
Datum: 17.10.2023
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 4. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 Sa 1/23
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2023:1017.4SA1.23.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 1 Ca 3554/22
Schlagworte: Annahmeverzug; Arbeitsunfähigkeit; leidensgerechte Beschäftigung; Schadensersatz wegen unterbliebener Ausübung des Direktionsrechts; tarifliche Vergütungssicherung
Normen: § 615 Satz 1 BGB; § 296 BGB; § 280 Abs. 1 BGB; § 241 Abs. 2 BGB; § 106 Satz 1 GewO
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:
Einzelfallentscheidung zur Vergütungspflicht von Zeiten unterbliebener Beschäftigung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers, der auf seinem ursprünglichen Arbeitsplatz krankheitsbedingt nicht mehr beschäftigt werden kann

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 23.11.2022 –1 Ca 3554/22 – abgeändert und die Klage abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Zahlung von Arbeitsvergütung für Zeiten unterbliebener Beschäftigung. 1 2

Der am 1960 geborene Kläger begann am 01.09.1981 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten eine Ausbildung zum Bankkaufmann, die er erfolgreich beendete. Sodann wurde er mit Arbeitsvertrag vom 16.12.1983 mWv. 01.01.1984 von der Rechtsvorgängerin der Beklagten beschäftigt. Der Arbeitsvertrag enthält keine Angaben zum Tätigkeitsbereich, der für den Kläger vorgesehen ist. Eine zur näheren Beschreibung des Tätigkeitsbereichs vorgesehene Leerstelle in § 1 des Arbeitsvertrags blieb unausgefüllt. Zuletzt wurde der Kläger von der Beklagten im Bereich Private Banking im Firmenkundencenter als Vermögensspezialist zu einem Bruttomonatsverdienst iHv. 5.730,88 Euro eingesetzt.

Auf das Arbeitsverhältnis finden aufgrund individualvertraglicher Bezugnahme in § 12 des Arbeitsvertrags die jeweils gültigen Tarifverträge für Kreditgenossenschaften Anwendung. Dazu zählt u.a. der Vergütungstarifvertrag VTV für die Volksbanken und Raiffeisenbanken sowie die genossenschaftliche Zentralbank idF vom 07.08.2019 (*im Folgenden: VTV*). § 4 Abs. 1 VTV bestimmt unter der Überschrift „Vergütungssicherung“ Folgendes:

„Mitarbeitern, die dem Unternehmen mindestens 10 Jahre angehören und denen die Übertragung einer geringer bewerteten Tätigkeit angeboten wird, ohne dass sie die Übertragung zu vertreten haben, ist vor Ausspruch einer Änderungskündigung zwingend eine Vergütungssicherung anzubieten. Die Vergütungssicherung umfasst die Differenz zwischen der bisherigen und der neuen Tarifvergütung. Nehmen die Mitarbeiter das Angebot innerhalb von drei Wochen an, so erhalten sie die Differenz als Zulage zur neuen Vergütung.“

Des Weiteren findet aufgrund von §12 des Arbeitsvertrags der Manteltarifvertrag für die Volksbanken und Raiffeisenbanken sowie die genossenschaftlichen Zentralbanken idF vom 17.03.2020 (*im Folgenden: MTV*) auf das Arbeitsverhältnis Anwendung. § 17 Ziffer 2 und 3 MTV regelt Folgendes:

„Anhaltende Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit infolge unverschuldeten Unglücks sind kein wichtiger Grund zur fristlosen Lösung des Arbeitsverhältnisses.“

Mitarbeiter, die das 50. Lebensjahr vollendet haben und dem Betrieb mindestens zehn Jahre ununterbrochen angehören, sind nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und bei Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG kündbar.

Das gilt nicht, wenn ein Anspruch auf Altersruhegeld bzw. vorgezogenes Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung oder Renten wegen Erwerbsminderung geltend gemacht werden kann. Im Falle des Eintretens der teilweisen Erwerbsminderung und der teilweisen Erwerbsminderung bei Berufsunfähigkeit entfällt der Kündigungsschutz nur unter der weiteren Voraussetzung, dass für den Mitarbeiter kein seinem Leistungsvermögen angemessener Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt worden ist oder werden kann.

