

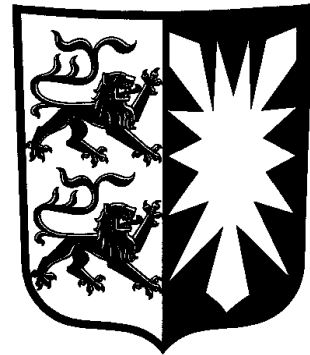
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 3 Sa 317/08

öD 1 Ca 630 b/08 ArbG Kiel
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 21.01.2009

gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 21.01.2009 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 12.06.2008 – Aktenzeichen öD 1 Ca 630 b/08 – wird zurückgewiesen.
2. Aufgrund der Klagerweiterung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 12.06.2008 abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Monate März bis einschließlich Dezember 2008 eine Arbeitsvergütung in Höhe von 53.179,50 EUR brutto zu zahlen.
3. Hinsichtlich der Kosten I. Instanz bleibt es bei der erstinstanzlichen Kostenentscheidung. Von den Kosten II. Instanz trägt der Kläger 6 %, die Beklagte 94 %.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

.....

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Im Übrigen wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten nach Klagerweiterung im Berufungsverfahren um Vergütungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges für die Monate März bis nunmehr einschließlich Dezember 2008.

Der Kläger ist am ...1962 geboren, gelernter Maschinenbauingenieur und seit 1986 bei der Beklagten beschäftigt. Vom 01.04.1999 bis letztendlich 31.12.2005 war er zum Geschäftsführer bei der Tochtergesellschaft S... bestellt und abgeordnet. Während der Dauer der Geschäftsführertätigkeit wurde das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis zum Ruhen gebracht. Die Tochtergesellschaft S... wurde an die Firma R... verkauft und die Geschäftsführertätigkeit des Klägers beendet. Das Arbeitsverhältnis lebte am 01.01.2006 wieder auf.

Der Kläger war vor seiner Geschäftsführertätigkeit als Abteilungsleiter bei der Beklagten beschäftigt. Maßgebliche Vergütungsgruppe für die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit ist Entgeltgruppe 14 des Tarifvertrages der Versorgungsbetriebe (TV-V). Der Abteilungsleiter-Tätigkeitsbereich war in den zurückliegenden Jahren während der Geschäftsführertätigkeit des Klägers von der Beklagten allerdings abgeschafft worden.

Ab 01.01.2006 hatte die Beklagte den Kläger daher zunächst als Entsorgungsmanager eingesetzt. Im Rahmen eines Klageverfahrens hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein mit Urteil vom 09.11.2006 (4 Sa 178/06) rechtskräftig festgestellt, dass die Beklagte nicht berechtigt ist, dem Kläger den Arbeitsplatz als „Leiter der Stabsstelle Entsorgung“ zuzuweisen, weil diese Tätigkeit allenfalls die Wertigkeit der Entgeltgruppe 11 TV-V, aber nicht die Wertigkeit der Entgeltgruppe 14 TV-V hat. Der Beschäftigungsantrag des Klägers scheiterte an der hinreichenden Bestimmtheit und Bestimmbarkeit.

Der Kläger hat der Beklagten nach diesem Urteil angeboten, vorübergehend die Tätigkeit als Entsorgungsmanager weiter auszuüben, bis eine adäquate Beschäftigung

für ihn gefunden sei. Die Beklagte lehnte dieses Angebot jedoch ab und nahm die Zuweisung der Tätigkeit als Entsorgungsmanager mit Schreiben vom 04.12.2006 zurück (Bl. 41 d.A.).

Mit Datum vom 01.12.2006 wurde im Betrieb der Beklagten rückwirkend zum 01.01.2006 eine Betriebsvereinbarung „Fachkräfte-Service“ geschlossen. Insoweit handelt es sich um eine interne Personal-Service-Agentur zum Zwecke der Vermittlung von Mitarbeitern, deren Arbeitsplatz entfallen ist (Anlage B 3, Bl. 100 ff. d.A.). Mit Wirkung zum 01.01.2007 versetzte die Beklagte den Kläger in den Bereich „Fachkräfte-Service“. Nachdem es von dort aus zu keiner Beschäftigung des Klägers kam, erhob dieser am 19.02.2007 eine Klage auf Beschäftigung vor dem Arbeitsgericht Kiel (Aktenzeichen 1 Ca 343 b/07). Im Anschluss an die Güte-Verhandlung des Verfahrens am 12.03.2007 trafen die Parteien eine außergerichtliche Vereinbarung zur Vorgehensweise der Suche nach einer weiteren Beschäftigung des Klägers. Die Beklagte sollte dem Kläger Vorschläge für konkrete Arbeitsangebote mit mindestens einer annähernd adäquaten Beschäftigung des Klägers unterbreiten. Details dieser Absprachen sind streitig.

Mit Schreiben vom 28.03.2007 und 12.04.2007 erinnerte der Kläger an Unterbreitung von Arbeitsangeboten.

Mit Datum vom 20.04.2007 hat die Beklagte in ihrem Betrieb eine Betriebsvereinbarung geschlossen, die u.a. den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen bis zum 30.06.2013 festschreibt.

Am 22.05.2007 bat die Beklagte den Kläger, sich mit der Firma M...GmbH in M... in Verbindung zu setzen, einem Konzernunternehmen der Mehrheitsaktionärin der Beklagten. Es ging um die Möglichkeit eines dortigen projektbezogenen befristeten Einsatzes des Klägers (Anlage K6, Bl. 49 d.A.). Der weitere Verlauf ist streitig. Zu einer Beschäftigung des Klägers bei der M... kam es nicht.

Im Intranet der Beklagten waren Stellen ausgeschrieben, allerdings eingruppiert bis maximal Entgeltgruppe 13 TV-V.

