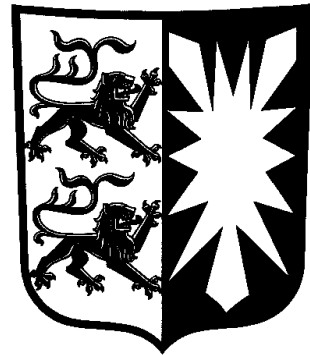


**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 1 Sa 66/18**  
3 Ca 1663 a/17 ArbG Kiel



## **Beschluss vom 18.10.2018**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die erste Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein am 18.10.2018 durch den Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzenden beschlossen:

Der Kläger trägt 84 %, die Beklagte 16 % der Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

## Gründe

### I.

Die Parteien streiten nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen noch über die Kosten des Rechtsstreits.

Mit Schreiben vom 30.03.2017 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien fristgemäß zum 30.09.2017. In der Septemberabrechnung zog sie unter der Textzeile „Urlaubsgeld“ vom Bruttobetrag EUR 1.266,09 von der Vergütung des Klägers ab. Mit am 29.08.2017 verkündeten Urteil (3 Ca 569 a/17) stellte das Arbeitsgericht Kiel die Unwirksamkeit der Kündigung fest und verurteilte die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens. Die Beklagte legte gegen das Urteil Berufung ein. Mit Schreiben vom 07.09.2017 verlangte der Kläger seine Weiterbeschäftigung. Ein Antrag der Beklagten auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung blieb in beiden Instanzen erfolglos. Ab dem 30.10.2017 beschäftigte die Beklagte den Kläger tatsächlich weiter.

Am 21.11.2017 hat der Kläger die vorliegende Zahlungsklage erhoben, mit der er - soweit für das Berufungsverfahren von Interesse – die Zahlung von EUR 1.266,09 restlicher Vergütung für September 2017 und von EUR 6.824,80 wegen seiner Nichtbeschäftigung ab dem 01.10. bis zum 29.10.2017 unter Herausnahme einzelner Tage verlangt hat.

Hierzu hat er im Wesentlichen vorgetragen: Der Abzug des Urlaubsgeldes sei unbillig gewesen. Ab dem 01.10.2017 habe sich die Beklagte mit seinem Anspruch auf vertragsgemäße Weiterbeschäftigung im Annahmeverzug befunden, hilfsweise schulde die Beklagte ihm Schadenersatz wegen der Nichtbeschäftigung in entsprechender Höhe. Im Berufungsverfahren hat er seine Klage nur noch auf den Schadenersatzanspruch wegen der Verletzung ihrer Beschäftigungspflicht durch die Beklagte gestützt.

Die Beklagte hat den Abzug des Urlaubsgeldes in beiden Instanzen verteidigt. Sie hat darauf hingewiesen, dass der Kläger nicht auf vertraglicher Grundlage weiterbeschäftigt worden sei, sondern ausschließlich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung. Der Zweck des Weiterbeschäftigungsanspruchs sei auch nicht die finanzielle Absicherung des Klägers.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 30.01.2018 – soweit hier von Interesse – die Beklagte zur Nachzahlung der abgezogenen EUR 1.266,09 verurteilt und die Klage wegen der Nichtbeschäftigung für die Zeit vom 01. bis 29.10.2017 abgewiesen. Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien form- und fristgemäß Berufung eingelegt und begründet.

Mit Urteil vom 17.07.2018 – 1 Sa 396/17 – wies das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts im Kündigungsschutzprozess zurück. Danach zahlte die Beklagte die hier streitgegenständlichen Beträge an den Kläger aus.

Daraufhin haben beide Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und jeweils den Antrag gestellt,

der Gegenseite die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im Einzelnen wird auf die Akte verwiesen.

## II.

Über die Kosten des Verfahrens ist gemäß § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen durch Beschluss zu entscheiden, nachdem beide Parteien entsprechende Erledigungserklärungen abgegeben haben. Da nach dem bisherigen Sach- und Streitstand die Berufungen beider Parteien erfolglos gewesen wären, entspricht es billigem Ermessen

entsprechend dem Rechtsgedanken des § 92 Abs. 1 ZPO, die Kosten anteilig nach Grad des Obsiegens und Unterliegens zwischen den Parteien zu verteilen.

1. Die Berufung des Klägers wäre aller Voraussicht nach unbegründet gewesen.

a) Streitgegenstand des Berufungsverfahrens war ausschließlich der vom Kläger zuletzt noch verfolgte Schadenersatzanspruch wegen seiner Nichtbeschäftigung in der Zeit vom 01. bis 29.10.2017.

b) Das Arbeitsgericht hat diesen Anspruch mit in jeder Hinsicht zutreffender Begründung zurückgewiesen. Auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts insoweit wird zunächst ausdrücklich Bezug genommen. Ergänzend und im Hinblick auf den Vortrag in der Berufungsbegründung wird auf Folgendes hingewiesen.

