



Kohnke
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn I. Q., L. Str. 10, U.,

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Marc Jörges,
Ostwall 88, 47798 Krefeld,

g e g e n

die BKK für Heilberufe, Körperschaft des öffentlichen Rechts in Abwicklung,
vertreten durch den Vorstand P. S., T.-Str. 43, E.,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwaltspartnerschaft Grub, Frank,
Bahmann, Schickhardt, Englert,
Solitudestraße 20, 71638 Ludwigsburg,

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 26.04.2013
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Barth als Vorsitzen-
den sowie den ehrenamtlichen Richter Nadorp und den ehrenamtlichen Richter
Bobach

für R e c h t erkannt:

- I. **Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 19.07.2012 – AZ: 6 Ca 778/12 – teilweise abgeändert und zum Zwecke der Klarstellung wie folgt neu gefasst:**

1. Die Beklagte wird verurteilt, 84,00 € netto auf das für den Kläger eingerichtete Konto bei der Hamburger Pensionsrückdeckungskasse VVAG (HPR) zu der dortigen Bestandsnummer 1009529 zu zahlen.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
 3. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.
- II. Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
- III. Die Revision wird für die Beklagte zugelassen. Soweit der Kläger unterlegen ist, erfolgt keine Zulassung der Revision.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren im Wesentlichen über restliche Entgeltansprüche für Dezember 2011, Annahmeverzugslohn für Januar 2012 sowie Beiträge zu einer betrieblichen Altersversorgung für Januar und Februar 2012.

Der am 14.12.1948 geborene Kläger war seit dem 01.03.2000 bei der BKK für Heilberufe beschäftigt. Sein monatliches Bruttoentgelt betrug zuletzt 2.800,- €. Hinsichtlich der Zusammensetzung dieses Entgelts wird auf die Abrechnung für November 2011 (Anlage K 16, Bl. 79 d.A.) verwiesen. Die Arbeitgeberin des Klägers betrieb in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts eine Betriebskrankenkasse. Infolge eines Bescheids des Bundesversicherungsamtes ist sie zum 31.12.2011 geschlossen worden. Seit dem 01.01.2012 wickelt die Beklagte die Krankenkasse ab.

Auf das Arbeitsverhältnis fand der „Tarifvertrag BKK für Heilberufe“ Anwendung, der folgende Regelung enthielt:

„§ 26 Zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung

Die Beschäftigten haben Anspruch auf den Abschluss einer Vereinbarung zur zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung nach Maßgabe der Anlage IV.“

Gemäß der Anlage IV, Zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung (im Folgenden: AHV), zu dem Tarifvertrag wird den Arbeitnehmern drei Jahre nach Beschäftigungsbeginn eine unmittelbare Anwartschaft auf Versorgungsleistungen (Erwerbsminderungs-, Alters- und Hinterbliebenenrente) gewährt. Die Beiträge werden – differenziert nach dem Lebensalter und dem Zeitpunkt der Vereinbarung – in bestimmten Prozentsätzen vom Einkommen als Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge erbracht. Gemäß § 15 AHV hat der Arbeitgeber zur Finanzierung der zugesagten Versorgungsleistungen eine kongruente Rückdeckungsversicherung auf das Leben des Arbeitnehmers abzuschließen. Laut § 16 Abs.1 AHV ist der Arbeitgeber verpflichtet, seine Rechte und Ansprüche aus der gemäß § 15 abgeschlossenen Rückdeckungsversicherung zur „Sicherung aller Ansprüche des Arbeitnehmers und seiner Hinterbliebenen aus dieser Vereinbarung“ an den Arbeitnehmer zu verpfänden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 13, Bl. 57 ff. d.A., Bezug genommen.

Der Kläger hat mit der BKK für Heilberufe auf Basis des Tarifvertrages eine entsprechende Altersversorgungsvereinbarung geschlossen. Beide Parteien haben eine formularmäßige Verpfändungserklärung unterschrieben. Bis einschließlich Dezember 2011 wurden entsprechend der Vereinbarung sowohl Arbeitnehmer- als auch Arbeitgeberbeiträge an die Rückdeckungsversicherung bei der Hamburger Pensionsrückdeckungskasse VVaG (HPR) zu der Bestandsnummer 1009529 abgeführt.