Am 08.10.2007 kam es zu einem Personalgespräch der Beklagten mit dem Kläger, in dem diesem vorgeschlagen wurde, sich bei der Firma H... in N... auf zwei dort offene Stellen als Abteilungsleiter Einkauf und/oder Abteilungsleiter Contracting zu bewerben. Eine dortige Arbeitsaufnahme, zu welchen Konditionen auch immer, wäre mit einer Aufhebungsvereinbarung zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits verbunden gewesen. Der Kläger bewarb sich auf die beiden freien Stellen nicht.

Letztendlich kam es am 20.02.2008 zu einem – letzten – Personalgespräch zwischen den Parteien. In diesem wurde dem Kläger vorgeschlagen, die Position eines „Gruppenleiters Infrastrukturelles Gebäudemanagement“ zu übernehmen. In der Stellenausschreibung wird die Stellenbewertung mit TV-V 12 - 14 angegeben (Anlage K 12, Bl. 62 d.A.). Die Tätigkeit wäre mit einer Personalverantwortung für 40 Arbeitnehmer verbunden gewesen. Die Beklagte hatte in den Vorprozessen dem Kläger Personalführungskompetenz abgesprochen. Mit Schreiben vom 27.02.2008 machte der Kläger geltend, dieses Angebot sei unterwertig (und entspreche nicht den vertraglichen Vereinbarungen, Bl. 57 – 61 d.A.). Er lehnte es nicht ausdrücklich ab, diese Tätigkeit – ggf. vorläufig – auszuüben.

Mit Schreiben vom 07.03.2008 (Bl. 64 ff. d.A.) ordnete die Beklagte die Vorgehensweise des Klägers als treuwidrig ein und lehnte nunmehr es ab, dem Kläger künftig eine Vergütung zu bezahlen.

Der Kläger ist Miteigentümer des Grundstückes ...straße 26 – 28 in K... im Rahmen einer BGB-Gesellschaft. Das Grundstück wird genutzt von der Firma A... Nord GmbH und der Firma A... Nord-Ost GmbH. Der Kläger hält sich zumindest zeitweilig auf diesem Grundstück während der Geschäftszeiten auf. Die weiteren Einzelheiten sind zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger erhob am 04.04.2008 Zahlungsklage, zunächst nur gerichtet auf die Vergütung für März in Höhe von unstreitig 5.317,95 EUR brutto. Diese Zahlungsklage wurde erstinstanzlich nach und nach erweitert auf insgesamt den Zeitraum März 2008 bis einschließlich Mai 2008.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte befinde sich im Annahmeverzug, da sie es versäumt habe, ihm eine vertragskonforme Arbeit im Rahmen ihres Direktionsrechts zuzuweisen. Der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, eine Tätigkeit bei der M... GmbH in M... zu übernehmen, habe zunächst auch keinen Kontakt bekommen und schließlich lediglich ein Angebot einer tatsächlich noch nicht vorhandenen, sondern erst in Planung befindlichen und auf wenige Wochen befristeten Tätigkeit erhalten. Die Beklagte habe den Kläger auch nicht aufgefordert, sich auf externe Stellen zu bewerben. Hinsichtlich der betriebsinternen Stellen habe der Kläger nach Freistellung keinen Zugang zum Intranet der Beklagten gehabt. Ihm seien diese Stellen nicht bekannt gewesen. Des Weiteren sei es nicht seine Aufgabe, sich bei der Beklagten eine Tätigkeit zu suchen. Hinsichtlich der Tätigkeit als „Gruppenleiter Infrastrukturelles Gebäudemanagement“ habe der Kläger diese Aufgabe auch nicht abgelehnt, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass auch diese Tätigkeit nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspreche. Es sei der Beklagten unbenommen geblieben, dem Kläger diese Tätigkeit zuzuweisen, die er, wenn auch unter dem Vorbehalt gerichtlicher Überprüfung, aufgenommen hätte. Im Anschluss an die Güte-Verhandlung vom 12.03.2007 sei keine Vereinbarung dahingehend geschlossen worden, die das Direktionsrecht der Beklagten eingeschränkt habe. Für die auf seinem Grundstück in K... ansässigen Firmen habe er keine Erwerbstätigkeit ausgeübt und tue dies auch nach wie vor nicht. Es bestünden lediglich Gefälligkeits- und Freundschaftskontakte.

Der Kläger hat zuletzt erstinstanzlich beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate März, April und Mai 2008 eine Arbeitsvergütung in Höhe von 15.953,85 EUR brutto zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, dem Kläger stehe eine Annahmeverzugsvergütung nicht zu, da er die konkret angebotene Tätigkeit als „Gruppenleiter Infrastrukturelles Gebäudemanagement“ abgelehnt habe. Die Stelle sei der Entgeltgruppe 14 TV-V zuzuordnen. Die Ablehnung dieser Beschäftigungsmöglichkeit sei treuwidrig gewesen. Der Beklagten sei es in diesem Zusammenhang verwehrt gewesen, die Stelle dem Kläger per Direktionsrecht zuzuweisen. Die Parteien hätten anlässlich der Güte-Verhandlung vom 12.03.2007 eine Reduzierung des Direktionsrechts vereinbart. Da man über die auszuübende Tätigkeit Einvernehmen habe erzielen wollen, sei es der Beklagten nicht möglich gewesen, dem Kläger ohne seine Zustimmung zu dieser Tätigkeit eine solche zuzuweisen. Das Schreiben des Klägers vom 27.02.2008 könne nur als Ablehnung der vorgeschlagenen Tätigkeit verstanden werden.

Des Weiteren sei der Kläger gar nicht willens und in der Lage, die vertraglich vorgesehene Tätigkeit auszuüben. Er übe eine Vollzeitbeschäftigung innerhalb einer der aus mindestens 3 Unternehmen der Abfall- bzw. Entsorgungsbranche bestehenden Unternehmensgruppe aus, die auf dem ihm gehörenden Grundstück in K... angesiedelt sind.

