

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 23. Februar 2021  
- 5 AZR 213/20 -  
ECLI:DE:BAG:2021:230221.U.5AZR213.20.0

I. Arbeitsgericht Wiesbaden

Urteil vom 7. Februar 2019  
- 4 Ca 232/18 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 20. Dezember 2019  
- 14 Sa 329/19 -

---

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - unterlassener Zwischenverdienst - Böswilligkeit

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 213/20  
14 Sa 329/19  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
23. Februar 2021

## 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 Beratung vom 23. Februar 2021 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie die ehrenamtliche Richterin Zorn und den ehrenamtlichen Richter Ilgenfritz-Donné für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 20. Dezember 2019 - 14 Sa 329/19 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten in der Revision noch über Vergütung wegen Annahmeverzugs und dabei insbesondere darüber, ob der Kläger es böswillig unterlassen hat, anderweitigen Verdienst zu erzielen. 1

Der Kläger ist seit 1998 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt, seit dem 1. Oktober 2001 als Leiter des Glutolin-Betriebs, in dem ca. 65 Produktionsmitarbeiter tätig sind. Das monatliche Grundentgelt des Klägers beträgt 12.815,28 Euro brutto. Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsvertrag vom 10. Oktober 2001, der auszugsweise lautet: 2

„Sehr geehrter Herr Dr. H,  
anstelle früherer Anstellungsverträge, die mit uns oder einer mit uns wirtschaftlich verbundenen Firma bestehen, wird zwischen Ihnen und uns mit Wirkung vom 1. Oktober 2001 nachfolgender

#### Vertrag

geschlossen.

#### I. Arbeitsbereich

Sie stehen als leitender Angestellter in unseren Diensten.

Sollte es aus persönlichen oder betrieblichen Gründen erforderlich werden, erklären Sie sich bereit, eine andere angemessene, ggf. auch mit einer anderen Vertragsstufe bewerteten Aufgabe in unserem oder einem wirtschaftlich mit uns verbundenen Unternehmen zu übernehmen.

Aufgrund Ihrer derzeitigen Aufgabe sehen wir Sie als leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 Betriebsverfassungsgesetzes an.

...

### III. Vergütung

1. Maßgebend für Ihre Vergütung ist das in unserem Unternehmen jeweils geltende Vergütungs- und Beteiligungssystem für in Vertragsstufen geführte leitende Angestellte, das Bestandteil des Arbeitsvertrages ist.

Das Vergütungs- und Beteiligungssystem besteht aus Baseinkommen (= Grundentgelt) und erfolgsabhängigem variablen Einkommen (= Bonus).

...“

Die Beklagte ist Mitglied im Arbeitgeberverband der Chemischen Industrie. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts findet auf das Arbeitsverhältnis der Parteien der Manteltarifvertrag für akademisch gebildete Angestellte in der chemischen Industrie idF vom 2. Mai 2000 (iF Akademiker MTV Chemie) Anwendung. Dieser enthält keine Ausschlussfristenregelung, im Manteltarifvertrag der Chemischen Industrie vom 24. Juni 1992 idF vom 17. Mai 2017 (iF MTV Chemie), an den die Beklagte ebenfalls kraft Tarifbindung gebunden ist, ist dagegen eine Ausschlussfristenregelung enthalten. In einer von Geschäftsführung, Betriebsrat und Sprecherausschuss der Beklagten unterzeichneten „Betriebsvereinbarung Nr. 9 - Arbeitsordnung“ vom 17. Juni 2013, heißt es unter IV. 17. Buchst. c:

3

„Die Ansprüche beider Seiten aus dem Arbeitsverhältnis müssen innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Nach Ablauf dieser Frist ist die Geltendmachung ausgeschlossen.“

Seit Januar 2017 ist der Kläger wegen seiner aus Sicht der Beklagten mangelnden Führungs- und Sozialkompetenz von der Leitung des Glutolin-Betriebs entbunden. Die Beklagte wies ihm stattdessen bei unverändertem Grundentgelt die Tätigkeit eines „Technical Supervisor Plaquemine“ zu. Die dagegen