Im Monat Dezember 2011 war der Kläger bis einschließlich zum 23.12.2011 arbeitsunfähig erkrankt. Der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum endete

am 07.12.2011. Nach seiner Genesung wurde dem Kläger für die Zeit vom 24.12. bis zum 31.12.2011 Urlaub gewährt. Für den Monat Dezember erhielt er zunächst eine Abrechnung über 656,45 € brutto und anschließend eine weitere Abrechnung über 711,17 € brutto. Wegen der Einzelheiten wird auf die als Anlagen zur Klageschrift überreichten Abrechnungen „12.11/1“ und „12.11/2“, Bl. 11 und 12 d.A., verwiesen. Das sich aus den Abrechnungen ergebende Nettentgelt wurde an den Kläger ausgezahlt.

Die BKK für Heilberufe Körperschaft des öffentlichen Rechts teilte dem Kläger mit einem Schreiben vom 16.11.2011 mit, dass sein Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.12.2011, mit dem Tag der durch den Bescheid verfügten Schließung, sein Ende finden werde. Zudem kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit einem Schreiben vom 18.11.2011 „hilfsweise außerordentlich zum 31.12.2011, äußerst hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt“. Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat in einem Rechtsstreit mit dem Aktenzeichen 9 Ca 6882/11 mit Urteil vom 25.01.2012 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 18.11.2011 nicht beendet wird und über den 31.12.2011 hinaus zu den bis zum 31.12.2011 geltenden Arbeitsbedingungen fortbesteht. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das LAG Düsseldorf mit Urteil vom 14.12.2012 – AZ: 6 Sa 431/12 – zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt.

Abgesehen von wenigen Ausnahmen wurde allen Arbeitnehmern mit einem Schreiben der „BKK für Heilberufe Körperschaft des öffentlichen Rechts in Abwicklung“ vom 23.11.2011 ein Angebot auf Abschluss eines befristeten Vertrages für die Zeit vom 01.01. bis zum 30.06.2012 unterbreitet. Der Kläger nahm das Angebot eines bis zum 30.06.2012 befristeten Arbeitsvertrages zunächst nicht an. Unter dem Datum des 25.01./26.01.2012 unterzeichneten die Parteien einen für die Zeit vom 26.01. bis zum 30.06.2012 währenden Vertrag (Anlage BB 4, Bl. 230-232 d.A.). Inhaltlich entspricht der Vertrag dem Angebot vom 23.11.2011. Die Annahmeerklärung des Klägers erfolgte unter dem Vorbehalt, dass er auf keinerlei Rechte aus seinem Arbeitsverhältnis mit der BKK für Heilberufe oder aus Anlass dessen Beendigung verzichte und er seinen Anspruch

auf Weiterbeschäftigung bei dieser weiterverfolge. Seit dem 26.01.2012 war der Kläger auf der Grundlage des befristeten Vertrages für die Beklagte tätig. Für Januar 2012 zahlte die Beklagte dem Kläger 555,48 € brutto. Beiträge zur Rückdeckungsversicherung führte sie seit Januar 2012 nicht mehr ab.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, ihm sei die Zeit vom 24.12. bis zum 31.12.2011 nicht vergütet worden. Bezüglich des Entgelts für Januar 2012 hat er vorgetragen, die Beklagte habe sich seit dem 01.01.2012 im Annahmeverzug befunden. Da die ursprünglichen Arbeitsvertragsbedingungen fortbeständen, müssten auch die Beiträge zur Altersversorgung an die Rückdeckungsversicherung abgeführt werden.