Schließlich müsse sich der Kläger einen Betrag in gleicher Höhe der Vergütung anrechnen lassen, da er einen Erwerb böswillig unterlassen habe und unterlasse. Angesichts der Besonderheiten des Einzelfalles sei der Kläger jedenfalls verpflichtet gewesen, auch eine vertraglich nicht geschuldete Arbeitsleistung anzutreten und auszuüben. Das gelte umso mehr, weil die Beklagte unstreitig nicht in der Lage gewesen sei, dem Kläger eine der Entgeltgruppe 14 TV-V entsprechende Tätigkeit anzubieten. Ein freier Arbeitsplatz mit der Wertigkeit der Tätigkeit der Entgeltgruppe 14 TV-V existiere bei der Beklagten nicht. Es sei dem Kläger daher nicht unzumutbar gewesen, eine der ihm zahlreich angebotenen Arbeiten zu verrichten, und damit aus Rücksichtnahme gegenüber der Beklagten einen anrechnungsfähigen, zumutbaren Zwischenverdienst zu erzielen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beklagte es unterlassen habe, dem Kläger eine vertragsgemäße Arbeit im Wege ihres Direktionsrechts zuzuweisen. Insbesondere sei der

außergerichtlichen Vereinbarung keine Einschränkung des Direktionsrechts zu entnehmen, da der Kläger diese zumindest konkludent gekündigt habe. Auch habe der Kläger es nicht böswillig unterlassen, anderweitigen Erwerb zu erzielen. Hinsichtlich der behaupteten Vollzeitbeschäftigung des Klägers bei der A... bzw. A... GmbH sei der Vortrag der Beklagten unsubstantiiert. Des Weiteren habe die Beklagte nicht substantiiert dargelegt, weshalb dem Kläger keine vertragsgerechte Tätigkeit zugewiesen werden könne. Insbesondere handele es sich bei der angebotenen Tätigkeit als „Gruppenleiter Infrastrukturelles Gebäudemanagement“ nicht um eine Tätigkeit im Sinne der Entgeltgruppe 14 TV-V und damit nicht um eine vertragsgemäße Arbeitsstelle.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes sowie der Entscheidungsgründe wird auf das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 12.06.2008, Aktenzeichen öD 1 Ca 630 b/08, verwiesen.

Gegen diese ihr am 01.08.2008 zugestellte Entscheidung legte die Beklagte am 27.08.2008 Berufung ein, die nach Fristverlängerung bis zum 01.11.2008 am Montag, dem 03.11.2008 begründet wurde.

Die Beklagte wiederholt und vertieft im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie ist nach wie vor der Ansicht, dass der Kläger sich einen böswillig unterlassenen Verdienst anrechnen lassen müsse. Insbesondere sei aufgrund der außergerichtlichen Vereinbarung vom 12.06.2008 eine Einschränkung des Weisungsrechts gegeben. Daher könne die Beklagte dem Kläger keinen Arbeitsplatz ohne dessen Einvernehmen zuweisen. Im Übrigen sei sie weder verpflichtet noch in der Lage, dem Kläger gegen dessen Willen ohne Erzielung von Einvernehmen eine Tätigkeit zuzuweisen, wenn und solange sich dieser vorbehalte, die Wertigkeit der zugewiesenen Tätigkeit immer wieder gerichtlich überprüfen zu lassen. Mit diesem Verhalten bringe er fehlenden Leistungswillen zum Ausdruck.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 12.06.2008 – öD 1 Ca 630 b/08 – abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Mit seiner innerhalb der Monatsfrist ab Zustellung der Berufungsbegründung eingegangenen Berufungserwiderung erweiterte der Kläger die Klage um die zwischen den Instanzen fällig gewordene rückständige Vergütung für die Monate Juni 2008 bis einschließlich Dezember 2008. Vor diesem Hintergrund beantragt er,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 12.06.2008 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Monate März bis einschließlich Dezember 2008 eine Arbeitsvergütung in Höhe von 53.179,50 EUR brutto zu zahlen.

Der Kläger wiederholt und vertieft ebenfalls sein erstinstanzliches Vorbringen. Er hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Insbesondere sei es bei den Gesprächen vom 12.03.2007 lediglich darum gegangen, dass der Kläger entgegen den vertraglichen Vereinbarungen, nach denen die Beklagte dem Kläger ausschließlich einen Arbeitsplatz der Entgeltgruppe 14 TV-V zuweisen darf, der Beklagten ermöglichen wollte, ihm auch einen unterwertigen Arbeitsplatz zuzuweisen, sofern über die individuellen Modalitäten dieses konkreten Arbeitsplatzes Einvernehmen erzielt werde. Das enthalte jedoch keine Beschränkung des Direktionsrechtes der Beklagten.

Die Beklagte sieht in der Klagerweiterung ein unzulässiges prozessuales Vorgehen des Klägers, zumal er diese Vorgehensweise noch nicht einmal prozessual als Anschlussberufung bezeichnet habe. Das Zahlungsbegehren des Klägers sei auch deshalb zurückzuweisen, da die Beklagte nach angedrohter Zwangsvollstreckung den größten Teil der Forderung bereits erfüllt habe. Die Beklagte beantragt insoweit,

die Klagerweiterung bzw. Anschlussberufung des Klägers abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 19.01.2009 macht die Beklagte nunmehr ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Die Tätigkeit des Klägers in den zurückliegenden Jahren werde derzeit von der Innenrevision überprüft. Diese Überprüfung dauere noch an. Ein Zwischenbericht vom Januar 2009 weise mögliche Gegenforderungen in Höhe von mindestens 168.000,-- EUR auf. Hilfsweise rechnet die Beklagte insoweit hinsichtlich dieser eigenen Forderungen gegenüber den vom Kläger geltend gemachten Ansprüchen auf.