4

erhobene Klage war in beiden Tatsacheninstanzen erfolgreich (*Hessisches Landesarbeitsgericht 8. November 2017 - 18 Sa 686/17 -*). Nachdem der Kläger am 22. November 2017 verlangt hatte, ihn ab dem 8. Dezember 2017 wieder in seiner alten Funktion als Betriebsleiter zu beschäftigen, versetzte ihn die Beklagte mit Schreiben vom 11. Dezember 2017 mit sofortiger Wirkung bei unverändertem Grundentgelt auf eine Stelle als „Beauftragter für Unternehmenssicherheit“ und erweiterte mit Schreiben vom 22. Januar 2018 seine Aufgaben um den Bereich „IT-Sicherheit“. Der Kläger erhielt nunmehr den Titel „Senior Manager Security“. Dieser erneuten Versetzung leistete der Kläger zunächst Folge, erhob jedoch auch dagegen Klage und obsiegte - rechtskräftig - in beiden Tatsacheninstanzen (*Hessisches Landesarbeitsgericht 26. Juli 2019 - 18 Sa 607/18 -*). Am 14. Mai 2018 bot der Kläger seine Arbeitsleistung als Betriebsleiter vor Ort an, wurde aber abgewiesen.

Daraufhin hat der Kläger in einem seit dem 22. März 2018 wegen einer Zulage anhängigen Verfahren im Wege mehrfacher Klageerweiterungen zuletzt Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 14. Mai 2018 bis zum 8. September 2019 verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe sich aufgrund ihrer unwirksamen Versetzung im Annahmeverzug befunden. Es sei ihm nicht zuzumuten gewesen, die zugewiesene geringwertigere Tätigkeit auszuüben. Ein Arbeitnehmer, der einer unwirksamen und damit unverbindlichen Weisung des Arbeitgebers nicht folge, handele nicht böswillig. Zudem fehle es ihm für eine Tätigkeit als Senior Manager Security an den dafür erforderlichen Qualifikationen und der nötigen praktischen Erfahrung.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Belang - sinngemäß beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger  
205.879,81 Euro brutto abzüglich gezahlten Arbeitslosengeldes iHv. 27.697,55 Euro nebst Zinsen nach bestimmter zeitlicher und betragsmäßiger Staffelung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, der Kläger habe böswillig anderweitigen Verdienst unterlassen. Es sei ihm zumutbar gewesen, die durch die - wenn auch unwirksame - Versetzung angebotene Tätigkeit auszuüben. 7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers der Klage - soweit sie in die Revisionsinstanz gelangt ist - stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht beschränkt auf die Grundvergütung zugelassenen Revision begehrt die Beklagte insoweit die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. 8

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision der Beklagten hat Erfolg. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts, im Streitzeitraum sei eine (anderweitige) Beschäftigung des Klägers als Senior Manager Security mangels Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG rechtlich unmöglich gewesen, so dass es auf die „individuelle Zumutbarkeit der Tätigkeit“ nicht ankomme, kann der Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts nicht stattgegeben werden. 9

I. Ohne Rechtsfehler ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe sich im Streitzeitraum infolge der - rechtskräftig festgestellten - Unwirksamkeit der Versetzung des Klägers im Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) befunden. Der Kläger schuldete weiterhin nur die von der Beklagten aufgrund ihres Weisungsrechts (§ 106 Satz 1 GewO) zuletzt wirksam zugewiesene Tätigkeit als Betriebsleiter (vgl. BAG 14. Oktober 2020 - 5 AZR 649/19 - Rn. 10 mwN). Diese hat er am 14. Mai 2018 unstreitig tatsächlich angeboten (§ 294 BGB), so dass dahingestellt bleiben kann, ob es eines tatsächlichen Angebots überhaupt bedurft hätte (zu dessen Entbehrlichkeit sh. etwa BAG 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 19 mwN, BAGE 153, 85). Darüber besteht zwischen den Parteien 10

kein Streit. Mit der Revision verfolgt die Beklagte allein das Ziel der Anrechnung unterlassenen anderweitigen Verdienstes.

II. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass ein möglicher Anspruch des Klägers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nicht verfallen wäre. Die „Betriebsvereinbarung Nr. 9 - Arbeitsordnung“ verstößt gegen § 77 Abs. 3 BetrVG und ist deshalb unwirksam. Zwar enthält der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Akademiker MTV Chemie keine Ausschlussfristenregelung, was dazu führt, dass in seinem Geltungsbereich eine Sperrwirkung nicht ausgelöst wird (*Fitting BetrVG 30. Aufl. § 77 Rn. 75*). Da jedoch der MTV Chemie eine Ausschlussfristenregelung enthält, verstößt die Betriebsvereinbarung insoweit gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG. Dieser Verstoß führt zu deren Gesamtnichtigkeit, weil die Betriebsparteien erkennbar für alle Arbeitsverhältnisse des Betriebs eine Ausschlussfristenregelung in Kraft setzen wollten und nicht nur für eine kleine Personengruppe. Dagegen hat die Revision auch keine Angriffe erhoben. 11

