

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 14. Oktober 2020
- 5 AZR 649/19 -
ECLI:DE:BAG:2020:141020.U.5AZR649.19.0

I. Arbeitsgericht Braunschweig

Urteil vom 4. März 2019
- 1 Ca 373/18 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 25. September 2019
- 17 Sa 300/19 -

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Schadensersatz - behinderungsgerechte Beschäftigungsmöglichkeit

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 649/19
17 Sa 300/19
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Oktober 2020

URTEIL

Schmidt-Brenner, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Oktober 2020 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Dr. Volk sowie den ehrenamtlichen Richter Busch und die ehrenamtliche Richterin Christen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 25. September 2019 - 17 Sa 300/19 - aufgehoben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Braunschweig vom 4. März 2019 - 1 Ca 373/18 - zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs. 1

Der 1980 geborene, von Geburt an hörgeschädigte und mit einem Grad von 100 als schwerbehinderter Mensch anerkannte Kläger war seit 1. Juli 2008 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten (SZST) und nach deren Verschmelzung auf die Beklagte bei dieser beschäftigt. Auf der Grundlage seines Arbeitsvertrags, nach dem er als „Industriearbeiter im Pool (zur flexiblen Abdeckung von Leistungsbedarfen bei SZST, S GmbH, P GmbH, I GmbH, Konzernfirmen und Drittfirmen)“ eingestellt ist, wurde dem Kläger die Tätigkeit als Bohrerwerkshelfer zugewiesen. Seit 2012 kann er diese Arbeit aufgrund eines Rückenleidens nicht mehr verrichten. Zwischenzeitlich übertrug die Beklagte die Aufgaben des Klägers den bei ihr beschäftigten Bohrerwerkern. 2

In der Zeit bis August 2013 war der Kläger arbeitsunfähig krank. Danach begann er eine externe Umschulung zum Bürokaufmann, die er im Juni 2016 erfolgreich beendete. Vom 24. Juni 2016 bis zum 30. November 2017 beschäftigte die Beklagte den Kläger auf der Grundlage einer befristeten „Abstellung“ und mit seinem Einverständnis als Sachbearbeiter bei ihrer Werksfeuerwehr. Dort vertrat er eine Arbeitnehmerin, die sich in Elternzeit befand. Am 1. Dezem- 3

ber 2017 begann der Kläger eine Reha-Maßnahme, nach deren Ende er arbeitsunfähig krankgeschrieben war. Die Beklagte leistete für Dezember 2017 bis Februar 2018 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, danach bezog der Kläger bis einschließlich 3. Juni 2018 Krankengeld. Im Anschluss bot der Kläger der Beklagten wiederholt seine Arbeitsleistung an. Am 5. Juni 2018 schrieb ihm die Beklagte, dass er laut arbeitsmedizinischer Stellungnahme vom 11. Januar 2018 dauerhaft zu einer Tätigkeit als Bohrwerkshelfer nicht mehr in der Lage sei, und andere leidensgerechte Einsatzmöglichkeiten nicht bestünden, weshalb er von weiteren Arbeitsangeboten absehen möge. Von einer beabsichtigten Kündigung, zu der das Integrationsamt mit Schreiben vom 15. Juni 2018 seine Zustimmung erteilte, sah die Beklagte ab, nachdem in ihrem Lager ein Arbeitsplatz aufgrund eines Sterbefalls frei geworden war. Vom 1. Juli bis zum 31. Dezember 2018 beschäftigte sie den Kläger als Lagerist. Für Juni 2018 zahlte die Beklagte dem Kläger keine Vergütung.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger - nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung - für die Zeit vom 4. bis zum 30. Juni 2018 Annahmeverzugsvergütung. Dem Zahlungsanspruch stehe seine mangelnde Leistungsfähigkeit für eine Tätigkeit als Bohrwerkshelfer nicht entgegen, weil er diese im Streitzeitraum nicht mehr geschuldet habe. Der Arbeitsplatz sei infolge Umverteilung der Aufgaben auf andere Mitarbeiter weggefallen. Vor diesem Hintergrund sei die lediglich befristete Zuweisung der Tätigkeit als Sachbearbeiter mit bürokaufmännischer Ausbildung bei der Werksfeuerwehr, für die er uneingeschränkt leistungsfähig sei, unwirksam. Jedenfalls habe die Beklagte gegen ihre Pflicht verstoßen, ihm eine Bürotätigkeit bei der Werksfeuerwehr als leidensgerechten Arbeitsplatz dauerhaft zuzuweisen. Das führe angesichts seiner Schwerbehinderung, bei der die Pflicht zur leidensgerechten Beschäftigung Bestandteil des vertraglichen Erfüllungsanspruchs sei, zu einem Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung. Der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs bedürfe es insoweit nicht.