Mitte Januar 2009 hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt.

Der Kläger rügt in Bezug auf den Vortrag aus den Schriftsätzen vom 19.01.2009 und 20.01.2009 Verspätung. Die Klagerweiterung um weitere 5.317,95 EUR brutto Weihnachtsgeld hat er in der Berufungsverhandlung wieder zurückgenommen.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, jedoch nicht begründet.

Die Klagerweiterung des Klägers aus dem Schriftsatz vom 05.12.2008 ist zulässig und auch begründet. Dem Zahlungsanspruch des Klägers steht nicht die zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung zwischenzeitlich erfolgte teilweise Zahlung der Beklagten entgegen.

Die hilfsweise Aufrechnung der Beklagten ist unzulässig. Ein Zurückbehaltungsrecht kann seitens der Beklagten gegenüber dem Klagbegehren in diesem Rechtsstreit nicht geltend gemacht werden.

A.

1. Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist der Beschwer nach statthaft, form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist auch begründet worden.

2. Die Klagerweiterung des Klägers vom 05.12.2008 ist ebenfalls zulässig.

a) Das ausdrücklich im Eingangssatz des Schriftsatzes vom 05.12.2008 als Klagerweiterung geltend gemachte Begehren des Klägers ist als unselbständige Anschlussberufung zu werten. Diese kann auch dann eingelegt werden, wenn die Partei bei dem Arbeitsgericht in vollem Umfang obsiegt hat und in der Berufungsinstanz im Wege der Klagerweiterung weitere Ansprüche geltend machen will (BAG vom 29.09.1993 – 4 AZR 693/92 – zitiert nach juris). Insoweit handelt es sich um eine Prozesshandlung. Bei der Auslegung von Prozesshandlungen gilt grundsätzlich ein großzügiger Maßstab. Es kommt insbesondere nicht entscheidend darauf an, welcher Bezeichnung sich eine Partei bedient. Daher gilt auch für die Anschlussberufung, dass im Allgemeinen an das Erfordernis einer Anschließungserklärung keine strengen Anforderungen zu stellen sind. Sie kann auch stillschweigend geschehen oder den Umständen zu entnehmen sein. Es muss sich aber mindestens im Wege der Auslegung ermitteln lassen, dass eine Anschließung gewollt ist (LAG vom 11.05.2006 – 16 Sa 1623/05 – zitiert nach juris, Rz. 44; Zöller-Heßler, Kommentar zur ZPO, 27. Aufl., Rz. 6 zu § 524 m.w.N.).

b) Die Auslegung der schriftsätzlichen Prozesshandlungen des Klägers vom 05.12.2008 ergibt nach der Überzeugung der Kammer, dass der Kläger als Berufungsbeklagter sich stillschweigend der Berufung des Berufungsklägers anschließen wollte und zur Vermeidung eines weiteren Zahlungsrechtsstreits im Wege der Klagerweiterung unter Überspringung der ersten arbeitsgerichtlichen Instanz eine Abänderung des angefochtenen Urteils dahingehend begehrte, dass nicht nur über die Vergütungsansprüche des Klägers aus Annahmeverzug für die Monate März bis einschließlich Mai geurteilt werden sollte, sondern – bei insoweit unverändertem Sachverhalt – darüberhinaus auch über die Vergütungsansprüche für den Zeitraum Juni 2008 bis einschließlich Dezember 2008, die zwischen der Entscheidung in erster In-

stanz und der Entscheidung in zweiter Instanz durch Zeitablauf entstanden sind. Dass es sich insoweit um eine stillschweigende Anschlussberufung handeln sollte, ergibt sich auch daraus, dass der Kläger die Frist zur Anschlussberufungsbegründung (§ 524 Abs. 3 ZPO) eingehalten hat. Vor diesem Gesamthintergrund musste er seinen klagerweiternden Schriftsatz vom 05.12.2008 nicht noch mit der Überschrift „Anschlussberufung“ versehen, damit sein zum Ausdruck gebrachtes Begehren als unselbständige Anschlussberufung eingeordnet werden kann.

c) Die Klagerweiterung ist auch unter dem Gesichtspunkt des § 533 ZPO zulässig. Gemäß § 533 ZPO ist eine Klagerweiterung dann zulässig, wenn das Gericht dies für sachdienlich hält (Ziffer 1) oder die Klage auf Tatsachen gestützt wird, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (Ziffer 2). Beide Voraussetzungen sind hier erfüllt. Nachdem die Beklagte auch für die Monate ab einschließlich Juni 2008 keine Vergütung an den Kläger entrichtete, ist die Erweiterung der Klage aus prozessökonomischer Sicht als sachdienlich zu erachten. Die Forderung ist der Höhe nach unstrittig. Des Weiteren stützt sich die Klage ausschließlich auf solche Tatsachen, über die das Berufungsgericht ohnehin zu entscheiden hat. Auch die Beklagte hat demgegenüber keine speziellen neuen Einwände zur Abwehr dieser Forderung.

B.

