

Aktenzeichen: 2 AZR 179/94
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 24. November 1994
- 2 AZR 179/94 -

I. Arbeitsgericht
Krefeld

Urteil vom 03. Juni 1993
- 3 Ca 485/93 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 09. Dezember 1993
- 5 Sa 1372/93 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein

N

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug und Arbeitsunfähigkeit

Gesetz:

BGB §§ 293, 295, 296, 615

Leitsatz:

Die Verzugsfolgen (§ 615 BGB) treten nach unwirksamer Arbeitgeberkündigung unabhängig davon ein, ob der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer seine wiedergewonnene Arbeitsfähigkeit dem Arbeitgeber anzeigt (Bestätigung der Senatsrechtsprechung; vgl. Urteile vom 19. April 1990 - 2 AZR 591/89 - BAGE 65, 98 = AP Nr. 45 zu § 615 BGB und vom 24. Oktober 1991 - 2 AZR 112/91 - AP Nr. 50 zu § 615 BGB).



2 AZR 179/94

5 Sa 1372/93 Düsseldorf

Verkündet am
24. November 1994

Backes,
Reg.-Obersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Verhandlung vom 22. September 1994 durch den Vor-

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Bröhl sowie die ehrenamtlichen Richter Brocksiepe und Rupprecht für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. Dezember 1993 - 5 Sa 1372/93 - teilweise aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Krefeld vom 3. Juni 1993 - 3 Ca 485/93 - wird in vollem Umfang zurückgewiesen.
3. Die Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz trägt die Beklagte.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin war seit dem 14. August 1978 bei der Beklagten als Arbeiterin beschäftigt. Ihre Bruttomonatsvergütung betrug zuletzt 2.924,-- DM. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung.

Am 24. Januar 1991 erlitt die Klägerin einen Arbeitsunfall, bei dem sie sich erhebliche Verletzungen an der rechten Hand zuzog. Sie war zunächst auf unbestimmte Zeit arbeitsunfähig erkrankt; die Erkrankung dauerte jedenfalls noch am 2. Juli 1991 an. Mit Schreiben vom 6. August 1991 forderte die Beklagte die Klägerin auf, entweder ihre weitere Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen oder ihre Arbeit wieder aufzunehmen. Da die Klägerin, die sich ohne Wissen der Beklagten, aber mit Einwilligung ihres Arz-



tes bis zum 6. September 1991 in ihrem Heimatland (Türkei) aufhielt, sich nicht meldete, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 12. August 1991 fristlos auf. Das Kündigungsschreiben wurde durch einen Boten der Beklagten noch am selben Tag unter die Tür der Wohnung der Klägerin geschoben. Am 9. September 1991 erschien die Klägerin im Betrieb der Beklagten, um der zuständigen Mitarbeiterin Klothen in der Personalabteilung eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu übergeben. Diese verwies auf die ausgesprochene Kündigung und bedeutete der Klägerin, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung müsse nicht mehr abgegeben werden.

Die Klägerin erhob daraufhin am 11. September 1991 beim Arbeitsgericht Krefeld Kündigungsschutzklage und begehrte deren nachträgliche Zulassung. Mit Beschluß vom 17. Dezember 1991 ließ das Arbeitsgericht Krefeld (- 2 Ca 2198/91 -) die Klage nachträglich zu; die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde wurde vom Landesarbeitsgericht Düsseldorf (- 1 Ta 34/92 -) mit Beschluß vom 25. Februar 1992 zurückgewiesen. Die Klägerin, die nach ihren eigenen Angaben bis zum 3. November 1991 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt war, bot mit Schreiben ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 5. März 1992 ihre Arbeitsleistung der Beklagten an, woraufhin diese - ungeachtet des damals noch laufenden Kündigungsschutzprozesses - die Klägerin unter dem 6. März 1992 zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung aufforderte. Dem kam die Klägerin ab dem 10. März 1992 nach. Mit Urteil vom 27. Oktober 1992 gab das Arbeitsgericht Krefeld der Kündigungsschutzklage statt und begründete dies im wesentlichen damit, nach Vernehmung des behandelnden Arztes



Dr. Günal sei von einer Arbeitsunfähigkeit der Klägerin jedenfalls bis zum Ausspruch der Kündigung am 12. August 1991 auszugehen.