4

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 5
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.472,78 Euro brutto zu zahlen sowie 26,59 Euro an das VML-Konto des Klägers zu überweisen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 6

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht dem Zahlungsantrag stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. 7

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung des Klägers zu Unrecht stattgegeben. Ein Anspruch auf Vergütung und vermögenswirksame Leistungen aus Annahmeverzug steht dem Kläger für den streitigen Klagezeitraum nicht zu. Ob er die begehrten Zahlungen als Schadensersatz verlangen könnte, bedarf keiner Entscheidung. Ein solcher Anspruch ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. 8

I. Die - unter Berücksichtigung näherer Konkretisierungen hinsichtlich des im Klageantrag benannten „VML-Kontos“ - zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat für die Zeit vom 4. bis zum 30. Juni 2018 keinen Anspruch auf Vergütung aus § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs iSd. §§ 615, 293 ff. BGB lagen entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts im streitigen Klagezeitraum nicht vor. 9

1. Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber die nach § 611a Abs. 2 BGB vereinbarte Vergütung fortzuzahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste in Verzug gerät. Er kommt gemäß § 293 BGB in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Das Angebot des Arbeitnehmers muss gemäß § 294 BGB die zu bewirkende Arbeitsleistung betreffen. Diese Arbeitsleistung ist 10

identisch mit der arbeitsvertraglich vereinbarten, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag konkret bestimmt ist. Ist dagegen 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. Erst die durch die wirksame Ausübung des Direktionsrechts näher bestimmte Tätigkeit ist die iSv. § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung (st. Rspr., zB BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 14, BAGE 134, 296).

2. Danach konnte ein auf eine Tätigkeit als Sachbearbeiter bei der Werkfeuerwehr gerichtetes Arbeitsangebot des Klägers die Beklagte seit dem 4. Juni 2018 nicht in Annahmeverzug versetzen, weil es sich hierbei nicht um die im Streitzeitraum iSv. § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung handelte. Soweit das Landesarbeitsgericht seine gegenteilige Auffassung damit begründet hat, die Beklagte habe dem Kläger die betreffende Tätigkeit auf der Grundlage ihres Weisungsrechts seit dem 24. Juni 2016 bis zu einer - nicht erfolgten - Neuausübung ihres Direktionsrechts zugewiesen, ist dies rechtsfehlerhaft. Der Würdigung steht entgegen, dass der Kläger nach den vertraglichen Vereinbarungen als Industriearbeiter eingestellt war und eine Tätigkeit als Sachbearbeiter von der geschuldeten Arbeitsleistung nicht umfasst war. 11

a) § 106 Satz 1 GewO eröffnet dem Arbeitgeber ein Weisungsrecht nur innerhalb, nicht jedoch außerhalb der vertraglichen Vereinbarungen (BAG 28. Juni 2017 - 5 AZR 263/16 - Rn. 24). Durch den Arbeitsvertrag vom 26. Juni 2008 war die vom Kläger geschuldete Tätigkeit rahmenmäßig als „Industriearbeiter im Pool“ umschrieben. Lediglich innerhalb dieser Aufgabenstellung, die nach herkömmlicher Anschauung überwiegend körperliche Tätigkeiten umfasst, konnte die Beklagte den Inhalt der vom Kläger zu leistenden Arbeit in Ausübung ihres Direktionsrechts wirksam näher bestimmen. Die Tätigkeit als Sachbearbeiter, dessen Arbeitsaufgaben vornehmlich aus geistiger Arbeit bestehen, rechnet nicht dazu. Sie liegt außerhalb der vertraglichen Vereinbarungen und war entspre- 12

chend vom Kläger nicht geschuldet. Das Direktionsrecht war deshalb kein geeignetes Instrument, die „Abstellung“ des Klägers zur Ausübung einer Sachbearbeitertätigkeit bei der Werksfeuerwehr zu bewirken.