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die Anschlussberufung des Klägers ist begründet.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Vergütungsanspruch für die Monate ab März 2008 bis einschließlich Dezember 2008 in Höhe von 5.317,95 EUR brutto monatlich unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zu. Das hat bereits das Arbeitsgericht für den dort streitgegenständlichen Zeitraum März bis Mai zutreffend entschieden. Dem folgt das Berufungsgericht im Ergebnis und in ganz wesentlichen Teilen der Begründung. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die ausführlichen Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen. Lediglich ergänzend sei Folgendes dargelegt:

1. Der Zahlungsanspruch des Klägers ergibt sich aus § 611 BGB iVm. § 615 S. 1, §§ 293 ff BGB

a) Nach § 615 S. 1 BGB hat der Arbeitgeber für die in Folge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung zu zahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste im Verzug ist. Nach § 293 BGB kommt der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er die angebotene Leistung nicht annimmt. Voraussetzung ist ein zur Erfüllung taugliches Angebot.

b) Der Kläger hat seine arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung seit Beendigung seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beklagten gegenüber unstreitig angeboten. Er hat – zunächst noch in Ausübung nicht vertragsgemäßer Beschäftigung deren Wertigkeit gerichtlich überprüft. Danach hat die Beklagte ihm die Tätigkeit als Entsorgungsmanager entzogen und ihn in den Bereich Stellenservice versetzt. Der Kläger hat dann vielfach wörtlich seine Arbeitsleistung nach Vergütungsgruppe 14 TV-V angeboten und sogar Klage auf Beschäftigung erhoben. Die Beklagte hat ihm keine Tätigkeit mit der Wertigkeit der Entgeltgruppe 14 TV-V zugewiesen. Das ist unstreitig. Sie hat keine freien Arbeitsplätze mit dieser Wertigkeit. Das hat sie noch am Ende der Berufungsverhandlung betont.

2. Seit Dezember 2006 erbringt der Kläger keine Arbeitsleistung mehr. Seither befindet sich die Beklagte in Annahmeverzug, weil sie ihre arbeitsvertraglich geschuldete Mitwirkungspflicht nicht ausgeübt hat. Sie hat es unterlassen, dem Kläger eine Tätigkeit qua Direktionsrecht zuzuweisen. Dazu wäre sie verpflichtet gewesen, um überhaupt die Entstehung von Annahmeverzugsansprüchen des Klägers verhindern bzw. beenden zu können.

a) Gemäß § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Voraussetzung für den Annahmeverzug ist zwar, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung anbietet, wobei grundsätzlich ein tatsächliches Arbeitsangebot erforderlich ist – jedenfalls im ungekündigten Arbeitsverhältnis. Ein Angebot ist jedoch entbehrlich, soweit der Arbeitgeber seine Mitwirkungshandlung versäumt, dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu

stellen. Dem Arbeitgeber obliegt es als Gläubiger der geschuldeten Arbeitsleistung, dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu ermöglichen. Dazu muss er den Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers fortlaufend planen und durch Weisungen näher konkretisieren. Kommt der Arbeitgeber dieser Obliegenheit nicht nach, gerät er in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer bedarf (Herberger, Martinek, Rüßmann, Werth - Geisler, Juris-Praxiskommentar BGB, § 293 BGB Rz. 39; vgl. auch BAG vom 19.01.1999 – 9 AZR 679/97 – AP Nr. 79 zu § 615 BGB). Unabdingbar zu den Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers gehört auch die Zuweisung von Arbeit (vgl. Münchner Kommentar- Henssler, 5. Aufl., Rz. 23 zu § 615 BGB). Für diese Mitwirkungshandlung ist eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, da sie während der Arbeitszeit des Arbeitnehmers zu erfolgen hat (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. nur BAG NZA 2006, 314; Henssler, Rz.26 zu § 615 BGB). Das Unterlassen einer solchen Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers führt ebenso wie z.B. eine rechtswidrig angeordnete Kurzarbeit oder Aussperrung zur Nichtannahme einer Arbeitsleistung. Auch wenn der Arbeitgeber nur bereit ist, den Arbeitnehmer mit anderen als den nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen oder zu einer anderen Zeit oder an einem anderen Ort zu beschäftigen, nimmt er die Leistung nicht an (Henssler, Rz. 36 zu § 615 BGB m.w.N.).

b) Vor diesem rechtlichen Hintergrund bedurfte es zur Entstehung eines etwaigen Annahmeverzugslohnanspruches des Klägers nach § 615 BGB vorliegend keiner Handlung des Klägers. Es oblag vielmehr der Beklagten, die von ihr geschuldete, aus § 611 BGB herrührende Mitwirkungshandlung der Zuweisung einer – aus ihrer Sicht - arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung vorzunehmen. Diese Zuweisung ist von ihrer Seite unterblieben. Die Beklagte ist jedoch diejenige, die qua ihres arbeitsrechtlichen Direktionsrechtes Zeit, Art, Ort und Inhalt der Arbeitsleistung festlegt und damit die Weichen dafür stellen muss, dass ein Arbeitnehmer die Weisungen erfüllt, die Arbeitsleistung anbieten kann und sich ggf. gegen die Ausübung des Direktionsrechtes konkret gerichtlich zur Wehr setzen kann. Die Arbeitgeberseite kann sich nicht gleichzeitig einerseits der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Ausübung ihres Direktionsrechtes durch Nichtausübung desselben entziehen und andererseits im gleichen Atemzug dem Arbeitnehmer entgegenhalten, dass er nicht tätig wird – wie auch immer - ,um damit ihre Vergütungsverpflichtung zu Fall zu bringen.

c) Die Verpflichtung zur Zuweisung einer vertragsgerechten Arbeit ist auch nicht entbehrlich geworden durch etwaige anlässlich der Güteverhandlung vom 12.03.2007 getroffene Vereinbarungen.

Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat lediglich pauschal und ohne Beweisangebot vorgetragen, dass die Parteien im Anschluss an die Güte-Verhandlung vom 12.06.2008 eine Abrede getroffen haben wollen, mit der sie das in einem Arbeitsvertrag originär vorhandene Direktionsrecht des Arbeitgebers abgeben haben wollen. Die Richtigkeit der Schilderungen des Gesprächsverlaufs sogar unterstellt, lässt sich Letzteres auch nicht dem Vorbringen der Beklagten zu den im Anschluss an die Güte-Verhandlung vom 12.06.2008 getroffenen Vereinbarungen entnehmen. Die Parteien haben im Rahmen dieser Vereinbarung nichts anderes geregelt, als die weitere Vorgehensweise zur Herbeiführung einer wechselseitigen Übereinkunft. Hieraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass sich damit die Beklagte ihrer ureigensten Hauptrechte als Arbeitgeber, ihres Direktionsrechtes begeben hat und begeben wollte. Die Abrede der Parteien vom 12.06.2008 stellt nichts anderes dar, als die Zielvereinbarung, eine einvernehmliche Regelung der Beschäftigung des Klägers finden zu wollen. Wenn diese Zielvereinbarung nicht erreicht werden kann, hat der Arbeitgeber zu handeln – allerdings auch mit der Konsequenz, dass er den Arbeitnehmer im Ergebnis dadurch in die Lage versetzt, dieses Handeln ggf. gerichtlich überprüfen zu lassen. Letzteres versucht die Beklagte jedoch durch ihre Interpretation der Gespräche vom 12.06.2008 dem Kläger unmöglich zu machen. Vorgespräche zur Erzielung einer Einigung über die auszuübende Tätigkeit ersetzen im Falle der Nichteinigung nicht die Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers, dem nicht beschäftigten arbeitsfähigen und arbeitswilligen Arbeitnehmer eine konkrete Arbeit zuzuweisen. Anderenfalls gerät er in Annahmeverzug.

Da die Beklagte diese Mitwirkungspflicht nicht ausgeübt hat, hat sie dem Kläger kein erfüllbares Arbeitsverhältnis ermöglicht und ist daher in Annahmeverzug geraten, § 615 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 293 ff. BGB.

3. Der Kläger hat seine Arbeitsleistung im Übrigen auch ordnungsgemäß angeboten. Aufgrund der mangelnden Zuweisung eines Arbeitsplatzes für den Kläger durch die Beklagte war ein tatsächliches Angebot der Arbeitsleistung im vorliegenden Fall entbehrlich.

4. Der Annahmeverzug der Beklagten ist auch nicht durch fehlende Leistungswilligkeit des Klägers beendet worden.

Annahmeverzug des Arbeitgebers ist ausgeschlossen oder wird beendet, wenn/ sobald der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig oder leistungswillig ist, § 297 BGB. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist bei dem Kläger kein fehlender Leistungswille gegeben.

a) Der Annahmeverzug setzt während des gesamten Annahmeverzugszeitraumes die Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers voraus. Das ungeschriebene Merkmal der Leistungswilligkeit ergibt sich nach der Rechtsprechung daraus, dass ein leistungsunwilliger Arbeitnehmer sich selbst außer Stande setzt, die Arbeitsleistung zu bewirken. Die subjektive Leistungsbereitschaft ist eine von dem Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Verzugszeitraumes vorliegen muss (BAG vom 13.07.2005 – 5 AZR 578/04 - zitiert nach juris). Das Erfordernis der Leistungsbereitschaft bezieht sich dabei auf die vertraglich vorgesehene Tätigkeit. Es muss die Bereitschaft bestehen, die betreffende Arbeit bei dem Vertragspartner zu den vertraglichen Bedingungen zu leisten (BAG a.a.O.).

b) Die vertraglich für den Kläger vorgesehene Tätigkeit ist bei der Beklagten nicht existent. Die Abteilungsleitertätigkeit mit der Wertigkeit der Entgeltgruppe 14 TV-V ist abgeschafft worden. Der Kläger hat stets gegenüber der Beklagten bekundet, eine andere gleichwertige, vergleichbare Tätigkeit bei ihr ausüben zu wollen. Etwas anderes hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht dargelegt. Es ergibt sich auch nicht aus anderen Anhaltspunkten.

aa) Insbesondere hat der Kläger in seinem Schreiben vom 27.02.2008 keinen fehlenden Leistungswillen zum Ausdruck gebracht. Vielmehr hat er gegenüber der Beklagten lediglich erklärt, dass (auch) die zuletzt angebotene Stelle als „Gruppenleiter Infrastrukturelles Gebäudemanagement“ nicht den vertraglichen Anforderungen einer Tätigkeit der Entgeltgruppe 14 TV-V entspreche. Hierin ist keinesfalls eine Erklärung des Klägers dahingehend zu sehen, dass er nicht bereit sei, diese oder gar überhaupt eine Tätigkeit bei der Beklagten zu übernehmen.

bb) Er hat – unstreitig - zu keinem Zeitpunkt während der gesamten rechtlichen Auseinandersetzungen mit der Beklagten um eine vertragsgemäße Beschäftigung erklärt, er werde bei Zuweisung einer Tätigkeit diese nicht ausüben. Er hat stets betont, dass er bereit sei, eine zugewiesene Tätigkeit – und sei es nur überbrückungsweise vorübergehend – auszuüben. Er hat dieses bereits in dem arbeitsgerichtlichen Verfahren um die Feststellung der Wertigkeit der Tätigkeit eines Entsorgungsmanagers gesagt und auch entsprechend gehandelt. Die Beklagte war es, die trotz entgegenstehenden Angebots des Klägers die Zuweisung dieser Tätigkeit nach Unterliegen in dem gerichtlichen Verfahren zurückgezogen hat.