Der Kläger hat beantragt,

1. **die Beklagte zu verurteilen, an ihn restliche Vergütung für den Zeitraum 24. bis 31.12.2011 in Höhe von 480,50 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz aus 480,50 € brutto ab dem 01.01.2012 zu zahlen;**
2. **die Beklagte zu verurteilen, an ihn Vergütung für den Zeitraum 01.01. bis 25.01.2012 in Höhe von 2.770,00 € brutto abzüglich bereits gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.075,25 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz aus 1.694,75 € ab dem 01.02.2012 zu zahlen;**
3. **die Beklagte zu verurteilen, ihm auf jede auf die Anträge zu 1) und 2) erfolgende Zahlung eine Lohnabrechnung zu erteilen;**
4. **Die Beklagte zu verurteilen, einen Betrag in Höhe von 224,00 € netto auf sein Konto bei der Hamburger Pensionsrückdeckungskasse VVaG (HPR) zu der dortigen Bestandsnummer 1009529 zu zahlen;**
5. **die Beklagte zu verurteilen, ihm auch über den 01.01.2012 hinaus Krankengeldzuschüsse gemäß § 17 Abs. 2 des Tarifvertrages zwischen der BKK für Heilberufe und der Gewerkschaft der Sozialversicherung (GdS) zu gewähren.**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat sich im Wesentlichen darauf berufen, die Abwicklungskörperschaft sei ein von der ursprünglichen BKK für Heilberufe zu unterscheidender Rechtsträger. Das ursprüngliche Arbeitsverhältnis habe gemäß §§ 155 Abs.4 S.9 i.V.m. § 164 Abs.4 S.1 SGB V bzw. infolge der außerordentlichen Kündigung vom 18.11.2011 zum 31.12.2011 geendet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils vom 19.07.2012 Bezug genommen. Das Arbeitsgericht hat der Klage bezüglich der Entgeltansprüche für Dezember 2012 in vollem Umfang und hinsichtlich der Vergütung für die Zeit vom 01.01. bis zum 25.01.2012 in Höhe von 2.266,36 € brutto abzüglich des Arbeitslosengeldes, jeweils nebst Zinsen und einem Anspruch auf Erteilung von Abrechnungen, sowie der Zahlung von Beiträgen auf das Konto der Rückdeckungsversicherung stattgegeben. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Seine Entscheidung hat es – soweit für das Berufungsverfahren von Interesse – wie folgt begründet:

Das Arbeitsverhältnis bestehe über den 31.12.2011 unverändert fort, wie in dem Vorprozess zutreffend festgestellt worden sei. Dem Kläger stehe ein restlicher Entgeltanspruch in Höhe von 480,55 € brutto für Dezember 2011 zu. Der Anspruch auf das Entgelt für die Zeit vom 01.01. bis zum 25.01.2012 ergebe sich aus § 615 S.1 BGB. Ein Arbeitsangebot des Klägers sei nach Ausspruch der unwirksamen außerordentlichen Kündigung vom 18.11. zum 31.12.2011 entbehrlich gewesen. Zu den fortbestehenden Arbeitsbedingungen gehöre auch die Verpflichtung zur Zahlung der Beiträge auf das Konto der Rückdeckungsversicherung.

Gegen dieses Urteil, welches der Beklagten am 20.08.2012 zugestellt worden ist, hat sie mit einem am 27.08.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Frist zur Berufungsbegründung bis zum 20.11.2012 – mit einem am 20.11.2012 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte trägt vor, ein Nachzahlungsanspruch für Dezember 2011 bestehe nicht. Die Forderung sei vollständig erfüllt worden. Dem Kläger seien – wie den beiden Abrechnungen für Dezember 2011 zu entnehmen sei – insgesamt 15 Tage vergütet worden. Dies entspreche der Anzahl zu vergütender Tage für die Zeit vom 01.12. bis zum 07.12.2011 und vom 24.12. bis zum 31.12.2011.