Die Möglichkeit der Änderungskündigung bleibt unberührt. Für die Vergütungssicherung gelten die Regelungen in Teil B VTV, Teil II, § 4 bzw. in Teil C (VO-BK 2019), § 11.“

Zum Aufgabengebiet des Klägers als Vermögensspezialist im Bereich Private Banking im Firmenkundencenter gehörte u.a. die eigenverantwortliche Betreuung der Firmenkunden des Firmenkundencenters in der Vermögensbetreuung, der ziel- und ergebnisorientierte Vertrieb der gesamten zugeordneten Produktpalette unter Berücksichtigung der Bank- und Kundenbedürfnisse sowie die aktive Terminierung von Kundengesprächen.

Seit dem 19.10.2020 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Am 10.01.2022 teilte er mit, dass er zum Ende des ersten Quartals 2022 eine Rückkehr zu seinem Arbeitsplatz plane. Am 31.01.2022 führte die Beklagte mit dem Kläger ein Personalgespräch. In dem dazu angefertigten Gesprächsprotokoll heißt es auszugsweise:

„In dem Gespräch unter Beteiligung des Betriebsrates haben wir über die Ursachen und den Stand der Genesung gesprochen. [Der Kläger] berichtete über seinen Gesundheitszustand. Aktuell ginge es ihm „ganz gut“. 13

Als Ursache für seine Situation zählt [der Kläger] auf: 14

- *Starke Kontrolle (als ein Haupttreiber seiner Krankheit)* 15

- *Tägliche Kontrollen unterschiedlichster Art* 16
- *Führen von Exceldateien pro Tag*
- *Reporting der Zielerreichung*
- *Laut seiner Führungskraft ist der Erfolg nicht da*

- *Leistungsdruck* 17

- *Zahlenstress* 18

- *Tür des Chefs immer offen – dadurch fühlte er sich beobachtet* 19

- *Früher kannte er seine Kunden – jetzt gefühlt alles Neukunden für ihn* 20

- *Unterstützung durch externe Trainerin Frau S. hat zusätzlich Stress verursacht* 21

- *Dazu alleinige Verantwortung aus seiner Sicht als Vermögensspezialist im FKC K (One Man Show aus seiner Sicht)* 22

Damit begründete er auch die im Attest aufgeführten Einschränkungen.“ 23

In dem im Protokoll benannten ärztlichen Attest vom 28.01.2022 heißt es auszugsweise wie folgt: 24

„Um seine [i.e. des Klägers] Genesung nicht zu gefährden, sollten folgende Tätigkeiten für die Dauer von mindestens 1 Jahr ausgeschlossen werden: 25

- *Keine Tätigkeiten unter erheblichem Leistungsdruck, wie z.B. Erwirtschaften von spezifischen Zielen* 26

- *Keine Tätigkeiten unter erheblichem Zeitdruck* 27

- *Keine Tätigkeiten unter täglichen leistungsbezogenen Kontrollen* 28

Folgende Tätigkeiten sind leidensgerecht: 29

- *Kundenbetreuung ohne alleinige Verantwortung* 30

- *Arbeiten im Team* 31

32

- *Administrative Tätigkeiten; Statistiken erstellen, Auswertungen und Bearbeitungen von Daten*

In der Folgezeit gab es eine Korrespondenz der hiesigen Prozessbevollmächtigten der Parteien über den konkreten Einsatz des Klägers nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit. Mit Schreiben vom 28.03.2022 ließ der Kläger mitteilen, dass aus seiner Sicht ein Einsatz auf der von der Beklagten ausgeschriebenen Stelle als „Mitarbeiterbetreuer Vermögen“ vorstellbar sei sowie ein Einsatz im Back-Office-Bereich Wertpapiere zur Vertriebsunterstützung. 33

Mit Schreiben vom 07.04.2022 teilte die Beklagte mit, dass die Position „Vermögensberatung Mitarbeiterbetreuung“ unter Berücksichtigung des diesbezüglichen Anforderungsprofils nach dem vorgelegten ärztlichen Attest nicht in Betracht komme. Der Stelleninhaber sei Kundenberater für die Mitarbeitenden und habe eine entsprechende Kundenverantwortung für interne Kunden, die ggfs. noch anspruchsvoller als externe Kunden seien. Im Übrigen sei die Position auch mit einer Zielvereinbarung versehen. Es gebe durchaus Zeitdruck. Der Stelleninhaber habe auch eine alleinige Verantwortung für die Kundenbetreuung. Er sei im Übrigen allein für die Hälfte der Mitarbeitenden zuständig. Jeder der beiden Positionsinhaber habe sein eigenes Kundensegment. Die Position „Back Office Wertpapier“ sei nicht verfügbar. In diesem Bereich gebe es keine Vakanz. Es habe eine solche Stelle gegeben, die allerdings mit Austritt des seinerzeitigen Arbeitsplatzinhabers nicht wiederbesetzt worden sei; die entsprechenden Aufgaben seien unter den Kollegen verteilt worden. 34

