kläger hätte zudem zumindest konkret angeben müssen, an welche Behörde bzw. welche Dienststelle er denkt, welche Art der Beschäftigung er meint, weshalb es ihm unter Berücksichtigung seiner Qualifikation möglich gewesen wäre, eine entsprechende Tätigkeit auszuüben, und weshalb bei Nichtvorhandensein freier Stellen ein Austausch mit anderen Arbeitnehmern im Wege der Umsetzung in Betracht gekommen wäre (*vgl. BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 30; 24. Mai 2012 - 2 AZR 62/11 - Rn. 28, BAGE 142, 36; 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - Rn. 47*). Erst dann wäre sein Vortrag für die Beklagte überhaupt weiter einlassungsfähig gewesen. Die Beklagte konnte sich deshalb darauf beschränken vorzutragen, die Anfragen bei Behörden wegen einer für den Kläger möglicherweise bestehenden Beschäftigungsmöglichkeit seien erfolglos geblieben, weil offene, der Qualifikation des Klägers entsprechende Stellen nicht zur Verfügung gestanden hätten. 32

3. Indem der Kläger lediglich pauschal behauptet hat, der Beklagten sei es angesichts der Vielzahl im gesamten Bundesgebiet in ihren Geschäftsbereichen beschäftigten Angestellten möglich gewesen, ihn anderweitig zu beschäftigen, hat er seiner Darlegungslast nicht genügt. 33
- a) Soweit sich der Kläger auf die Möglichkeit einer Beschäftigung als „Mautkontrolleur“ beim BfG berufen hat, ist er dem Vortrag der Beklagten, die Stellen seien vor dem Streitzeitraum mit Einführung der LKW-Maut „aus Personalüberhängen der Post und Bahn“ besetzt worden, nicht entgegengetreten, so dass dieser gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt. Der Kläger hat nicht behauptet, eine Umsetzung der dort beschäftigten Arbeitnehmer im Austausch mit ihm sei möglich gewesen. Seinem Vortrag ist zudem mangels Angaben zur auszuübenden Tätigkeit nicht zu entnehmen, ob es sich um eine vertragsgerechte oder vertragsfremde Beschäftigung gehandelt hätte. Eine Verpflichtung zu einer vertragsfremden Beschäftigung begründet das Gebot der Rücksichtnahme nicht (*BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 26, 27, BAGE 134, 296; 15. Oktober 2013 - 1 ABR 25/12 - Rn. 24*). 34
- b) Der Vortrag des Klägers, seine Beschäftigung sei der Beklagten in den in der Revisionsbegründung genannten Geschäftsbereichen möglich gewesen, ist unsubstantiiert. Der Kläger hat lediglich einzelne Geschäftsbereiche benannt. Er hat jedoch nicht dargelegt, mit welchen Aufgaben er in den von ihm genannten Bereichen vertragsgerecht hätte beschäftigt werden können und wann er im Streitzeitraum von der Beklagten eine entsprechende Beschäftigung verlangt hätte. Nicht entscheidungserheblich ist deshalb, dass neuer Tatsachenvortrag in der Revision zudem nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO unbeachtlich ist (*vgl. BAG 22. Mai 2012 - 1 AZR 94/11 - Rn. 25*). 35
4. Weiterer Sachvortrag des Klägers war auch nicht im Hinblick auf das der Kündigungsschutzklage stattgebende Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 17. Januar 2012 (- 12 Sa 1502/10 -) entbehrlich. Die Entscheidung hat hinsichtlich der Möglichkeit, den Kläger im Streitzeitraum zu beschäftigen, keine präjudizielle Wirkung. 36