Aus der unterlassenen tatsächlichen Weiterbeschäftigung während eines laufenden Kündigungsschutzprozesses folgt kein Schadenersatzanspruch, der im Ergebnis auf die Weiterzahlung des Gehalts gerichtet ist. Sinn und Zweck des vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs ist allein der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers, das durch eine Nichtbeschäftigung in einem – möglicherweise – fortbestehenden Arbeitsverhältnis verletzt wird. Dem Weiterbeschäftigungsanspruch kommt hingegen keine Funktion im Hinblick auf die Sicherung von Vergütungsansprüchen des betroffenen Arbeitnehmers zu. Hier ist der Arbeitnehmer durch die Regelung des Annahmeverzugs ausreichend geschützt (so schon BAG vom 17.01.1991 – 8 AZR 483/89 – Juris, Rn. 24; zuletzt: BAG vom 24.06.2015 – 5 AZR 462/14 – Juris, Rn. 35). Ob wegen der Nichtbeschäftigung Schmerzensgeldansprüche wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts bestehen können, bedarf hier keiner Entscheidung.

Eine richterliche Rechtsfortbildung zum Schutz des Persönlichkeitsrechts kann nur in dem Bereich stattfinden, in dem es keine gesetzlichen Regeln gibt. Im Übrigen haben die Gerichte vorrangig die Gesetze anzuwenden. Zu diesen Gesetzen gehören für den Fall der Nichtbeschäftigung nach unwirksamer Kündigung die Vorschriften des

Annahmeverzugs, mit denen der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers gesichert ist. Ist die Kündigung tatsächlich wirksam, gibt es auch kein geschütztes Interesse des Arbeitnehmers daran, trotz unwirksamer Kündigung Vergütung zu erhalten. In diesen Fällen wird nur der Zeitraum entgolten, in dem er tatsächlich Leistungen erbracht hat.

Auch der Kläger hätte vorliegend seine Klage mit den Vorschriften des Annahmeverzugs begründen können. Sofern das Arbeitsgericht das Verfahren nicht ausgesetzt hätte, hätte es über diesen Anspruch befinden müssen und ggf. die Rechtmäßigkeit der Kündigung (erneut) zu überprüfen (BAG vom 11.10.2017 – 5 AZR 694/16 – Juris, Rn. 27).

Es ist dabei einzuräumen, dass bei wirksamer Kündigung dem Kläger durch die tatsächliche Nichtbeschäftigung trotz erstinstanzlich ausgeurteiltem Weiterbeschäftigungsanspruch ein finanzieller Verlust entsteht. Dieser ist jedoch vom Arbeitnehmer hinzunehmen. Wird zweitinstanzlich die Wirksamkeit der Kündigung festgestellt, verletzt die Nichtbeschäftigung nach Obsiegen in erster Instanz objektiv auch nicht das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Ein schützenswertes Interesse für die Zahlung eines Schadensersatzes ist dann auch nicht erkennbar.

Der Arbeitnehmer ist in dieser Situation auch nicht wehrlos. Er kann – wie es der Kläger im vorliegenden Verfahren getan hat – seine tatsächliche Weiterbeschäftigung im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen.

2. Auch die Berufung der Beklagten wäre aller Voraussicht nach unbegründet gewesen.

Für die Frage, ob die Beklagte zur Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch des Klägers für September 2017 berechtigt war, kommt es allein auf die objektive Rechtslage an, nicht darauf, ob die Beklagte sich zu diesem Einbehalt für berechtigt halten durfte. Tatsächlich war die Beklagte zum Einbehalt nicht berechtigt. Die ordentliche Kündigung der Beklagten zum 30.09.2017 war unwirksam, wie mittlerweile

rechtskräftig zwischen den Parteien feststeht. Daher stand der Beklagten auch kein Gegenanspruch wegen der Rückzahlung anteiligen Urlaubsgeldes zu.

3. Die Kostenquote ergibt sich daraus, dass bei einem Gesamtstreitwert für das Berufungsverfahren von EUR 8.090,89 der Kläger mit EUR 1.266,09 obsiegt hätte und die Beklagte mit EUR 6.824,80.

Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde sind nicht ersichtlich. Die Entscheidung erfolgt insbesondere auch im Hinblick auf die Frage der Schadensersatzpflicht wegen der Verletzung des Beschäftigungsanspruchs durch die Beklagte der zuletzt noch bestätigten höchstrichterlichen Rechtsprechung.

gez. ...