Der Kläger ließ daraufhin mit Schreiben vom 11.04.2022 mitteilen, dass er am morgigen Tag in der Hauptverwaltung seine Arbeitskraft anbieten werde. Es werde um Sicherstellung gebeten, dass eine vertragsgerechte Beschäftigung erfolge. 35

Am 12.04.2022 bot der Kläger sodann um 09.00 Uhr der Personalreferentin der Beklagten in deren Hauptverwaltung seine Arbeitsleistung ohne Erfolg an. 36

Seit dem 15.07.2022 setzt die Beklagte den Kläger mit dessen Zustimmung im Bereich Firmenkunden im Team Geschäftskundenberatung am Standort B ein. 37

Für die Zeit vom 12.04.2022 bis zum 14.07.2022 zahlte die Beklagte an den Kläger keine Arbeitsvergütung. 38

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagte sei aus Annahmeverzugsgesichtspunkten, jedenfalls aus Schadensersatzgesichtspunkten zur Zahlung der Arbeitsvergütung für die Zeit vom 12.04.2022 bis zum 14.07.2022 verpflichtet. Er habe konstruktiv daran mitgewirkt, eine vertragsgerechte Beschäftigung zu finden. Die von ihm nunmehr ausgeübte Tätigkeit hätte er bereits ab dem 12.04.2022 wahrgenommen, wenn ihm diese von der Beklagten – entsprechend ihrer tarifvertraglichen Verpflichtung – seinerzeit angeboten worden wäre. 39

Mit seiner am 30.06.2022 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 07.07.2022 zugestellten Klage hat der Kläger die Beklagte zunächst auf Zahlung von Vergütung für die Zeit vom 12.04.2022 bis zum 30.06.2022 nebst Rechtshängigkeitszinsen in Anspruch genommen. Mit seinem am 17.08.2022 beim Arbeitsgericht eingereichten und der Beklagten am selben Tag zugestellten Schriftsatz hat der Kläger seine Klage um Vergütungsansprüche für die Zeit vom 01.07.2022 bis zum 14.07.2022 nebst Rechtshängigkeitszinsen erweitert. 40

Der Kläger hat beantragt,	41
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 17.574,41 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	42
Die Beklagte hat beantragt,	43
die Klage abzuweisen.	44
Sie ist der Meinung gewesen, der Kläger könne für die Zeit vom 12.04.2022 bis zum 14.07.2022 keine Zahlung von Arbeitsvergütung verlangen, da er während dieser Zeit nicht gearbeitet habe und sie sich während dieses Zeitraums mangels Leistungsfähigkeit des Klägers auch nicht im Annahmeverzug befunden habe. Der Kläger habe entgegen seinem Vortrag auch nicht konstruktiv daran mitgewirkt, eine vertragsgerechte Beschäftigung zu finden.	45
Das Arbeitsgericht hat der Klage – abgesehen von einem geringen Teil der Zinsforderung – mit Urteil vom 23.11.2022 stattgegeben und im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beklagte zur Zahlung der Hauptforderung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs verpflichtet sei. Der Kläger habe seine Arbeitsleistung angeboten, die Beklagte habe sie nicht angenommen. Der Anspruch sei auch nicht wegen Leistungsunfähigkeit und/oder -unwilligkeit des Klägers ausgeschlossen. Die Beklagte habe nicht hinreichend konkret dargetan, dass der Kläger in der Zeit vom 12.04.2022 bis zum 14.07.2022 nicht im Stande gewesen sei, seine Tätigkeiten auf einem von der Beklagten zur Verfügung zu stellenden funktionsfähigen Arbeitsplatz ordnungsgemäß zu verrichten. Es könne zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass der Kläger nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Tätigkeiten als Bankkaufmann zu verrichten. Wenn aber die Beklagte nach ihren eigenen Angaben mit Wirkung zum 15.07.2022 für den Kläger eine Position in einem Büro in B (neu) geschaffen habe, erschließe sich nicht, weshalb es ihr nicht möglich und/oder zumutbar gewesen sein sollte, diese Position für den Kläger bereits zum 12.04.2022 einzurichten. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass ihr der Kläger mehr als drei Monate zuvor mitgeteilt habe, zu seinem Arbeitsplatz zurückkehren zu wollen, und er im Rahmen des Gesprächs vom 31.01.2022 auf das ärztliche Attest vom 28.01.2022 verwiesen habe. Danach hätte es für die Beklagte geradezu auf der Hand gelegen, für den Kläger bis zu seiner gleichsam „angedrohten“ Rückkehr zum Ende des ersten Quartals 2022 eine Position einzurichten, die den in diesem ärztlichen Attest enthaltenen Vorgaben im Hinblick auf den Gesundheitszustand des Klägers Rechnung getragen hätte.	46
Gegen dieses ihr 16.12.2022 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 03.01.2023 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 16.03.2023 am 15.03.2023 begründet.	47
Die Beklagte ist der Ansicht, dass ein Anspruch des Klägers auf Zahlung von Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs für den streitgegenständlichen Zeitraum ausscheide, da der Kläger seine Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß angeboten habe. Sein tatsächliches Angebot am 12.04.2022 habe sich nicht auf die kraft Weisung nach § 106 Satz 1 GewO konkretisierte geschuldete Leistung bezogen, vielmehr habe der Kläger unmissverständlich deutlich gemacht, dass er in seine frühere Tätigkeit als Vermögensspezialist im Bereich Private Banking im Firmenkundencenter nicht zurückkehren könne. Auch sei die Beklagte nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes zur Zahlung verpflichtet. Da der Kläger – unstreitig – nicht schwerbehindert sei, sei sie nach § 241 Abs. 2 BGB nur verpflichtet, ihm auf dessen Umsetzungsverlangen einen	48

leidensgerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, sofern ein solcher frei sei. Dies sei nicht Fall. Sie sei nicht verpflichtet, einen leidensgerechten Arbeitsplatz erst zu schaffen. Insoweit sei sie überobligatorisch tätig geworden, indem sie dem Kläger einen neuen Arbeitsplatz im Büro in B eingerichtet habe. Der Kläger habe bei der Suche nach einem leidensgerechten Arbeitsplatz auch nicht ausreichend mitgewirkt. Er habe nur die mit dem Schreiben vom 28.03.2022 genannten (vermeintlichen) Vakanzen vorgeschlagen, die entweder nicht frei, bereits entfallen oder aufgrund der Stellenbeschreibung nicht geeignet erschienen.

Die Beklagte beantragt,

49

das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 23.11.2022 – 1 Ca 3554/22 – abzuändern und die Klage abzuweisen.

50

Der Kläger beantragt,

51

die Berufung zurückzuweisen.

52

Er verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags das arbeitsgerichtliche Urteil. Er ist der Ansicht, er sei am 12.04.2022 leistungsfähig und leistungswillig gewesen. Geschuldet gewesen sei damals wie heute eine Tätigkeit als Bankkaufmann. Diese Tätigkeit erbringe er seit dem 15.07.2022 und hätte sie auch ab dem 12.04.2022 erbracht, wenn die Beklagte ihn nicht daran gehindert hätte. Die gesundheitlichen Einschränkungen, welche sich aus dem ärztlichen Attest vom 28.01.2022 ergäben, stünden einer Tätigkeit als Bankkaufmann nicht entgegen. Es seien lediglich einige inhaltliche Aspekte zu berücksichtigen. Der zwischen den Parteien bestehende Arbeitsvertrag sei nicht auf den speziellen Einsatz als Vermögensspezialist im Firmenkundencenter beschränkt. Aus der Regelung in § 17 Ziff. 2 und 3 MTV und dem allgemeinen Rücksichtnahmegebot folge die Verpflichtung der Beklagten, einen leidensgerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Die Beklagte habe auch keinen neuen Arbeitsplatz für ihn geschaffen. Die Tätigkeiten, welche er heute ausübe, seien seit jeher bei der Beklagten angefallen. Es handelte sich lediglich um die Umverteilung bestimmter Tätigkeiten und eine Zusammenführung bei ihm. Im Jahr 2018 sei ihm ein komplett neuer Kundenstamm zugewiesen worden, seine ihm langjährig vertrauten Kunden seien ihm ohne nachvollziehbare Begründung entzogen worden. Zudem seien an ihn sehr hohe, letztlich unerreichbare Leistungsanforderungen gestellt worden. Dies habe zu seiner Erkrankung geführt. Vor diesem Hintergrund sei die Beklagte in besonderem Maße verpflichtet gewesen, die Aufgaben so umzuverteilen, dass für ihn eine leidensgerechte Beschäftigung möglich gewesen sei.