III. Nach § 615 Satz 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer den Wert desjenigen anrechnen lassen, was zu erwerben er böswillig unterlässt, wobei die Anrechnung bereits die Entstehung des Annahmeverzugsanspruchs hindert und nicht nur zu einer Aufrechnungslage führt (*BAG 2. Oktober 2018 - 5 AZR 376/17 - Rn. 29, BAGE 163, 326; 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 39, jeweils mwN*). 12

1. Die Vorschrift stellt - wie § 11 Nr. 2 KSchG - 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 anderen Arbeit zumutbar ist (*allgA, vgl. nur BAG 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 19*). Dabei kommt eine Anrechnung auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der geschuldeten Dienste des Arbeitnehmers im Verzug befindet. In diesem Fall wird die anderweitige Beschäftigung stets eine nicht vertragsgemäße Arbeit sein, denn das Angebot vertragsgerechter Arbeit zwecks Erfüllung des bestehenden Arbeitsverhältnisses würde den Annahmeverzug beenden (*BAG 17. November 2011 - 5 AZR 564/10 - Rn. 17 mwN, BAGE 140, 42*). 13

2. Böswillig iSd. § 615 Satz 2 BGB handelt der Arbeitnehmer, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (*st. Rspr., vgl. nur BAG 17. November 2011 - 5 AZR 564/10 - Rn. 17, BAGE 140, 42; 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 17, jeweils mwN*). Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der anderweitigen Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. So kann sie etwa ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Auch eine nach § 99 Abs. 1 BetrVG erforderliche, aber fehlende Zustimmung des Betriebsrats zur Beschäftigung mit der angebotenen anderweitigen Tätigkeit kommt als Kriterium bei der Prüfung von Böswilligkeit iSv. § 615 Satz 2 BGB in Betracht (*vgl. BAG 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - zu B I 2 c cc der Gründe*). Erforderlich ist jedoch stets eine unter Bewertung der gesamten Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Interessenabwägung (*vgl. BAG 11. Oktober 2006 - 5 AZR 754/05 - Rn. 24*). Dies schließt es - worauf die Sichtweise des Landesarbeitsgerichts hinausläuft - aus, einen bei der Gesamtabwägung zu berücksichtigenden Umstand losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls gleichsam absolut zu setzen. Ebenso wie die objektiv vertragswidrige Arbeit nach den konkreten Umständen zumutbar sein kann (*BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422//06 - Rn. 16, BAGE 121, 133*), kommt dies im Einzelfall auch für eine Beschäftigung in Betracht, für die die Zustimmung des Betriebsrats gefehlt hat.

14

IV. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, das - aus seiner Sicht konsequent - Böswilligkeit des Klägers iSd. § 615 Satz 2 BGB nicht umfassend geprüft hat, kann der Senat über die Begründetheit der Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nicht endentscheiden, zumal bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „Zumutbarkeit“ und „Böswilligkeit“ dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt, der vom Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbar ist (*BAG 22. März 2017 - 5 AZR*

15



337/16 - Rn. 20 mwN). Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Im erneuten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht zur Beurteilung der Frage, ob der Kläger im Streitzeitraum iSd. § 615 Satz 2 BGB anderweitigen Verdienst böswillig unterlassen hat, die erforderliche umfassende Interessenabwägung nachholen müssen. Dabei wird es Folgendes zu beachten haben:

1. Die fehlende Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung des Klägers zum Senior Manager Security ist aufgrund der besonderen Umstände des Streitfalls nicht geeignet, böswilliges Unterlassen auszuschließen. Denn die Parteien sind fast zwei Jahrzehnte übereinstimmend davon ausgegangen, der Kläger sei leitender Angestellter iSd. § 5 Abs. 3 BetrVG. Dementsprechend hat der Kläger noch im Berufungsverfahren die Zahlung eines Bonus nach dem Bonussystem für leitende Angestellte eingeklagt. Selbst wenn es ihm trotzdem nicht nach § 242 BGB verwehrt wäre, sich auf die fehlende Zustimmung des Betriebsrats als Grund für die Unzumutbarkeit einer Tätigkeit als Senior Manager Security zu berufen, hat der Kläger weder im maßgeblichen Zeitpunkt des Angebots der anderweitigen Tätigkeit durch die Beklagte, noch im bisherigen Verfahrensverlauf geltend gemacht, eine solche Tätigkeit sei ihm gerade wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats unzumutbar. Vielmehr hat er nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts zu erkennen gegeben, dass er unabhängig von der Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG eine solche Tätigkeit ablehnte. Auch ergeben sich aus dem (bisherigen) Sachvortrag keinerlei Anhaltspunkte dafür, der Betriebsrat habe - anders als die Parteien - den Kläger als nichtleitend eingestuft und ein Mitbestimmungsrecht bei den Kläger betreffenden Maßnahmen reklamiert. 16

2. Die rechtskräftig festgestellte Unwirksamkeit der Versetzung und die mit einer unbilligen Weisung einhergehende Unverbindlichkeit (vgl. BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - BAGE 160, 296) schließen nicht zwangsläufig Böswilligkeit iSd. § 615 Satz 2 BGB aus. An seiner ursprünglich gegenteiligen Auffassung 17

(BAG 3. Dezember 1980 - 5 AZR 477/78 - zu II 3 der Gründe) hat der Senat bereits 2007 nicht mehr festgehalten (BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 17, BAGE 121, 133). Denn Arbeitspflicht und Obliegenheit zur Rücksichtnahme betreffen unterschiedliche Kategorien. Deshalb zwingt auch - entgegen der Auffassung des Klägers - die vorgenannte Entscheidung des Zehnten Senats des Bundesarbeitsgerichts nicht zur Rückkehr zur zitierten alten Senatsrechtsprechung, die argumentierte, der Arbeitnehmer könne nicht auf der einen Seite zur Ablehnung der (neuen) Tätigkeit berechtigt, gleichzeitig aber gehalten sein, diese Tätigkeit zu verrichten, um dem Vorwurf zu entgehen, er habe böswillig die anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft unterlassen. Dass der Arbeitnehmer einer unbilligen Weisung vertragsrechtlich nicht folgen muss - im Streitfall also der Kläger arbeitsvertraglich nicht verpflichtet ist, als Senior Manager Security zu arbeiten - besagt nichts darüber, ob ihn im Annahmeverzug nach § 615 Satz 2 BGB die Obliegenheit trifft, aus Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) vorübergehend eine nicht vertragsgerechte Arbeit zu verrichten und dadurch einen zumutbaren anderweitigen Verdienst zu erzielen. Insoweit ist wertungsmäßig die Rechtslage nach § 615 Satz 2 BGB im bestehenden Arbeitsverhältnis nicht anders als im gekündigten. Ist die Arbeitgeberkündigung unwirksam, war der Arbeitnehmer im Annahmeverzugszeitraum vertraglich nur zur „alten“ Arbeit verpflichtet, muss sich aber nach § 11 Nr. 2 KSchG böswillig - auch beim kündigenden Arbeitgeber - unterlassenen anderweitigen Verdienst anrechnen lassen. Sollte der Arbeitgeber unbillige Weisungen zur Tätigkeit des Arbeitnehmers als „Spielwiese für trennungswillige Arbeitgeber“ (vgl. BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 79, BAGE 160, 296) missbrauchen, kann dies bei der im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit der anderweitigen Tätigkeit erforderlichen Interessenabwägung berücksichtigt werden und zur Verneinung von Böswilligkeit des Arbeitnehmers führen.

3. Das Landesarbeitsgericht wird sich deshalb im erneuten Berufungsverfahren mit der Annahme des Arbeitsgerichts, eine - vorübergehende - Tätigkeit des Klägers als Senior Manager Security bei gleichem Grundentgelt sei diesem zumutbar gewesen, weil sie nicht „deutlich geringwertiger“ und „mit keinen we-

18

sentlichen Nachteilen“ verbunden war, auseinandersetzen und - ggf. nach Aufklärung streitig gebliebenen Sachvortrags der Parteien - prüfen müssen, ob die vom Kläger gegen die Art der Arbeit erhobenen Einwände durchgreifen und bei einer umfassenden Gesamtabwägung aller Umstände, zu denen auch der Anlass für die unwirksame Versetzung gehören kann, ein anderes Ergebnis gerechtfertigt ist.

Linck

Volk

Biebl

Zorn

Ilgenfritz-Donné