- a) Präjudizielle Rechtsverhältnisse und Vorfragen werden nur dann iSv. § 322 ZPO rechtskräftig festgestellt, wenn sie selbst Streitgegenstand waren. Es genügt nicht, dass über sie als bloße Vorfragen zu entscheiden war (vgl. *BGH 21. April 2010 - VIII ZR 6/09 - Rn. 9; 7. Juli 1993 - VIII ZR 103/92 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 123, 137; Zöller/Vollkommer ZPO 30. Aufl. vor § 322 Rn. 34; Musielak/Voit/Musielak ZPO 12. Aufl. § 322 Rn. 17*). Einzelne Begründungselemente nehmen grundsätzlich nicht an der materiellen Rechtskraft teil (vgl. *BAG 19. November 2014 - 5 AZR 121/13 - Rn. 27; 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 16, BAGE 135, 239; 20. Dezember 2012 - 2 AZR 867/11 - Rn. 23; BGH 26. Juni 2003 - I ZR 269/00 - zu II 1 a der Gründe*). 37
- b) Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers bei der Beklagten nicht festgestellt, sondern lediglich eine non-liquet-Entscheidung getroffen. 38
5. Auch indem das Landesarbeitsgericht Köln mit Urteil vom 17. Januar 2012 (- 12 Sa 1502/10 -) dem Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers entsprochen hat, ist für das vorliegende Verfahren eine Möglichkeit und Verpflichtung der Beklagten, den Kläger im Streitzeitraum zu beschäftigen, nicht bindend festgestellt. 39
- a) Der Umfang der materiellen Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 1 ZPO ist aus dem Urteil und den dazu ergangenen Gründen zu bestimmen (*BAG 10. April 2014 - 2 AZR 812/12 - Rn. 29*). Der Titel muss aus sich heraus einen bestimmten oder zumindest bestimmbareren Inhalt haben (vgl. *BAG 31. Mai 2012 - 3 AZB 29/12 - Rn. 15*). Das Erfordernis der - von Amts wegen zu prüfenden - Bestimmtheit des Urteilsausspruchs dient der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Der Umfang der materiellen Rechtskraft iSv. § 322 Abs. 1 ZPO und damit die Entscheidungswirkungen müssen festgestellt werden können (vgl. *BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 564/12 - Rn. 23*). Andernfalls würden Unklarheiten über den Inhalt der Verpflichtung aus dem Erkenntnisverfahren in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden, dessen Aufgabe es nicht ist zu klären, worin die festgelegte Verpflichtung des Schuldners besteht (*BAG 28. Februar 2003*) 40

- 1 AZB 53/02 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 105, 195; 31. Mai 2012 - 3 AZB 29/12 - Rn. 15).

b) Die vom Landesarbeitsgericht Köln mit der Entscheidung vom 17. Januar 2012 (- 12 Sa 1502/10 -) in Ziffer 1b des Tenors ausgeurteilte Verpflichtung der Beklagten entfaltet keine Bindungswirkung. Der Weiterbeschäftigungsausspruch ist der Rechtskraft nicht fähig. Er ist nicht hinreichend bestimmt. 41

aa) Der Entscheidung ist schon nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit zu entnehmen, ab welchem Zeitpunkt eine Verpflichtung der Beklagten bestehen soll. Das Landesarbeitsgericht tenorierte, der Kläger sei „über den 31.03.2007 hinaus“ bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiter zu beschäftigen. Dies umfasste die Verurteilung der Beklagten zu einer von vornherein unmöglichen Beschäftigung des Klägers vor dem Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung am 17. Januar 2012 auch in der Vergangenheit ab dem 1. April 2007. Im Widerspruch hierzu stehen die Entscheidungsgründe des Urteils. Das Landesarbeitsgericht nimmt darin auf die in der Entscheidung des Großen Senats vom 27. Februar 1985 (- GS 1/84 - BAGE 48, 122) aufgestellten Grundsätze Bezug. Danach ist Voraussetzung für eine dem Weiterbeschäftigungsantrag stattgebende Entscheidung ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Instanzurteil (vgl. BAG GS 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C II 3 c der Gründe, aaO). Eine der Kündigungsschutzklage stattgebende Entscheidung war jedoch vor dem 17. Januar 2012 nicht ergangen. Die Entscheidungsgründe sind mit dem Tenor nicht in Einklang zu bringen. Der Umfang der materiellen Rechtskraft iSv. § 322 Abs. 1 ZPO lässt sich damit schon in zeitlicher Hinsicht nicht ermitteln. 42

bb) Ebenso wenig lässt sich der Inhalt der ausgeurteilten Beschäftigungspflicht mit der erforderlichen Bestimmtheit feststellen. 43