Die Klägerin, die in der Zeit vom 20. Januar 1992 bis zum 9. März 1992 Arbeitslosengeld in Höhe von 2.025,30 DM erhalten hatte, hat für die Monate November 1991 bis März 1992 Vergütung von der Beklagten verlangt, was diese ablehnte. Beschränkt auf die Monate November 1991 (anteilig) bis Februar 1992 hat die Klägerin den der Höhe nach unstreitigen Betrag von 11.403,60 DM brutto abzüglich gezahltes Arbeitslosengeld mit der Begründung eingeklagt, die Beklagte befinde sich seit dem Ende der Arbeitsunfähigkeit ab dem 4. November 1991 in Annahmeverzug. Ein früher zusätzlich eingeklagter Betrag von 1.300,-- DM brutto (Weihnachtsgeld) ist der Klägerin durch das insoweit rechtskräftige Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. Dezember 1993 zugesprochen worden.

Die Klägerin hat geltend gemacht, außer der Erhebung der Kündigungsschutzklage habe es eines ausdrücklichen Arbeitsangebotes ihrerseits nicht bedurft, zumal die Beklagte in dem Kündigungsschutzprozeß immer wieder behauptet habe, es läge gar keine Arbeitsunfähigkeit vor. Es sei Sache der Beklagten gewesen, ihr anzuzeigen, daß man sie beschäftigen wolle; das gelte zumindest, nachdem die Beklagte früher erklärt habe, sie, die Klägerin, brauche die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht vorzulegen.

Die Klägerin hat - soweit für die Revisionsinstanz von Belang - beantragt,



die Beklagte zu verurteilen, an sie 11.403,60 DM brutto nebst 4 % Zinsen ab Klageerhebung (5. März 1993) abzüglich 2.025,30 DM zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag vorgetragen, sie habe von der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin am 4. November 1991 nichts gewußt und habe der Klägerin deshalb auch keinen funktionsfähigen Arbeitsplatz vor dem 6. März 1992 zur Verfügung stellen können. Die Klägerin habe noch im Vorprozeß vortragen lassen, daß sie weiterhin arbeitsunfähig erkrankt sei, und zwar nicht zuletzt unter Hinweis auf ein weiteres ärztliches Attest des Dr. Günal, wonach die Arbeitsunfähigkeit andauere und sogar im Oktober 1991 noch eine stationäre Behandlung in der Unfallklinik Duisburg erforderlich sei. Auf die Erklärung ihrer Personalsachbearbeiterin vom 9. September 1991, die Klägerin brauche die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht vorzulegen, könne sich die Klägerin nicht berufen, weil diese Erklärung vor Erhebung der Kündigungsschutzklage abgegeben worden sei.

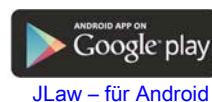
Das Arbeitsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben, während auf die Berufung der Beklagten das Landesarbeitsgericht die Klage wegen des jetzt noch im Streit stehenden Vergütungsanspruchs abgewiesen hat. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Arbeitsgerichtsurteils.



Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist begründet; ihr steht der geltend gemachte Vergütungsanspruch gemäß §§ 615, 293, 296 BGB zu.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine entgegenstehende Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Annahmeverzug der Beklagten liege nicht vor, weil der Beklagten mangels Anzeige der Arbeitsfähigkeit ein Einsatz der Klägerin ab 4. November 1991 nicht möglich gewesen sei. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen seien jeweils auf unabsehbare Zeit ausgestellt worden, so daß der Arbeitgeber - nicht zuletzt im Hinblick auf das Vorbringen der Klägerin im Vorprozeß - davon habe ausgehen müssen, die Klägerin sei seit ihrem Arbeitsunfall durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Die Beklagte habe daher keinerlei Veranlassung zu Dispositionen personeller oder betrieblicher Art für den zukünftigen Arbeits-einsatz der Klägerin gehabt. Eine prophylaktische Aufforderung zur Arbeitsleistung überspanne die Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers nach § 296 BGB. Zwar habe die Beklagte sich im Vorprozeß zur Stützung ihrer Kündigung auf die Arbeitsfähigkeit der Klägerin berufen, was angesichts des mehrwöchigen Aufenthalts der Klägerin in der Türkei nachvollziehbar erscheine; der Beklagten könne aber nicht angelastet werden, daß sie sich letztlich erst nach Vernehmung des behandelnden Arztes Dr. Günal im Vorprozeß gebeugt habe. Schließlich habe sie mit dem Schreiben vom 6. August 1991 der Klägerin Gelegenheit gegeben, ihre Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen oder ihre Arbeit wieder aufzunehmen.