Ein Annahmeverzugsanspruch bestehe nicht. Das Arbeitsverhältnis mit der BKK für Heilberufe Körperschaft des öffentlichen Rechts habe zum 31.12.2011 geendet, bei der Beklagten handle es sich um einen hiervon strikt zu trennenden Rechtsträger. Da der Kläger erst zum 26.01.2012 ein befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen sei, müsse er sich das bis dahin entgangene Entgelt gemäß § 615 S.2 Alt. 3 BGB bzw. § 11 Nr.2 KSchG anrechnen lassen. Da die Zahlungsansprüche unbegründet seien, bestehe auch kein Anspruch auf die Erteilung von Gehaltsabrechnungen. Der Anspruch auf die Zahlung von Beiträgen zur betrieblichen Altersversorgung bestehe nicht, da der Haustarifvertrag der BKK für Heilberufe bei ihr keine Anwendung finde und das ursprüngliche Arbeitsverhältnis mit den entsprechenden Vereinbarungen beendet sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf, Az. 6 Ca 778/12, vom 19.07.2012 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Er meint, eine Erfüllung der Ansprüche für die Zeit vom 24.12. bis zum 31.12.2011 lasse sich den Abrechnungen für Dezember 2011 nicht entnehmen. Da das Arbeitsverhältnis unbefristet über den 31.12.2011 hinaus fortbestanden habe, stelle sich die Frage irgendwelcher Anrechnungen nicht.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hat der Kläger den Klageantrag zu 4) mit Zustimmung der Beklagten in Höhe eines Betrages von 140,- € zurückgenommen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle vom 19.07.2012 und 26.04.2013 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Berufung ist zulässig und überwiegend begründet.

I. Gegen die Zulässigkeit der Berufung bestehen keine Bedenken.

Sie ist nach Maßgabe der §§ 66 Abs.1, 64 Abs.6 ArbGG i.V.m. § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist auch statthaft gemäß § 64 Abs.1, 2 lit. b) ArbGG.

II. Die Berufung ist begründet, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung restlichen Entgelts für Dezember 2011, Vergütung für die Zeit vom 01.01. bis zum 25.01.2011 sowie die Erteilung von Abrechnungen richtet. Diesbezüglich ist die Klage abzuweisen. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte aufgrund der getroffenen Altersversorgungsvereinbarung in Verbindung mit §§ 15 Abs.1, 16 Abs.1 AHV einen Anspruch auf Zahlung eines Betrages von 84,- € auf das im Tenor genannte Konto bei der Rückdeckungskasse VVAG für die Monate Januar und Februar 2012.

a) Die Altersversorgungsvereinbarung mit der Bezugnahme auf die AHV findet Anwendung, da das Arbeitsverhältnis über den 31.12.2011 hinaus unverändert fortbestanden hat. Das Arbeitsverhältnis ist nicht durch die außerordentliche Kündigung vom 18.11.2011 zum 31.12.2011 beendet worden. Die Kündigung ist gemäß § 626 Abs.1 BGB wegen des Fehlens eines wichtigen Grundes unwirksam. Das Arbeitsverhältnis hat auch nicht gemäß §§ 155 Abs.4 S.9, 164 Abs.4 S.1 SGB V geendet. § 164 Abs.4 S.1 SGB V findet auf ordentlich kündbare Beschäftigte von Betriebskrankenkassen keine Anwendung. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf das Urteil der Kammer im Vorprozess (Urteil v. 14.12.2012 – AZ: 6 Sa 431/12 –) verwiesen.

b) Bei dem Anspruch des Klägers handelt es sich nicht um einen Anspruch zur Erfüllung von Altersversorgungsleistungen, sondern um ein bloßes Sicherungsrecht. Der Anspruch auf die Erbringung von Versorgungsleistungen aus der AHV besteht nämlich unabhängig davon, ob die Beklagte Zahlungen an die Rückdeckungsversicherung erbringt oder nicht.

aa) Regelmäßig hat ein Arbeitnehmer keinen Anspruch darauf, dass sein Arbeitgeber Leistungen an eine Rückdeckungsversicherung erbringt.