53

Im Kammertermin am 17.10.2022 haben die Parteien den Rechtsstreit mit Bezug auf eine am 01.04.2023 für den streitgegenständlichen Zeitraum an den Kläger geleistete Zahlung von Arbeitslosengeld iHv. 7.440,00 Euro übereinstimmend teilweise für erledigt erklärt.

54

Wegen des weiteren Sach- und Rechtsvortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsprotokolle ergänzend Bezug genommen.

55

Entscheidungsgründe

56

Die Berufung der Beklagten hat Erfolg.

57

58

- I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. b ArbGG statthaft und form- und fristgerecht nach §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG iVm. §§ 519, 520 ZPO am 03.01.2023 gegen das am 16.12.2022 zugestellte Urteil eingelegt und innerhalb der bis zum 16.03.2023 verlängerten Berufungsbegründungsfrist ordnungsgemäß begründet worden.
- II. Die Berufung hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung und zur Abweisung der Klage. Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Vergütung für den Zeitraum vom 12.04.2022 bis zum 14.07.2022 nebst Zinsen. 59
1. Der Kläger kann seinen Anspruch nicht auf § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB stützen. 60
- a) Nach § 611a Abs. 1 BGB ist der Arbeitgeber zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Kommt der Dienstberechtigte (Arbeitgeber) mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete (Arbeitnehmer) für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste nach § 615 Satz 1 BGB die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. In Verzug kommt der Arbeitgeber nach § 293 BGB, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Die Leistung muss nach § 294 BGB so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden. 61
- b) Kann der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts wirksam näher bestimmte Tätigkeit aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr ausüben, aber eine andere im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung liegende Tätigkeit verrichten, ist das Angebot einer anderen Tätigkeit ohne Belang, solange der Arbeitgeber nicht durch eine Neuausübung seines Direktionsrechts diese zu der iSv. § 294 BGB zu bewirkenden Arbeitsleistung bestimmt hat. Andernfalls könnte der Arbeitnehmer den Inhalt der arbeitsvertraglich nur rahmenmäßig umschriebenen Arbeitsleistung selbst konkretisieren. Das widerspräche § 106 Satz 1 GewO. Die Konkretisierung der Arbeitspflicht ist Sache des Arbeitgebers (*BAG 14.10.2020 – 5 AZR 649/19 – Rn. 28; 27.05.2015 – 5 AZR 88/14 – Rn. 19, BAGE 152, 1; 19.05.2010 – 5 AZR 162/09 – Rn. 16, BAGE 134, 296*). 62
- c) § 296 BGB steht dem nicht entgegen. Die danach vorzunehmende Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers besteht darin, dem Arbeitnehmer überhaupt eine Arbeitsmöglichkeit zu eröffnen, den Arbeitsablauf fortlaufend zu planen und die Arbeitsmittel bereitzustellen. Aus § 296 BGB lässt sich aber keine Verpflichtung des Arbeitgebers herleiten, die von ihm zunächst wirksam konkretisierte Arbeitspflicht nach den Wünschen oder Belangen des Arbeitnehmers neu zu bestimmen. Unterlässt es der Arbeitgeber schuldhaft, dem Arbeitnehmer eine leidensgerechte und vertragsgemäße Arbeit zuzuweisen, kann dies lediglich einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Schadensersatz begründen (*BAG 14.10.2020 – 5 AZR 649/19 – Rn. 29; 22.08.2018 – 5 AZR 592/17 – Rn. 21; 19.05.2010 – 5 AZR 162/09 – Rn. 17, BAGE 134, 296, insoweit unter ausdrücklicher Aufgabe von BAG 27.08.2008 – 5 AZR 16/08 – Rn. 13, und [zu Rn. 22] in Abgrenzung zu BAG 13.08.2009 – 6 AZR 330/08 – BAGE 131, 325*). 63
- d) Der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat im Falle eines schwerbehinderten Arbeitnehmers zwar erkannt, dessen Einschränkung der Leistungsfähigkeit aufgrund der Behinderung stehe dem Annahmeverzug des Arbeitgebers bei unbilliger Ausübung des Direktionsrechts nicht entgegen (*BAG 04.10.2005 – 9 AZR 632/04 – Rn. 14, BAGE 116, 121*). Bei beschränkter Leistungsfähigkeit aufgrund einer Behinderung sei der Arbeitgeber nach § 106 Satz 3 GewO verpflichtet, im Rahmen der 64

Ausübung seines Direktionsrechts auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Ob dem zu folgen ist, kann im vorliegenden Fall aber dahingestellt bleiben, denn der Kläger ist nicht behindert iSd. Gesetzes (vgl. BAG 19.05.2010 – 5 AZR 162/09 – Rn. 23, BAGE 134, 296).