(1) Bei der Titulierung des dem Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen während des Laufs eines Kündigungsschutzprozesses zustehenden Anspruchs auf Weiterbeschäftigung (vgl. BAG GS 27. Februar 1985 - GS 1/84 - 44

BAGE 48, 122) muss der Vollstreckungstitel verdeutlichen, um welche Art von Beschäftigung es geht. Für den Schuldner muss aus rechtsstaatlichen Gründen erkennbar sein, in welchen Fällen er mit einem Zwangsmittel zu rechnen hat (vgl. *BAG 28. Februar 2003 - 1 AZB 53/02 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 105, 195*). Andererseits erfordern das Rechtsstaatsprinzip und das daraus folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes (*BVerfG 12. Februar 1992 - 1 BvL 1/89 - zu C I der Gründe, BVerfGE 85, 337*), dass materiell-rechtliche Ansprüche effektiv durchgesetzt werden können. Bei im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebener Arbeitspflicht kann der Titel aus materiell-rechtlichen Gründen nicht so genau sein, dass er auf eine ganz bestimmte im Einzelnen beschriebene Tätigkeit oder Stelle zugeschnitten ist. Darauf hat der Arbeitnehmer regelmäßig keinen Anspruch, weil das Weisungsrecht nach § 106 GewO dem Arbeitgeber zusteht. Um diesen Gesichtspunkten gerecht zu werden, ist es jedenfalls erforderlich, dass die Art der ausgerichteten Beschäftigung des Arbeitnehmers aus dem Titel ersichtlich ist. Einzelheiten hinsichtlich der Art der Beschäftigung oder sonstigen Arbeitsbedingungen muss der Titel demgegenüber nicht enthalten. Dafür reicht es aus, wenn sich aus dem Titel das Berufsbild, mit dem der Arbeitnehmer beschäftigt werden soll, ergibt oder diesem zu entnehmen ist, worin die ihm zuzuweisende Tätigkeit bestehen soll (*BAG 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 19, BAGE 130, 195*).

(2) Auch unter Berücksichtigung dieser Anforderungen an die Bestimmtheit eines Weiterbeschäftigungstitels erschließt sich der Inhalt einer Beschäftigungspflicht der Beklagten aus der Entscheidung nicht. 45

Die Art und Weise der von der Beklagten vorzunehmenden Beschäftigung des Klägers ergibt sich aus dem Titel nicht. Verwertbare Angaben zur Art seiner Beschäftigung sind ihm nicht zu entnehmen. Diese ergeben sich insbesondere nicht aus der Formulierung „gemäß Arbeitsvertrag“. Zwar kann eine Bezugnahme auf einen Arbeitsvertrag, vorausgesetzt dessen Inhalt lässt sich anhand des Tenors und der Entscheidungsgründe des Urteils eindeutig feststellen, für die Bestimmtheit eines Weiterbeschäftigungstitels ausreichen. Vorliegend enthält die Bezugnahme jedoch, indem sie mit dem Zusatz „zu unverän- 46

dernten Arbeitsbedingungen“ verbunden ist, Einschränkungen, die zur Unbestimmtheit führen. Der Zusatz steht im Widerspruch zur Feststellung des Landesarbeitsgerichts, einer Tätigkeit des Klägers zu den bisherigen Bedingungen beim BfV, wie „im sicherheitsrelevanten Bereich“ insgesamt, stehe der Entzug der VS-Ermächtigung entgegen. Auf eine konkrete andere Beschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen nimmt die Entscheidung nicht Bezug. Der Inhalt der „unveränderten Arbeitsbedingungen“ ist der Entscheidung damit nicht einmal rahmenmäßig zu entnehmen. Zumal der Titel wörtlich genommen auf eine der Beklagten nach dem SÜG verbotene Handlung gerichtet ist.

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

47

Müller-Glöge

Weber

Volk

Dittrich

S. Röth-Ehrmann