II. Dem folgt der Senat nicht. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht Annahmeverzug der Beklagten (§§ 296, 615 BGB) verneint.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Arbeitgeber im Falle einer unwirksamen Kündigung in der Regel in Annahmeverzug gerät, wenn er den Arbeitnehmer nicht aufgefordert hat, die Arbeit wieder aufzunehmen, ihm also keinen funktionstüchtigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt (BAG Urteil vom 9. August 1984 - 2 AZR 374/83 - BAGE 46, 234 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB). Das Landesarbeitsgericht ist auch auf die weitere Rechtsprechung des Senats eingegangen, wonach der Annahmeverzug ohne besondere Anzeige der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit auch dann eintritt, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der - später für unwirksam erklärten - Kündigung arbeitsunfähig erkrankt war und dem Arbeitgeber durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage oder sonstigen Widerspruch gegen die Kündigung seine weitere Leistungsbereitschaft deutlich gemacht hat (Senatsurteile vom 19. April 1990 - 2 AZR 591/89 - BAGE 65, 68 = AP Nr. 45, aaO und vom 24. Oktober 1991 - 2 AZR 112/91 - AP Nr. 50, aaO). Schließlich ist das Landesarbeitsgericht auch auf die Entscheidung des Senats vom 21. Januar 1993 (- 2 AZR 309/92 - AP Nr. 53, aaO, mit Anm. von Kaiser) eingegangen, wonach der Arbeitgeber bei einer von ihm ausgesprochenen unwirksamen Kündigung gehalten ist, wegen § 296 BGB von sich aus den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit aufzufordern, wenn er die Folgen des Annahmeverzuges nach § 615 BGB vermeiden will; es meint lediglich, diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall nicht anwenden zu können. Dies rügt die Revision zu Recht.



2. Ausgehend von der Grundsatzentscheidung vom 9. August 1984 (BAGE 46, 234 = AP, aaO), wonach der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät, wenn er dem Arbeitnehmer unberechtigterweise fristlos kündigt, ohne daß es noch eines wörtlichen Angebots des Arbeitnehmers bedarf, weil es eben Sache des Arbeitgebers sei, durch Zuweisung von Arbeit zur Wiederaufnahme der geschuldeten Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer beizutragen, hat der Senat in den nachfolgenden Fällen einer vorliegenden Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zur Zeit der Kündigung jeweils fallbezogen bei befristeter, mehrfach befristeter und auf unabsehbare Zeit vorliegender Arbeitsunfähigkeit entschieden, die Verzugsfolgen träten unabhängig von der Anzeige der Arbeitsfähigkeit ein, wenn der Arbeitnehmer durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage oder sonstigen Widerspruch gegen die Kündigung seine weitere Leistungsbereitschaft deutlich gemacht habe. In einem dem vorliegenden vergleichbaren Fall langwährender Arbeitsunfähigkeit (ca. acht Monate) hat der Senat (Urteil vom 21. Januar 1993 - 2 AZR 309/92 - AP Nr. 53, aaO, zu II 2 a der Gründe) den Klageanspruch zuerkannt, weil unabhängig davon, ob in einem solchen Fall noch davon ausgegangen werden könne, für die vom Arbeitgeber vorzunehmende Handlung sei "eine Zeit nach dem Kalender bestimmt" (§ 296 Satz 1 BGB), die Arbeitnehmerin mitgeteilt hatte, sie sei zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder arbeitsfähig, der Arbeitgeber sie aber auf eine anderweitige Arbeit verwiesen hatte. Deshalb seien jedenfalls auch Arbeitgeberdispositionen möglich gewesen. Das Gesetz gehe in § 296 BGB davon aus, der Gläubiger müsse von sich aus ohne Anhaltspunkt betreffend die Leistungsfähigkeit des Schuldners durch Zuweisung von Arbeit mitwirken; das finde seine