Der Kläger hat darüberhinaus allerdings stets deutlich gemacht, dass er sich vorbehalte, die Wertigkeit einer solchen zugewiesenen Tätigkeit erneut gerichtlich überprüfen zu lassen. Das ist auch noch einmal Gegenstand der Berufungsverhandlung gewesen und von beiden Parteien übereinstimmend bestätigt worden. Die Beklagte ihrerseits hat hingegen insoweit betont, dass sie nicht bereit ist, sich erneuter gerichtlicher Überprüfungen der Wertigkeit von Tätigkeiten des Klägers unterziehen zu lassen. Aus diesem Verhalten der Beklagten lässt sich jedoch kein fehlender Leistungswille des Klägers ableiten.

cc) Auch aus der Gesamtschau ergibt sich keine fehlende Leistungsbereitschaft des Klägers. Dem Kläger kann nicht vorgehalten werden, fehlenden Leistungswillen dadurch zum Ausdruck gebracht zu haben, dass er sich nicht ernsthaft und zügig in M... bei der M... beworben habe. Der Kläger schuldet seine Tätigkeit bei der Beklagten in K..., nicht bei einem anderen Arbeitgeber in einer anderen Stadt. Aus den gleichen Gründen ist es insoweit auch unbeachtlich, dass er sich nicht in N... bei der

Fa. H... beworben hat. Gleiches gilt im Ergebnis bezüglich etwaiger intern ausgeschriebener Stellen bei der Beklagten. Sie waren unstreitig bei weitem unterwertig, so dass es auf eine Bewerbungsmöglichkeit gar nicht ankommt.

5. Der Kläger muss sich vorliegend auch keinen anderweitigen Verdienst anrechnen lassen.

Soweit die Beklagte vorträgt, der Kläger habe bei der Firma A...bzw. A... GmbH ein vergütetes Arbeitsverhältnis ausgefüllt, ist dieser Vortrag der Beklagten unsubstantiiert. Die Beklagte trägt lediglich vor, dass der Kläger auf dem Gelände der Firma zu werktäglichen Arbeitszeiten gesehen worden sei. Diesem Vortrag ist der Kläger insoweit qualifiziert entgegen getreten, dass er mit dem Geschäftsführer der Firma befreundet sei. Darüberhinaus steht das Grundstück zumindest im Miteigentum des Klägers im Rahmen einer BGB-Gesellschaft. Dass ein Eigentümer auf seinem Grundstück gesehen wird, rechtfertigt auch bei einem wirtschaftlich genutzten Grundstück nicht die Annahme, dass ein Arbeitsverhältnis mit diesem bestehe. Weiteren Tatsachenvortrag, aus dem sich die Erbringung einer vergütungspflichtigen Arbeitsleistung des Klägers ergeben könnte, hat die Beklagte nicht vorgebracht.

Auch aus dem Umstand, dass der Kläger mit einem Fahrzeug der Firma gesehen worden sein soll, lässt nicht den Schluss auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis zu.

6. Dem Zahlungsbegehren des Klägers kann auch nicht entgegengehalten werden, er habe böswillig die Erzielung anderweitigen Verdienstes unterlassen, § 615 S. 2 BGB.

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. Beide Bestimmungen stellen darauf ab, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl gemäß 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 in Verzug befindet. Maßgebend sind hierbei die Umstände des Einzelfalles. 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. Hierbei sind auch vertragsrechtliche Umstände zu berücksichtigen. Dabei ist nicht vertragsgemäße Arbeit nicht mit unzumutbarer Arbeit gleichzusetzen. 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. 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. Der Maßstab der gebotenen Rücksichtnahme beim Arbeitnehmer hängt regelmäßig davon ab, aus welchen Gründen der Arbeitgeber keine vertragsgemäße Arbeit anbietet. Dies hat der Arbeitgeber darzulegen. Bestehen für die Änderung dringende Gründe, denen nicht von vornherein 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 (BAG vom 07.02.2007 – 5 AZR 522/06 – Rz. 15, zitiert nach juris).

b) Vorliegend hat es die Beklagte versäumt, dem Kläger trotz ihres bestehenden gesetzlichen Weisungsrechts eine Tätigkeit zuzuweisen. Solange eine Zuweisung eines Arbeitsplatzes seitens der Beklagten nicht erfolgt, kann dem Kläger in Bezug auf betrieblich mögliche anderweitige Tätigkeiten nicht „böswilliges“ Unterlassen im Sinne des § 615 Satz 2 BGB von Erwerbsmöglichkeiten vorgeworfen werden. Es ist nicht die Obliegenheit des Klägers, sich im Betrieb der Beklagten eine Tätigkeit zu suchen. Vielmehr hat der Arbeitgeber die Pflicht, einem Arbeitnehmer eine konkrete Tätigkeit zuzuweisen. Soweit eine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht vorhanden ist, kann dann u.U. eine möglichst gleichwertige, ggf. auch geringer wertige Tätigkeit für den Arbeitnehmer zumutbar sein. Hierauf kommt es vorliegend jedoch nicht an, da die Beklagte dem Kläger momentan überhaupt keine Tätigkeit zugewiesen hat, die er böswillig abgelehnt haben könnte.

c) Ungeachtet dessen argumentiert die Beklagte im Zirkelschluss. Sie behauptet einerseits, zumindest die dem Kläger zuletzt angebotene Tätigkeit als „Gruppenleiter Infrastrukturelles Gebäudemanagement“ sei vertragsgemäß, da es der Entgeltgruppe 14 TV-V entspreche. Andererseits betont sie, zuletzt noch am Schluss der Berufungsverhandlung, dass sie überhaupt nicht in der Lage sei, dem Kläger eine Tätigkeit mit der Wertigkeit der Entgeltgruppe 14 TV-V zuzuweisen, da kein entsprechender Arbeitsplatz frei sei. Es kann nur das eine oder das andere zutreffen. Beides gleichzeitig ist inhaltlich miteinander unvereinbar.