e) Nach den soeben skizzierten Grundsätzen, denen die Berufungskammer folgt, kann der Kläger seinen Anspruch nicht unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges durchsetzen. 65

aa) Die Beklagte hatte dem Kläger vor dessen Arbeitsunfähigkeit zuletzt eine Tätigkeit als Vermögensspezialist Bereich Private Banking im Firmenkundencenter zugewiesen. Dass sich diese Zuweisung im Rahmen des Weisungsrechts der Beklagten nach § 106 Satz 1 GewO bewegte, ist zwischen den Parteien unstrittig. 66

bb) Im Hinblick auf diese Tätigkeit war der Kläger am 12.04.2022 leistungsunfähig. Nach seinen eigenen Einlassungen im Gespräch vom 31.01.2022 und nach Maßgabe des von ihm vorgelegten Attests vom 28.01.2022 konnte der Kläger die Tätigkeit als Vermögensspezialist Bereich Private Banking im Firmenkundencenter aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben. Mit dieser Tätigkeit geht ein erheblicher Leistungs- und Kontrolldruck einher, sie ist stark ziel- und ergebnisorientiert. Eine solche Tätigkeit ist ausweislich des ärztlichen Attests nicht leidensgerecht. Genau aus diesem Grund haben die Parteien neue Einsatzmöglichkeiten des Klägers eruiert. 67

cc) Soweit der Kläger dagegen einwendet, dass eine Tätigkeit als Bankkaufmann geschuldet und er hinsichtlich einer solchen Tätigkeit am 12.04.2022 leistungsfähig und leistungswillig gewesen sei, verfängt dies nicht. Der Begriff des Bankkaufmanns verweist zunächst nur auf die vom Kläger durchlaufene Ausbildung, die zu einer Vielzahl unterschiedlicher Tätigkeiten im Kredit- und Finanzsektor befähigt. Zum Berufsbild des Bankkaufmanns gehören u.a. die Beratung von Kunden in Fragen der Kontoführung, des Zahlungsverkehrs, von Krediten, Baufinanzierungen sowie der Geld- und Vermögensanlage; außerdem sind Bankkaufleute in internen Abteilungen wie Zahlungsverkehr, Marketing, Marktfolge aktiv (Kreditsachbearbeitung), Marktfolge passiv (Wertpapier- und Sparabteilung), Interne Revision, Rechnungswesen, Controlling, Personal und in sonstigen verwaltenden Abteilungen tätig (de.wikipedia.org/wiki/Bankkaufmann, abgerufen am 17.10.2023). Welche dieser Tätigkeiten vom Kläger für die Beklagte tatsächlich auszuüben sind, folgt erst aus der Ausübung ihres Weisungsrechts. Dass der Arbeitsvertrag die Tätigkeit des Klägers nicht auf den speziellen Einsatz als Vermögensspezialist beschränkt, ist zwar zutreffend, eröffnet aber erst das Direktionsrecht der Arbeitgeberin nach § 106 Satz 1 GewO. Erst nach dessen Ausübung stellt sich die Frage nach der Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die sodann konkret zugewiesene Tätigkeit. 68

2. Der Kläger hat auch keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Vergütung für den Zeitraum vom 12.04.2022 bis zum 14.07.2022 unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. 69

a) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger nach § 280 Abs. 1 BGB Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks (BAG 10.09.2009 – 2 AZR 257/08 – Rn. 20). Im Arbeitsverhältnis können die Vertragspartner deshalb zur Verwirklichung des Leistungsinteresses zu leistungssichernden Maßnahmen verpflichtet sein. Dazu gehört auch 70

die Pflicht, im Zusammenwirken mit dem Vertragspartner die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrags zu schaffen, Erfüllungshindernisse nicht entstehen zu lassen bzw. zu beseitigen und dem anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen zu lassen. Im Rahmen der Mitwirkungspflicht kann es auch geboten sein, auf den Wunsch nach Vertragsanpassung als Reaktion auf unerwartete Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse einzugehen, insbesondere, wenn anderenfalls in Dauerschuldverhältnissen Unvermögen des Schuldners droht (*BAG 19.05.2010 – 5 AZR 162/09 – Rn. 26 mwN, BAGE 134, 296*).