gesetzgeberische Grundlage darin, daß der Gläubiger den entscheidenden und auslösenden Anteil an der unterbrochenen Leistung des Schuldners habe (BAG Urteil vom 19. April 1991 - 2 AZR 591/89 - BAGE 65, 98, 104 = AP Nr. 45 zu § 615 BGB, zu II 2 d cc der Gründe). Der Arbeitgeber erscheine in einem solchen Fall nicht schutzwürdig, nachdem er deutlich erklärt habe, die Arbeitnehmerin möge sich im eigenen Interesse um eine anderweitige Arbeit bemühen; der Arbeitgeber habe mit dem Ausspruch der Kündigung zunächst einmal deutlich gemacht, seiner Mitwirkungsverpflichtung nach diesem Zeitpunkt nicht nachkommen zu wollen. Er hätte zumindest nach Zugang der Kündigungsschutzklage die Arbeitnehmerin darauf hinweisen müssen, er lege trotz der Kündigung auch nach dem Kündigungstermin auf ihre Arbeitskraft Wert; die Arbeitnehmerin möge ihre Arbeitsfähigkeit anzeigen, damit sie - ggf. unter Vorbehalt der Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung - eingesetzt werden könne. Mit dieser Rechtsprechung - so hat der Senat weiter ausgeführt - werde vom Arbeitgeber nicht verlangt, er müsse den Ast (der Kündigung), auf den er sich gesetzt habe, gleichsam sofort wieder absägen, was Stahlhacke (Schriftenreihe des Deutschen Anwaltsinstituts, 1. Bd. 1992, S. 19 ff.) dem Senat vorgehalten hat. Verlangt werde lediglich, daß der Arbeitgeber den von ihm verursachten Widerspruch auflöse, dem Arbeitnehmer zu kündigen, gleichwohl aber ohne eigene (Mitwirkungs-)Pflichten an dessen Leistungspflicht festzuhalten, und zwar zum eigenen Vorteil, nämlich trotz der (unwirksamen) Kündigung die Verzugsfolgen sich zu ersparen. Selbst wenn der Arbeitgeber Zweifel an der Arbeitsfähigkeit der Arbeitnehmerin gehabt haben sollte, so sei dies unerheblich, weil nach § 296 BGB der Gläubiger ohnehin über



die Leistungsfähigkeit des Schuldners im Unklaren gelassen werde, Zweifel in dieser Hinsicht also Gesetzesimmanent seien.

a) In Fortsetzung dieser Rechtsprechung und entgegen der erneuten Kritik von Kaiser (Anm. zu AP Nr. 53 zu § 615 BGB) bejaht der Senat auch im vorliegenden Fall Annahmeverzug. Die Grundüberlegung des Senats, die gesonderte Anzeige der Arbeitsfähigkeit in dem auf Dauer angelegten Arbeits-Schuldverhältnis nicht mehr zu verlangen, beruhte zusammengefaßt darauf, es sei nicht einsehbar, warum der Arbeitgeber, der unwirksam kündigte und deshalb für den Normalfall eines Arbeitsverhältnisses als Konsequenz die Vergütungsnachzahlung schuldete (§ 615 BGB), daraus einen Vorteil ziehen sollte, daß der Arbeitnehmer zufällig zur Zeit der Kündigung arbeitsunfähig war; die Grundtendenz der Rechtsprechung ging seit dem Urteil vom 19. April 1990 (BAGE 65, 98 = AP Nr. 45, aaO) im Anschluß an Konzen (gemeinsame Anm. zu AP Nr. 34 und 35 zu § 615 BGB) dahin, dies nicht dem Arbeitgeber zugute kommen zu lassen, weil einerseits von Anzeige der Arbeitsfähigkeit in §§ 293 ff. BGB nicht die Rede ist und andererseits nach § 296 BGB der Gläubiger ohnehin über die Leistungsfähigkeit des Schuldners grundsätzlich im Unklaren gelassen wird.

b) Wenn der Arbeitgeber mit der Kündigung deutlich gemacht hat, seiner Mitwirkungsverpflichtung im Sinne einer (Wieder-)Eröffnung der Arbeitsmöglichkeit, der fortlaufenden Planung und Konkretisierung des Arbeitseinsatzes und Ausübung des Direktionsrechts (Senatsurteil vom 21. Januar 1993 - 2 AZR 309/92 - AP, aaO, zu II 2 d der Gründe) nicht nachkommen zu wollen, so ist aufgrund dieser Zäsur der Arbeitnehmer jedenfalls solange von den ihm



sonst obliegenden Anzeige- und Nachweispflichten (u.a. § 3 LohnFG - neuerdings § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz) befreit, als der Arbeitgeber nicht von sich aus die Kündigung "zurücknimmt" oder wenigstens eine Arbeitsmöglichkeit - gegebenenfalls unter Vorbehalt - eröffnet. Das gilt vor allem angesichts der im Vorprozeß durch den fortlaufend - auch gegenüber dem Antrag auf nachträgliche Zulassung der verspäteten Kündigungsschutzklage (vgl. dazu auch noch unter II 2 d der Gründe) - gestellten Klageabweisungsantrag auch nach außen wiederholt dokumentierten Nichtbereitschaft, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen bzw. Arbeit zuzuweisen und das Direktionsrecht auszuüben. Nimmt der Arbeitgeber das Direktionsrecht nicht wahr, wobei die endgültige Entscheidung über die Wirksamkeit der von ihm ausgesprochenen Kündigung in seinem Risikobereich liegt, wie u.a. auch durch die Beweislastregelung des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG belegt wird, so sind auch die Arbeitnehmerpflichten vorübergehend suspendiert. Das gilt jedenfalls solange, als nicht der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur (Wieder-)Aufnahme der Arbeit auffordert, was hier vor dem 5. März 1992 nicht geschehen ist.