b) Dieser Beurteilung steht das Vorbringen des Klägers, die Parteien hätten sich in einer Vereinbarung vom 30. Juli 2013 über das Ruhen ihres Arbeitsverhältnisses in der Zeit der Umschulung des Klägers zum Bürokaufmann zugleich darüber verständigt, dass der Kläger unmittelbar nach Abschluss der Weiterbildung seine Arbeitskraft wieder zur Verfügung stellt und ihm eine im Rahmen der Möglichkeiten zumutbare Tätigkeit angeboten wird, nicht entgegen. 13

aa) Den Vortrag hat der Kläger erstmals in der Revisionserwiderung gehalten. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts enthält dazu keine Feststellungen. Damit handelt es sich um neues Vorbringen in der Revisionsinstanz, das nach § 72 Abs. 5 ArbGG, § 559 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen ist (*BAG 18. Dezember 2019 - 10 AZR 141/18 - Rn. 62 mwN*). 14

bb) Unabhängig davon ist, anders als der Kläger meint, dem Vorbringen eine Abrede über die Erweiterung der vertraglich geschuldeten Tätigkeiten des Klägers, die es der Beklagten ermöglicht hätte, diesem nach erfolgreicher Umschulung eine Sachbearbeitertätigkeit allein auf der Grundlage ihres Direktionsrechts zuzuweisen, nicht zu entnehmen. Die Formulierungen in der behaupteten Ruhensvereinbarung, wonach dem Kläger im Anschluss an die Weiterbildung eine ggf. bestehende „zumutbare Tätigkeit“ „angeboten wird“ und „ein Einsatz entsprechend der erworbenen Qualifikation nicht zugesagt werden kann“, machen vielmehr hinreichend deutlich, dass am 30. Juli 2013 keine endgültige Verständigung über eine Änderung des Inhalts der zukünftig vom Kläger geschuldeten Tätigkeit getroffen werden sollte, sondern dies einer späteren Einigung vorbehalten bleiben sollte. 15

- c) Soweit sich die Parteien sodann im Rahmen der erfolgten „Abstellung“ für die Zeit ab dem 24. Juni 2016 auf die Wahrnehmung einer Tätigkeit als Sachbearbeiter bei der Werksfeuerwehr geeinigt haben, war diese vereinbarungsgemäß für die Dauer der „Abstellung“ die vom Kläger geschuldete Tätigkeit. Die Änderung der Vertragsbedingungen sollte jedoch nach dem getroffenen Einvernehmen lediglich befristet für die Zeit bis Ende November 2017 gelten. Die Abrede ist rein befristungsrechtlich wirksam. 16
- aa) Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zur Einvernehmlichkeit der erfolgten Abstellung einschließlich der Befristung und deren Dauer sind für den Senat nach § 559 Abs. 2 ZPO bindend. Zulässige Verfahrens(gegen)rügen hat der Kläger diesbezüglich nicht erhoben. Soweit er - erstmals in der Revision - unter Bezugnahme auf eine E-Mail der Personalreferentin der Beklagten vom 13. Juli 2018 vorgetragen hat, die Befristung sei bis zum 31. Dezember 2017 verlängert worden, handelt es sich wiederum um neuen, in der Revision nicht zu berücksichtigenden Tatsachenvortrag. Unabhängig davon bezieht sich die bezeichnete E-Mail nicht auf eine Verlängerung der „Abstellung“ zur Werksfeuerwehr, sondern auf den seit dem 1. Juli 2018 erfolgten Einsatz des Klägers als Lagerist im Bereich der Reserveteilwirtschaft in der Abteilung Zentrallager und Warenumsschlagplatz. Lediglich diesbezüglich ergibt sich aus dem Schreiben die Verlängerung einer Befristung, insoweit allerdings bis zum 31. Dezember 2018. 17
- bb) Die mit der „Abstellung“ einhergehende Befristung der Änderung der Tätigkeit des Klägers unterliegt einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB (*im Einzelnen BAG 7. Oktober 2015 - 7 AZR 945/13 - Rn. 39 ff.; zur Inhaltskontrolle bei der Befristung einzelner Vertragsbedingungen vgl. auch BAG 25. April 2018 - 7 AZR 520/16 - Rn. 34; 23. März 2016 - 7 AZR 828/13 - Rn. 50, BAGE 154, 354*). Dieser hält sie stand. 18