Die Rückdeckungsversicherung ist kein Durchführungsweg der betrieblichen Altersversorgung, sondern eine Finanzierungsmaßnahme für eine unmittelbare Versorgungszusage (BAG v. 17.01.2012 – 3 AZR 10/10 – Rn.31, AP Nr.33 zu § 1 BetrAVG Lebensversicherung). Ist eine Direktzusage erteilt, die in voller Höhe der Versicherungsleistung entspricht, liegt eine sog. kongruente Rückversicherung vor. Gleichwohl ist Versicherungsnehmer und Bezugsberechtigter der Arbeitgeber (BAG v. 17.01.2012 a.a.O., Rn. 31; vgl. Kemper in Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber BetrAVG 4. Aufl. § 1 Rn. 92). Dieser kann über die ver-

traglichen Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag verfügen, insbesondere sie auch verpfänden und abtreten. Der Arbeitnehmer ist lediglich versicherte Person. Diesem stehen damit keine eigenen Rechte gegen den Versicherer zu.

bb) Werden die Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung allerdings – wie hier – an den Arbeitnehmer verpfändet bzw. abgetreten, so erfolgt die Zahlung der Beiträge an die Versicherung nicht nur zum Zwecke der Finanzierung der Altersversorgung, sondern auch zur deren Sicherung. In einem solchen Fall besteht ausnahmsweise ein Anspruch des Arbeitnehmers auf die Bedienung der Versicherung. Allerdings bedarf eine Abtretung nach den Versicherungsbedingungen in der Regel einer Anzeige an die Versicherung. Andernfalls ist sie unwirksam (vgl. wiederum BAG v. 17.01.2012 a.a.O., Rn. 32). Im Streitfall ist davon auszugehen, dass eine Anzeige erfolgt ist. Weder ist es von der Beklagten eingewandt worden noch auf andere Weise ersichtlich, dass die formularmäßig erfolgte Verpfändungserklärung zweckwidrig nicht an die Rückdeckungsversicherung übersandt worden ist. Selbst wenn es aber bislang an einer formwirksamen Abtretung fehlen würde, so ließe dies den Anspruch des Klägers auf Zahlung an die Rückdeckungsversicherung nicht entfallen. In diesem Fall wäre die Beklagte aufgrund der Regelung in § 16 Abs.1 AHV verpflichtet, die Abgabe einer formwirksamen Abtretungserklärung nachzuholen, um den Sicherungszweck zu erfüllen.

c) Der vom Arbeitgeber zu erbringende Beitrag beträgt im Streitfall unstrittig mindestens 42,00 € monatlich. Über die Frage, ob der monatlich seitens des Arbeitgebers aufzubringende Beitrag an die Rückdeckungsversicherung tatsächlich höher ist, war nach der teilweisen Klagerücknahme nicht mehr zu entscheiden.

2. Dem Kläger steht kein Anspruch auf restliches Entgelt für Dezember 2011 in Höhe von 480,50 € brutto zu. Der Anspruch ist gemäß § 362 Abs.1 BGB durch Erfüllung erloschen.

a) Insgesamt stand dem Kläger für Dezember 2011 ein Anspruch auf Zahlung eines Bruttoentgelts in Höhe von 1.354,80 € zuzüglich vermögenswirksamer Leistungen zu. Dieser Betrag errechnet sich wie folgt:

Wie sich der Abrechnung für November 2011 entnehmen lässt – deren Richtigkeit von keiner Partei infrage gestellt worden ist – setzte sich das Monatsentgelt des Klägers Ende 2011 aus dem Grundgehalt in Höhe von 2.535,- €, der Leistungszulage von 100,- € und einer Funktionszulage in Höhe von 165,- € zusammen, was einen Gesamtbetrag in Höhe von 2.800,- € ergibt. Für Dezember 2011 waren ihm insgesamt 15 Kalendertage zu vergüten (01.12. – 07.12. und 24.12. – 31.12.). In der Zwischenzeit bestand gemäß § 3 Abs.1 S.1 EFZG kein Entgeltfortzahlungsanspruch, da der Kläger insgesamt länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank war. Dementsprechend errechnet sich der Anspruch für Dezember 2011 wie folgt:

$2.800,- \text{ €} : 31 = 90,32 \text{ €}$ (kalendertägliches Arbeitsentgelt).