b) Ist der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr in der Lage, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO näher bestimmte Leistung zu erbringen, kann es die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB gebieten, dass der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht erneut Gebrauch macht und die vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens anderweitig derart konkretisiert, dass dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung wieder möglich wird. Dementsprechend ist kündigungsrechtlich der Arbeitgeber auch bei dauernder Unmöglichkeit, den Arbeitnehmer in seinen bisherigen Tätigkeitsbereich zu beschäftigen, erst dann zur Kündigung berechtigt, wenn das aus der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers resultierende Hindernis nicht nur einer Weiterbeschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz, sondern auch einer Beschäftigung an anderer Stelle entgegensteht (*st. Rspr., vgl. BAG 19.05.2010 – 5 AZR 162/09 – Rn. 27 mwN, BAGE 134, 296*). 71

c) Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Neubestimmung der Tätigkeit des Arbeitnehmers setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Umsetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz verlangt und dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, wie er sich seine weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt. Dem Verlangen des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber regelmäßig entsprechen, wenn ihm die in der Zuweisung einer anderen Tätigkeit liegende Neubestimmung der zu bewirkenden Arbeitsleistung zumutbar und rechtlich möglich ist. Zumutbar ist dem Arbeitgeber die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, wenn dem keine betrieblichen Gründe, zu denen auch wirtschaftliche Erwägungen zählen können, oder die Rücksichtnahmepflicht gegenüber anderen Arbeitnehmern entgegenstehen. Betriebliche Gründe werden in der Regel der Zuweisung einer anderweitigen Tätigkeit nicht entgegenstehen, wenn ein entsprechender Arbeitsplatz frei ist und der Arbeitgeber Bedarf für die Tätigkeit hat (*BAG 19.05.2010 – 5 AZR 162/09 – Rn. 28 ff., BAGE 134, 296*). 72

d) Nach diesen Grundsätzen steht dem Kläger kein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu. 73

aa) Der Kläger hat die Umsetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz verlangt und der Beklagten mit Schreiben vom 07.04.2022 mitgeteilt, dass eine leidensgerechte Beschäftigung als „Mitarbeiterbetreuer Vermögen“ vorstellbar sei sowie ein Einsatz im Back-Office-Bereich Wertpapiere zur Vertriebsunterstützung. Beide Einsatzmöglichkeiten kamen jedoch nicht in Betracht. 74

(1) Im Hinblick auf die Beschäftigung als „Mitarbeiterbetreuer Vermögen“ hat die Beklagte dem Kläger unter Bezugnahme auf das diesbezügliche Anforderungsprofil mitgeteilt, dass die dort auszuübende Tätigkeit nach dem vorgelegten ärztlichen Attest ebenfalls nicht in Betracht komme. Auch dort sei von einem hohen Leistungsdruck und alleiniger Verantwortlichkeit für die Kundenbetreuung auszugehen. Diesem Vorbringen ist der Kläger nicht entgegengetreten, so dass die Berufungskammer nach § 138 Abs. 3 ZPO davon ausgehen musste, dass die Stelle als „Mitarbeiterbetreuer Vermögen“ keine leidensgerechte anderweitige Beschäftigung für den Kläger dargestellt hat. 75