- (1) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird ein Arbeitnehmer durch die Befristung der Übertragung einer anderen Tätigkeit regelmäßig dann nicht iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt, wenn der Befristung ein Sachverhalt zugrunde liegt, der die Befristung eines Arbeitsvertrags insgesamt mit einem Sachgrund iSv. § 14 Abs. 1 TzBfG rechtfertigen könnte. In einem solchen Fall überwiegt in aller Regel das Interesse des Arbeitgebers an der nur befristeten Vereinbarung der Vertragsbedingung das Interesse des Arbeitnehmers an deren unbefristeter Vereinbarung. Nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände auf Seiten des Arbeitnehmers kann in Ausnahmefällen eine andere Beurteilung in Betracht kommen (*BAG 25. April 2018 - 7 AZR 520/16 - Rn. 35 f.; 23. März 2016 - 7 AZR 828/13 - Rn. 51 mwN, BAGE 154, 354*). 19
- (2) In Anwendung dieser Grundsätze ist eine unangemessene Benachteiligung des Klägers durch die lediglich befristete Übertragung der Tätigkeit eines Sachbearbeiters bei der Werksfeuerwehr der Beklagten nicht zu erkennen. 20
- (a) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erfolgte die Beschäftigung des Klägers auf der fraglichen Position zur unmittelbaren Vertretung einer in Elternzeit befindlichen anderen Arbeitnehmerin, mit deren Rückkehr an den Arbeitsplatz die Beklagte zum Ende der „Abstellung“ rechnete. Der kalendermäßig bestimmten befristeten Änderung der geschuldeten Tätigkeit des Klägers lag damit ein Sachverhalt zugrunde, der nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG iVm. § 21 Abs. 1 BEEG geeignet gewesen wäre, die Befristung eines Arbeitsverhältnisses insgesamt zu rechtfertigen (*vgl. BAG 17. Mai 2017 - 7 AZR 420/15 - Rn. 10 mwN, BAGE 159, 125*). 21
- (b) Die Annahme eines sich daraus ergebenden überwiegenden berechtigten Interesses der Beklagten an der lediglich vorübergehenden Beschäftigung des Klägers als Sachbearbeiter bei der Werksfeuerwehr wird nicht dadurch infrage gestellt, dass der Kläger in diesen Bereich bereits vor Antritt der Elternzeit der Kollegin „abgestellt“ wurde. Nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Beklagten handelte es sich dabei um Zeiten einer erforderlichen Einarbeitung bzw. „Übergabe“ von Aufgaben, für die gemäß § 21 Abs. 2 BEEG eine Befristung 22

über die Dauer der Elternzeitvertretung hinaus zulässig ist (*ErfK/Müller-Glöge 20. Aufl. BEEG § 21 Rn. 7; Schneider in Brose/Weth/Volk 9. Aufl. BEEG § 21 Rn. 32 f.*). Soweit der Kläger behauptet hat, die Kollegin sei „bereits nach 1 ½ Jahren“ und insoweit vor dem 30. November 2017 aus der Elternzeit zurückgekehrt, widerlegt dies nicht den erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der Befristung und dem durch die Elternzeit hervorgerufenen Vertretungsbedarf sowie die Berechtigung der diesbezüglich im Zeitpunkt der „Abstellung“ des Klägers, auf den es für die Beurteilung des Vorliegens eines sachlichen Grundes für die Befristung maßgeblich ankommt, angestellten Prognose. Einer zusätzlichen eigenen sachlichen Rechtfertigung der gewählten Vertragslaufzeit bedarf es nicht (*BAG 9. September 2015 - 7 AZR 148/14 - Rn. 42, BAGE 152, 273*).