d) Dass der Kläger gegenüber der Beklagten stets betont hat, er werde eine zugewiesene Tätigkeit notfalls arbeitsgerichtlich bezüglich ihrer Wertigkeit überprüfen lassen, ist weder böswillig, noch treuwidrig, noch lässt es Rückschlüsse auf Leistungsunwilligkeit zu. Der Kammer erschließt sich nicht, woraus sich die Böswilligkeit des Klägers und/oder die Leistungsunwilligkeit ergeben soll, wenn er deutlich macht, die Wertigkeit der ihm angedienten Tätigkeiten überprüfen zu wollen, während die Beklagte selbst sich nicht festlegt, ob die angebotene Tätigkeit des „Gruppenleiters Infrastrukturelles Gebäudemanagement“ nun der Wertigkeit der Entgeltgruppe 14 TV-V entspricht oder ob es einen freien Arbeitsplatz mit einer Bewertung nach Entgeltgruppe 14 TV-V vorliegend gerade nicht gibt. Bei dieser Vorgehensweise drängt sich der Gedanke des Maßregelungsverbots (§ 612a BGB) auf. Dem Kläger kann nicht zum Nachteil gereichen, dass er sich die gerichtliche Überprüfung der Wertigkeit der angedienten Tätigkeit vorbehält. Das gilt umso mehr als die Beklagte stets betont, sie habe keinen freien Arbeitsplatz mit Tätigkeiten der Vergütungsgruppe 14 TV-V.

7. Der Kläger hat auch nicht durch andere Handlungen es böswillig unterlassen, anderweitigen Verdienst zu erzielen. Wie bereits oben dargelegt, war er arbeitsvertraglich verpflichtet, sich auf die externen Arbeitsplätze bei anderen Arbeitgebern zu bewerben, weil sie weder ortsgleich waren, noch sonst vergleichbar. Hierzu hat das Arbeitsgericht auch bereits umfangreich ausgeführt. Ungeachtet dessen fehlt jegliches substantiierte Vorbringen der Beklagten, dass der Kläger im Annahmeverzugszeitraum von welchem Arbeitgeber mit welcher Verdienstmöglichkeit für welchen Zeitraum eingestellt worden wäre. Ein solches Vorbringen wäre aber erforderlich gewesen, um überhaupt die Höhe anzurechnenden, böswillig unterlassenen anderwei-

tigen Verdienstes ermitteln zu können. Ebenso ist nicht ersichtlich, wie der Kläger – verpflichtend - mit seinem ungekündigten Arbeitsverhältnis bei der Beklagten hätte verfahren sollen, um – befristete - Arbeitsverträge mit anderen Arbeitgebern abzuschließen

8. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auch der Höhe nach zu. Soweit er Ansprüche von März bis Dezember 2008 geltend macht, entspricht dieses der Summe seiner Vergütungsansprüche für 10 Monate á 5.317,95 EUR brutto.

9. Diesem Anspruch steht nicht die zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung zwischen den Instanzen erfolgte Zahlung der Beklagten entgegen. Insoweit handelt es sich um einen rein prozessrechtlichen Erfüllungseinwand, der sich aus der vorläufigen Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils ergibt, jedoch keinerlei Auswirkungen auf die Begründetheit des Klagbegehrens hat. Inhaltliche Auswirkungen dieser Zahlungen ergeben sich allenfalls im Rahmen der Zwangsvollstreckung sowie aus § 717 ZPO für den Fall, dass im Rahmen eines Berufungsverfahrens ein erstinstanzlich vorläufig vollstreckbar titulierter Anspruch zweitinstanzlich verneint wird. Insoweit ist der „Erfüllungseinwand“ der Beklagten unbeachtlich.

10. Soweit die Beklagte mit dem zwei Tage vor der Berufungsverhandlung abgesetzten Schriftsatz vom 19.01.2009 ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, führt auch dieses nicht zur Begründetheit der Berufung sowie zur Abweisung der Klagansprüche. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes im Sinne des § 273 Abs. 1 BGB setzt das Bestehen eines fälligen, voll wirksamen Gegenanspruches voraus. Die Beklagte prüft jedoch nach ihrem eigenen Vorbringen noch, ob und in welcher Höhe gegenüber dem Kläger durchsetzbare Ansprüche überhaupt bestehen. Alleine vor diesem Hintergrund ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 273 Abs. 1 BGB zu verneinen.

Ungeachtet dessen ist die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes vor diesem tatsächlichen Hintergrund am Ende der Berufungsinstanz zwei Tage vor Durchführung der Berufungsverhandlung unter Außerachtlassung sämtlicher Fristen nach § 67

ArbGG unzulässig. Das gilt erst recht, wenn die internen Ermittlungen noch nicht einmal abgeschlossen sind.

11. Auch die hilfsweise seitens der Beklagten mit Schriftsatz vom 19.01.2009 erklärte Aufrechnung gegenüber den vom Kläger geltend gemachten Ansprüchen ist unzulässig. Eine Aufrechnung gegenüber Bruttoansprüchen mit „Nettoansprüchen“ ist mangels Gleichartigkeit und hinreichender Bestimmtheit/Bestimmbarkeit der sich gegenüberstehenden Forderungen unzulässig (BAG vom 22.03.2000 – 4 AZR 120/99 – zitiert nach juris).

C. Aus den genannten Gründen war der Berufung der Beklagten der Erfolg versagt. Angesichts der zulässigen Klagerweiterung des Klägers war das angefochtene Urteil darüberhinaus abzuändern. Die Beklagte war antragsgemäß zu verurteilen, zusätzlich zu dem erstinstanzlichen Ausspruch weitere Vergütung an den Kläger für die Monate Juni 2008 bis einschließlich Dezember 2008 zu zahlen, so dass sich insgesamt ein Bruttoanspruch in Höhe von 53.179,50 EUR ergibt.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 92, 269 Abs. 3 ZPO. Sie entspricht dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen unter Berücksichtigung des zurückgenommenen Klagbegehrens auf Zahlung weiterer 5.317,95 EUR brutto Weihnachtsgeld.

Die Revision war nicht zuzulassen. Vorliegend handelt es sich ausschließlich um eine Einzelfallentscheidung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...