- (2) Soweit der Kläger eine Beschäftigung im Back-Office-Bereich Wertpapiere zur Vertriebsunterstützung als leidensgerechte Beschäftigungsalternative ins Spiel gebracht hat, hat die Beklagte mitgeteilt, dass es keine entsprechende Vakanz gebe; die Stelle habe es zwar gegeben, sei aber mit Austritt des seinerzeitigen Stelleninhabers gestrichen und die entsprechenden Aufgaben umverteilt worden. Auch diesem Vortrag ist der Kläger nicht entgegengetreten, so dass die Berufungskammer ihn ihrer Entscheidung nach § 138 Abs. 3 ZPO zugrunde zu legen hatte. 76
- bb) Weitere Arbeitsplätze, auf denen der Kläger seiner Ansicht nach leidensgerecht hätte beschäftigt werden können, hat er nicht benannt. 77
- cc) Soweit der Kläger einwendet, dass die Beklagte für ihn mit dem Arbeitsplatz, auf dem er seit dem 15.07.2022 arbeitet, keinen neuen Arbeitsplatz eingerichtet hätte, da die Tätigkeiten, welche er dort ausübe, seit jeher bei der Beklagten angefallen seien, und es sich lediglich um die Umverteilung bestimmter Tätigkeiten handele, übersieht der Kläger, dass die bei der Beklagten ausgeübten Tätigkeiten und die bei ihr eingerichteten Arbeitsplätze zur Verrichtung dieser Tätigkeiten nicht identisch sind. Es ist Ausdruck der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Unternehmerfreiheit der Beklagten zu entscheiden, wie sie die in ihrem Unternehmen zu besetzenden Arbeitsplätze inhaltlich zuschneidet und die bei ihr insgesamt anfallenden Aufgaben auf diese Arbeitsplätze verteilt. Der Umstand, dass der Kläger nunmehr Tätigkeiten ausübt, die seit jeher bei der Beklagten anfallen, rechtfertigt daher nicht die Annahme des Klägers, dass deshalb kein neuer Arbeitsplatz für ihn geschaffen worden wäre. Die damit letztlich verfolgte Argumentation des Klägers, sein jetziger Arbeitsplatz hätte bereits am 12.04.2022 zur Verfügung gestanden, wäre frei gewesen und hätte von der Beklagten zugewiesen werden können, ist daher nicht stichhaltig. 78
- dd) Aus § 17 Ziff. 2 und 3 MTV (ggfs. iVm § 4 Abs. 1 VTV) folgt keine über die beschriebenen Grundsätze hinausgehende Verpflichtung der Beklagten zur Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes. 79
- (1) Dem Wortlaut nach befassen sich die benannten Regelungen nicht mit einem Beschäftigungsanspruch des Klägers. § 17 MTV sieht Regelungen zum Ausschluss der ordentlichen Beendigungskündigung bei älteren und langjährig beschäftigten Arbeitnehmern vor. Für den Fall einer – weiterhin möglichen – Änderungskündigung auf einen geringerwertigen Arbeitsplatz sieht § 4 Abs. 1 VTV eine Vergütungssicherung vor. Insoweit werden die Rechtsfolgen einer derartigen Änderungskündigung geregelt, aber kein Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung. 80
- (2) Soweit der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 13.08.2009 (– 6 AZR 330/08 – Rn. 30, BAGE 131,325) angenommen hat, dass dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Schadenersatz nach § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB zustehen kann, wenn ein Tarifvertrag bei Unterbringung eines dauerhaft zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung nicht mehr geeigneten Arbeitnehmers auf einem neuen Arbeitsplatz einen Einkommensschutz vorsieht, rechtfertigt dies hier keine abweichende Entscheidung. Der Sechste Senat hat diesen Anspruch nämlich ausdrücklich nur für den Fall angenommen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht auf einem geeigneten freien Arbeitsplatz einsetzt. Ein solcher bestand aber – wie dargelegt – am 12.04.2022 nicht und musste von der Beklagten erst eingerichtet werden. 81
- ee) Soweit der Kläger schließlich anführt, die Beklagte habe ihm im Jahr 2018 ohne nachvollziehbare Begründung einen neuen Kundenstamm zugewiesen und an ihn sehr hohe, 82

letztlich unerreichbare Leistungsanforderungen gestellt, was letztlich zu seiner Erkrankung geführt habe, rechtfertigt auch dies keine erhöhten Anforderungen an die Beklagte zur Umverteilung von Aufgaben zur Ermöglichung einer leidensgerechten Beschäftigung. Der Vortrag lässt nicht den Schluss darauf zu, dass die Beklagte die Arbeitsunfähigkeit des Klägers schuldhaft herbeigeführt hätte, was ggfs. für eine erhöhte Rücksichtnahmepflicht im Rahmen der Suche nach weiteren Beschäftigungsmöglichkeiten sprechen könnte. Der Umstand, dass die Neuzuweisung des Kundenstamms aus Sicht des Klägers nicht nachvollziehbar begründet war, rechtfertigt für sich genommen nicht den Schluss darauf, dass die Beklagte mit dieser Neuzuweisung die Grenzen billigen Ermessens nach § 106 Satz 1 GewO schuldhaft überschritten hätte; derartiges trägt der Kläger auch nicht vor.

3. Mangels Hauptanspruchs besteht auch kein Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen nach §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. 83
- III. Die Kosten des Rechtsstreits hat nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO der Kläger zu tragen. 84
- IV. Gründe für die Zulassung der Revision iSd. § 72 Abs. 2 ArbGG sind nicht gegeben. Keine der entscheidungserheblichen Rechtsfragen hat grundsätzliche Bedeutung. Die Rechtsfragen berühren auch nicht wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Interessen der Allgemeinheit oder eines größeren Teils der Allgemeinheit. Ferner lagen keine Gründe vor, die die Zulassung wegen einer Abweichung von der Rechtsprechung eines der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG angesprochenen Gerichte rechtfertigen würde. 85