(c) Besondere Umstände, aufgrund derer ausnahmsweise die befristete Tätigkeitsänderung als unangemessen anzusehen wäre, sind auch unter Berücksichtigung der gegenüber einem schwerbehinderten Menschen wie dem Kläger bestehenden Verpflichtungen der Beklagten aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung vom 14. August 2006 (*aF; seit 1. Januar 2018: § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX*) nicht zu erkennen. Diese Bestimmungen geben dem schwerbehinderten Menschen keine Beschäftigungsgarantie. Insbesondere ist der Arbeitgeber, soweit eine Beschäftigung auf der bisherigen Stelle nicht mehr möglich ist, nicht verpflichtet, für den schwerbehinderten Menschen einen bislang nicht vorhandenen, zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten (*BAG 16. Mai 2019 - 6 AZR 329/18 - Rn. 36, BAGE 166, 363; 22. November 2005 - 1 ABR 49/04 - Rn. 33, BAGE 116, 223; 14. März 2006 - 9 AZR 411/05 - Rn. 19; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben SGB IX 14. Aufl. § 164 Rn. 49; MHdB ArbR/Zimmermann 4. Aufl. § 198 Rn. 61; differenzierend für eine Organisationsentscheidung des Arbeitgebers, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes des behinderten Menschen führt, v. Roetteken jurisPR-ArbR 39/19 Anm. 1 zu BAG - 6 AZR 329/18 -; Greiner/Hagedorn NJW 2019, 3483, 3485 f.*). Das SGB IX verlangt zudem nicht die Entlassung anderer Arbeitnehmer, um den Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen verwirklichen zu können (*BAG 16. Mai 2019 - 6 AZR 329/18 - mwN aaO*). Dieses Normverständnis steht in Einklang mit Art. 5 Satz 1 der RL 2000/78/EG

23

und Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i der UN-Behindertenrechtskonvention, die mit ihrer Ratifizierung Bestandteil der Unionsrechtsordnung geworden (*EuGH 11. April 2013 - C-335/11, C-337/11 - Rn. 30*) und zugleich Bestandteil des - ggf. unionsrechtskonform auszulegenden - deutschen Rechts ist (*BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 190/12 - Rn. 53, BAGE 147, 60; zu den unionsrechtlichen Grundlagen von § 164 SGB IX eingehend Brose EuZA 2020, 157*). Hieraus ergibt sich nicht die Verpflichtung, dem schwerbehinderten Arbeitnehmer eine behinderungsgerechte Beschäftigungsmöglichkeit zu eröffnen, für die der Arbeitgeber keinen Bedarf hat (*vgl. BAG 20. November 2014 - 2 AZR 664/13 - Rn. 34*).

(d) Danach war die Befristung der Vereinbarung einer Tätigkeit des Klägers als Sachbearbeiter bei der Werksfeuerwehr auch gemessen an den Verpflichtungen der Beklagten aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX nicht unangemessen. Es ist bezogen auf den Zeitpunkt der Abstellung des Klägers zur Werksfeuerwehr weder festgestellt noch auch nur ansatzweise vorgetragen worden, dass im Bereich der dortigen Sachbearbeitung mit dem Vorhandensein freier Beschäftigungskapazitäten zu rechnen gewesen wäre, die ihm über den 30. November 2017 hinaus und auf Dauer hätten übertragen werden können. 24

(3) Die konkludente Abrede der Parteien über die befristete Wahrnehmung der Tätigkeit als Sachbearbeiter bei der Werksfeuerwehr genügt dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die einvernehmliche „Abstellung“ des Klägers erfolgte unmissverständlich für den begrenzten Zeitraum vom 24. Juni 2016 bis zum 30. November 2017. Dass ihm die Gründe für die Befristung nicht bekannt gewesen wären, hat der Kläger nicht behauptet. Im Übrigen kommt es hierauf nicht an. Bei der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen bedarf es grundsätzlich keiner Angabe von Gründen in der Befristungsabrede (*BAG 2. September 2009 - 7 AZR 233/08 - Rn. 24 mwN, BAGE 132, 59*). 25