$90,32 \text{ €} \times 15 = 1.354,80 \text{ €}$.

b) Tatsächlich gezahlt wurde neben den vermögenswirksamen Leistungen ein Betrag in Höhe von 1.354,84 €, wie aus den beiden Abrechnungen für Dezember 2011 zu entnehmen ist:

Gehalt: $572,42 \text{ €} + 654,19 \text{ €} = 1.226,61 \text{ €}$

Leistungszulage: $22,58 \text{ €} + 25,81 \text{ €} = 48,39 \text{ €}$

Funktionszulage: $37,26 \text{ €} + 42,58 \text{ €} = 79,84 \text{ €}$

Insgesamt: $1.226,61 \text{ €} + 48,39 \text{ €} + 79,84 \text{ €} = 1.354,84 \text{ €}$.

Dass die genannten Beträge kumulativ abgerechnet worden sind, lässt sich zusätzlich ersehen, wenn man die Differenz der Jahressummen der Abrechnung „12.11/2“ und der Abrechnung „11.11/1“ nimmt. Die Zahlung der sich aus den Abrechnungen ergebenden Nettobeträge steht zwischen den Parteien nicht im Streit.

3. Dem Kläger steht kein Anspruch auf Annahmeverzugslohn für die Zeit vom 01.01. bis zum 25.01.2012 gemäß § 615 S.1 BGB zu. Zwar ist dem Ar-

beitsgericht darin zuzustimmen, dass sich die Beklagte seit dem 01.01.2012 im Annahmeverzug befand. Der Kläger muss sich jedoch für diese Zeit gemäß § 615 S.2 Alt.3 BGB bzw. § 11 S.1 Nr.2 KSchG anrechnen lassen, was er bei der Beklagten zu verdienen böswillig unterlassen hat.

a) Es kann offen bleiben, ob vorliegend § 11 S.1 Nr.2 KSchG oder § 615 S.2 BGB Anwendung findet. Beide Vorschriften sind inhaltlich deckungsgleich (vgl. BAG v. 17.11.2011 – 5 AZR 564/10 – NZA 2012, 260, Rn. 17; BAG v. 07.02.2007 – 5 AZR 422/06 – AP Nr. 12 zu § 615 BGB, Rn.15).

b) Beide Bestimmungen stellen 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 anderweitigen Arbeit zumutbar ist (BAG v. 17.11.2011 a.a.O., Rn. 17). Dabei kommt eine Anrechnung auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers im Verzug befindet. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit und den sonstigen Arbeitsbedingungen haben (BAG v. 17.11.2011 a.a.O., Rn. 17). Bei einer betriebsbedingten oder personenbedingten Kündigung ist die vorläufige Weiterbeschäftigung dem Arbeitnehmer im Gegensatz zu einer auf einem Fehlverhalten des Arbeitnehmers gestützten Kündigung in der Regel zumutbar (BAG v. 24.09.2003 – 5 AZR 500/02 – AP Nr. 4 zu § 11 KSchG 1969, unter II. 2. b der Gründe; vgl. zur verhaltensbedingten Kündigung auch BAG v. 17.11.2011 a.a.O., Rn. 18). Die auf einem vermeintlichen Fehlverhalten des Arbeitnehmers gestützte außerordentliche Kündigung beeinträchtigt regelmäßig das Ansehen des Arbeitnehmers (BAG v. 24.09.2003 a.a.O.). Bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit der Arbeit sind auch vertragsrechtliche Umstände zu berücksichtigen. Allerdings ist die nichtvertragsgemäße Arbeit nicht ohne Weiteres mit unzumutbarer Arbeit gleichzusetzen. Wie § 615 Satz 2 BGB schließt § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber nur vertragswidrige Arbeit anbietet. Denn das Angebot vertragsgerechter Arbeit zwecks Erfüllung des be-

stehenden Arbeitsverhältnisses würde den Annahmeverzug beenden (BAG v. 17.11.2011; vgl. weiterhin BAG v. 24.09.2003 – 5 AZR 500/02 – zu I der Gründe, BAGE 108, 27). Vielmehr handelt der Arbeitnehmer böswillig, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (BAG v. 17.11.2011 a.a.O.; BAG v. 07.02.2007 a.a.O., Rn. 15).

c) Bei Zugrundelegung der dargelegten Voraussetzungen ist hier davon auszugehen, dass dem Kläger die Aufnahme der Tätigkeit auf der Grundlage des befristeten Vertrages bereits mit Wirkung zum 01.01.2012 zumutbar war.