- cc) Die Befristungsabrede ist auch nicht wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG unwirksam. Diese Bestimmung gilt nicht für die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen (*st. Rspr., zB BAG 10. Dezember 2014 - 7 AZR 1009/12 - Rn. 52 mwN*). 26
- d) Die danach wirksame Abrede der Parteien über die befristete Tätigkeitsänderung hat zur Folge, dass seit dem 1. Dezember 2017 für das Arbeitsverhältnis der Parteien wieder die vor der „Abstellung“ des Klägers vereinbarten Vertragsbedingungen galten. Damit konnte ein Angebot des Klägers hinsichtlich einer Arbeitsleistung als Sachbearbeiter für die Zeit vom 4. bis zum 30. Juni 2018 keinen Annahmeverzug der Beklagten begründen, weil es sich nicht um die iSv. § 294 BGB zu bewirkende Tätigkeit handelte. Ob im Juni 2018 ein entsprechender Arbeitsplatz - ggf. außerhalb des Bereichs der Werksfeuerwehr - zur Verfügung stand, ist unerheblich. Selbst wenn die Beklagte in der Lage gewesen wäre, einen solchen Arbeitsplatz für den Kläger durch Umorganisation frei zu machen, führte dies nicht zu einem Anspruch des Klägers auf Vergütung aus § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB. In Betracht kämen allenfalls Ansprüche auf Vergütung als Schadensersatz. 27
- aa) 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 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 19, BAGE 152, 1; 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 16, BAGE 134, 296; daran anschließend auch BAG 22. August 2018 - 5 AZR 592/17 - Rn. 21*). 28

bb) § 296 BGB steht dem nicht entgegen. Die danach vorzunehmende Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers besteht darin, dem Arbeitnehmer überhaupt eine Arbeitsmöglichkeit zu eröffnen, den Arbeitsablauf fortlaufend zu planen und die Arbeitsmittel bereitzustellen. Aus § 296 BGB lässt sich aber keine Verpflichtung des Arbeitgebers herleiten, die von ihm zunächst wirksam konkretisierte Arbeitspflicht nach den Wünschen oder Belangen des Arbeitnehmers neu zu bestimmen. Unterlässt es der Arbeitgeber schuldhaft, dem Arbeitnehmer eine leistungsgerechte und vertragsgemäße Arbeit zuzuweisen, kann dies lediglich einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Schadensersatz begründen (*vgl. BAG 22. August 2018 - 5 AZR 592/17 - Rn. 21; 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 17, BAGE 134, 296, insoweit unter ausdrücklicher Aufgabe von BAG 27. August 2008 - 5 AZR 16/08 - Rn. 13, und [zu Rn. 22] in Abgrenzung zu BAG 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - BAGE 131, 325*).

29

cc) Die vom Kläger herangezogene Rechtsprechung des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts führt zu keinem anderen Ergebnis. Danach können Ansprüche auf Annahmeverzug in Betracht kommen, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer aus Gründen in seiner Person nur noch einen Teil, nicht aber alle vertraglich geschuldeten Arbeiten verrichten kann. Der Arbeitgeber sei in diesem Fall nach § 106 Satz 3 GewO verpflichtet, im Rahmen der Ausübung seines Direktionsrechts auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen (*BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - Rn. 14, BAGE 116, 121*). Auch hiernach ist der Arbeitgeber zur Vermeidung von Annahmeverzugsansprüchen des Arbeitnehmers nicht nach § 296 Satz 1 BGB verpflichtet, den bestehenden Vertrag dahin zu ändern, eine behinderungsgerechte Beschäftigung des in seiner Leistungsfähigkeit eingeschränkten schwerbehinderten Arbeitnehmers zu gewährleisten. Die Haftung des Arbeitgebers für die Verletzung seiner Pflicht zur Rücksichtnahme auf behinderungsbedingte Einschränkungen des Arbeitnehmers aus § 241 Abs. 2 BGB und § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Nr. 4 und Nr. 5 SGB IX ist demgegenüber verschuldensabhängig ausgestaltet. Kommt der Arbeitgeber seiner aus den genannten Bestimmungen resultierenden Pflicht, dem Arbeitnehmer eine Vertragsänderung

30

anzubieten, schuldhaft (§ 276 Abs. 1 BGB) nicht nach, kann er dem Arbeitnehmer wegen der entgangenen Vergütungsansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB oder wegen Verletzung eines Schutzrechts nach § 823 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein (BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - Rn. 20, aaO; 23. Januar 2001 - 9 AZR 287/99 - zu I 3 d der Gründe, BAGE 97, 23, insoweit zu Ansprüchen aus § 14 SchwbG; Düwell in LPK-SGB IX 5. Aufl. § 164 Rn. 191 f.; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben SGB IX 14. Aufl. § 164 Rn. 44). Im Rahmen des Annahmeverzugs trägt der Arbeitgeber jedoch nicht das verschuldensunabhängige Risiko, seinen Verpflichtungen nach § 81 Abs. 4 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 SGB IX objektiv hinreichend nachgekommen zu sein.

3. Nach diesen Grundsätzen konnte das Arbeitsangebot des Klägers, soweit es auf eine Sachbearbeitertätigkeit gerichtet war, unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Vergütungsanspruch des Klägers aus Annahmeverzug begründen. Die Zuweisung einer solchen Tätigkeit war, was das Landesarbeitsgericht außer Acht gelassen hat, vom Direktionsrecht der Beklagten nicht umfasst. Dieses war nach dem bestehenden Arbeitsvertrag auf die Zuweisung von Tätigkeiten als Industriearbeiter beschränkt. 31

4. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Der Kläger hat auch unter Berücksichtigung seines weitergehenden Vorbringens keinen Anspruch auf Vergütung aus Annahmeverzug. Das kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO), weil der entscheidungsrelevante Sachverhalt feststeht. 32

a) Der Kläger war für eine Tätigkeit als Bohrwerkshelfer unstreitig seit dem Jahr 2012 nicht mehr leistungsfähig. Das schließt nach § 297 BGB einen Annahmeverzug der Beklagten aufgrund eines hierauf gerichteten Angebots der Arbeitsleistung des Klägers aus. Der Einwendung der Leistungsunfähigkeit steht nicht entgegen, dass die Beklagte die Arbeiten zwischenzeitlich innerbetrieblich umverteilt hat. Dies war für die unterbliebene Beschäftigung des Klägers auf dem Arbeitsplatz nicht kausal, sondern bloße Folge von dessen Leistungseinschränkungen, die im Lauf des Arbeitsverhältnisses zu der von Anfang an bestehenden 33

Behinderung des Klägers hinzukamen. Die Frage, ob die Beklagte im Fall einer Besserung des Gesundheitszustands des Klägers gehalten wäre, ihre organisatorischen Maßnahmen zur Vermeidung einer Lohnzahlungspflicht aus Annahmeverzug rückgängig zu machen, stellt sich für den streitigen Klagezeitraum nicht.

b) Soweit der Kläger sich in den Vorinstanzen auf andere leidens- bzw. behinderungsgerechte Beschäftigungsmöglichkeiten berufen hat und darin die Behauptung liegt, er habe insoweit seine Beschäftigung verlangt, hat er jedenfalls der ihn treffenden - abgestuften - Darlegungslast nicht genügt. 34

aa) Macht der schwerbehinderte Arbeitnehmer Ansprüche nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX auf behinderungsgerechte Beschäftigung geltend, trägt er nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Für seinen Anspruch muss er deshalb grundsätzlich Beschäftigungsmöglichkeiten aufzeigen, die seinem infolge der Behinderung eingeschränkten Leistungsvermögen und seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechen. Hierauf hat sich der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO durch substantiierten Sachenvortrag einzulassen und ggf. aufzuzeigen, aus welchen Gründen die aufgezeigten Beschäftigungsmöglichkeiten nicht bestehen oder deren Zuweisung ihm unzumutbar ist. Zu dieser sekundären Behauptungslast gehört auch ggf. die Darlegung, dass kein entsprechender freier Arbeitsplatz vorhanden ist und auch nicht durch Versetzung freigemacht werden kann. Es obliegt dann dem Arbeitnehmer der Nachweis, dass entgegen der Behauptung des Arbeitgebers ein geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Erleichterungen treten für den Arbeitnehmer ein, wenn der Arbeitgeber seine Erörterungspflichten nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF bzw. § 167 Abs. 1 SGB IX (Präventionsverfahren) verletzt hat. In diesem Fall hat er auch ohne Benennung konkreter Einsatzmöglichkeiten von Seiten des Arbeitnehmers darzutun, dass ihm auch unter Berücksichtigung dieser besonderen Arbeitgeberpflichten nach § 164 Abs. 4 SGB IX eine zumutbare Beschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht möglich war (*zu den Einzelheiten vgl. BAG 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 - zu B II 2 a der Gründe*, 35

BAGE 114, 299; zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Geltendmachung eines Anspruchs auf Vergütung als Schadensersatz BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - Rn. 28 ff., BAGE 116, 121).