Für eine Zumutbarkeit spricht bereits, dass der Kläger das Angebot zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich ab dem 26.01.2012 akzeptiert hat. Gründe, die einer Annahme bereits zum 01.01.2012 entgegen gestanden haben könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere hätte der Kläger durch die Annahme des Angebots nicht auf seine Rechte aus dem ursprünglichen Vertrag verzichtet. Indem die Beklagte das Vertragsangebot ausdrücklich im Namen der „BKK für Heilberufe in Abwicklung“ erbracht hat, wurde zugleich zum Ausdruck gebracht, dass damit keine ausdrückliche oder stillschweigende Aufhebung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses mit der ursprünglichen Arbeitgeberin verbunden sein sollte. Dass das Auftreten zweier voneinander getrennter Rechtsträger letztendlich auf einem Irrtum der Beklagten beruhte, ist bei der Ermittlung des erkennbaren Willens ohne Bedeutung (LAG Berlin-Brandenburg v. 24.08.2012 – 6 Sa 878/12 – Rn.27, juris). Etwaige verbleibende Zweifel hätte der Kläger beseitigen können, indem er bei Annahme des befristeten Vertrages – ebenso wie bei der Vereinbarung vom 26.01.2012 geschehen – erklärt hätte, nicht mit einer Beendigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses einverstanden zu sein.

Die materiellen Vertragsbedingungen des Angebots vom 23.11.2011 entsprachen weitgehend den bisherigen Arbeitsbedingungen. So stimmte die angebotene Tätigkeit mit der bislang ausgeübten Beschäftigung überein. Die Monatsvergütung entsprach dem bisherigen Entgelt zuzüglich des anteilig auf die ein-

zelenen Monate umgerechneten Urlaubsgeldes. Es fehlte lediglich der Verweis auf den TV BKK für Heilberufe einschließlich der Altersversorgungszusage. Da der Kläger aber mit Antritt des befristeten Vertrages nicht auf seine bisherigen Rechte verzichtet hätte, wäre es ihm unbenommen geblieben, daraus resultierende Ansprüche – so wie im vorliegenden Verfahren geschehen – weiterhin geltend zu machen.

Sonstige Gründe, die einer Zumutbarkeit entgegen stünden, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist das Ansehen des Klägers durch die allein aus betriebsbedingten Gründen ausgesprochene außerordentliche Kündigung der Beklagten nicht berührt worden.

d) Da die Vergütung des Klägers für den Monat Januar 2012 aus dem befristeten Vertrag mindestens die Höhe des Entgelts aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis erreicht hätte, führt die Anrechnung dazu, dass kein Annahmeverzugslohn zu zahlen ist.

4. Infolge des Nichtbestehens der mit den Klageanträgen zu 1. und 2. geltend gemachten Hauptforderungen bestehen diesbezüglich weder Zinsansprüche noch Ansprüche auf eine Erteilung von Abrechnungen.

B.

I. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs.1, 2 Nr.1 ZPO sowie § 269 Abs.3 S.2 ZPO. Soweit die Beklagte unterlegen ist, war dies verhältnismäßig geringfügig und hat keine Kosten verursacht.

II. Die Revision wurde für die Beklagte gemäß § 72 Abs.2 Nr.1 ArbGG zugelassen, weil der Entscheidung im Hinblick auf die Vorfrage einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2011 Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zugrunde liegen. Soweit der Kläger unterlegen ist, bestand kein

Grund für eine Zulassung der Revision. Es handelt sich insoweit um eine Einzelfallentscheidung auf der Grundlage der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten

REVISION

eingelegt werden.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Barth

Nadorp

Bobach