bb) Den sich daraus ergebenden Darlegungsanforderungen wird der Vortrag des Klägers nicht gerecht. 36

(1) Nach seinem eigenen Vorbringen hat am 16. Mai 2018 unter Beteiligung von Vertretern des Integrationsamts, der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrats sowie der bei der Beklagten bestehenden Sozialberatung ein Gespräch über alternative Einsatzmöglichkeiten des Klägers stattgefunden. 37

(2) Nach dem Inhalt eines von ihm vorgelegten Schreibens der Beklagten 7. Juni 2018 an das Integrationsamt wurde dabei die Möglichkeit einer Tätigkeit des Klägers als „Steuermann“ im Bereich „Coillinie 4“ und als „Holzmechaniker“ in der Tischlerei erörtert. Diesbezüglich hat die Beklagte angeführt, an der „Coillinie 4“ bestehe keine Vakanz. Im Übrigen sei ein dortiger Einsatz des Klägers aus gesundheitlichen Gründen wegen bestehender Bedenken gegen Zwangshaltungen im Knien/Hocken nicht möglich, weil regelmäßig Bänder im Knien angeschliffen werden müssten. Entsprechendes gelte für den benannten Arbeitsplatz in der Tischlerei, der regelmäßig ein Arbeiten im Bücken oder Knien mit sich bringe und zudem wegen der Arbeit an gefährlichen Maschinen besondere Anforderungen an das Hörvermögen des Arbeitnehmers stelle. Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger Tatsachen, aus denen sich ergeben könnte, dass die erörterten Tätigkeiten gleichwohl sowohl behinderungs- als auch leistungsgerecht wären, nicht aufgezeigt. Selbst unterstellt, die benannten Tätigkeiten seien vom vertraglich vereinbarten Aufgabengebiet des Klägers als Industriearbeiter umfasst, ist deshalb nicht ersichtlich, dass die Beklagte ihre Pflichten aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX verletzt hat. 38

(3) Soweit der Kläger sich in den Vorinstanzen darauf berufen hat, der Beklagten sei es möglich gewesen, ihn mit „leichteren“ Tätigkeiten zu beschäftigen, vermag dies einen Vergütungsanspruch aus § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 39

BGB nicht zu begründen. Der Kläger hat nicht ansatzweise aufgezeigt, dass er leichtere Tätigkeiten hätte verrichten können, die sowohl behinderungs- und leidensgerecht als auch vertragsgemäß gewesen wären.

II. Danach war das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zurückzuweisen. 40

1. Ob dem Kläger wegen einer Verletzung der Pflichten der Beklagten aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Nr. 4 und/oder Nr. 5 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Nr. 4 und/oder Nr. 5 SGB IX Vergütung als Schadensersatz zusteht, hat der Senat nicht zu entscheiden. Ein solcher Anspruch ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Es bedarf auch nicht deshalb einer Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht, weil der Kläger im Berufungsverfahren angekündigt hat, er würde ggf. noch einen solchen Anspruch erheben, falls das Berufungsgericht der Auffassung des Arbeitsgerichts folgen und annehmen sollte, die Zuweisung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes sei nicht „über einen Annahmeverzugslohnanspruch gedeckt“. Zum einen war der Kläger angesichts der Rechtsprechung des Neunten Senats von sich aus gehalten, zumindest vorsorglich die klageweise Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs in Erwägung zu ziehen. Zum anderen lässt sich den Ausführungen des Klägers nicht entnehmen, dass er bei entsprechendem Hinweis eine Klageerweiterung im Berufungsverfahren hätte vornehmen wollen. Vielmehr ist er davon ausgegangen, die Erhebung eines Schadensersatzanspruchs „dürfte“ ein neues erstinstanzliches Verfahren nach sich ziehen. 41

2. Da die Voraussetzungen eines Zahlungsanspruchs aus § 615 BGB nicht erfüllt sind und ein Anspruch auf Vergütung als Schadensersatz vorliegend nicht erhoben ist, kann die Klage auch insoweit keinen Erfolg haben wie der Kläger Vergütung in Gestalt vermögenswirksamer Leistungen beansprucht hat (*zum Rechtscharakter solcher Leistungen vgl. BAG 28. November 2007 - 5 AZR 992/06 - Rn. 13*). 42

III. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen. 43

Linck

Volk

Berger

Busch

A. Christen