Mit § 615 BGB war ein Sozialschutz des Dienstverpflichteten beabsichtigt (vgl. dazu auch Wiedemann/Wonneberger in Anm. zu AP Nr. 45, aaO), der nur davon abhängig sein sollte, daß der Dienstverpflichtete zur Vorleistung fertig und bereit war, und daß er rechtzeitig und ordnungsgemäß sich zur Erfüllung erboten habe (Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, §§ 433 bis 651, S. 769 ff.). Die Klägerin hat dem mit ihrer Vorsprache bei der Beklagten am 9. September 1994, der Bereitschaft zur Vorlage der weiteren



Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und durch die Erhebung der Kündigungsschutzklage Rechnung getragen und dies durch Weiterverfolgung des Kündigungsschutzprozesses fortlaufend dokumentiert. Mit Eintritt der Arbeitsfähigkeit am 4. November 1991 war die Klägerin schließlich objektiv zur Vorleistung fertig und bereit, so daß kein Leistungshindernis mehr bestand, § 297 BGB. Damit traten die Verzugsfolgen ein.

c) Entgegen der Kritik von Kaiser, die § 296 BGB grundsätzlich nicht anwenden will (so schon in Anm. zu EzA § 615 BGB Nr. 70; dagegen Schwarze in Anm. zu EzA § 615 BGB Nr. 78, der seinerseits wieder § 296 BGB favorisiert) hält der Senat an der Anwendung des § 296 BGB fest. Er sieht sich darin auch dadurch bestärkt, daß bei den Beratungen zur Fassung des späteren § 615 BGB (vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, zu § 562 des Entwurfs, S. 900) im zuständigen Ausschuß davon die Rede war, der Dienstgeber komme in Annahmeverzug, wenn der Dienstnehmer sich zur Leistung der Dienste erbiere und persönlich dazu imstande sei, die zu bearbeitende Sache ihm aber vom Dienstgeber nicht bereit gestellt werde. Wie der Senat im Urteil vom 21. Januar 1993 (AP, aaO, zu II 2 a der Gründe) ausgeführt hat, hat diese Rechtsprechung auch Zustimmung erfahren. Wiedemann/Wonneberger machen zu Recht darauf aufmerksam, daß es auch in der Literatur - bei Zweifeln an dem dogmatischen Rückgriff auf § 296 BGB - nicht gelungen ist (siehe die bei Wiedemann/Wonneberger, Anm. zu AP Nr. 45, aaO, zu Ziff. 1 wiedergegebenen verschiedenen Lösungsansätze), ihrerseits eine allseits befriedigende Lösung anzubieten, wobei nahezu alle Autoren und das Bundesarbeitsgericht darin übereinstimmen, daß die Einpassung der §§ 293 ff. BGB in das Modell des Arbeits-



und Dienstvertrages als Dauerschuldverhältnis wenig gelungen sei; sie bestätigen aber die Richtigkeit des vom BAG gefundenen Ergebnisses. Auch Kaiser meint (in Anm. zu AP Nr. 53, aaO, unter II 2), halte das Bundesarbeitsgericht an seiner Auffassung fest, dem Arbeitgeber obliege die Mitwirkung an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im gekündigten Arbeitsverhältnis jeden Tag erneut, dann gelte gemäß §§ 296 Satz 1, 297 BGB: Der Arbeitgeber gerate in dem Zeitpunkt in Annahmeverzug, in dem der Arbeitnehmer wieder leistungsfähig sei, ohne daß der Arbeitgeber oder auch der Arbeitnehmer dafür noch etwas zu tun bräuchten. Sie kritisiert an der letzten Entscheidung vom 21. Januar 1993 (aaO) insofern zu Recht, daß der Senat nicht gleich, ohne Rekurs auf die damalige Erklärung der Arbeitnehmerin, sie sei demnächst wieder arbeitsfähig, auf den Eintritt der Arbeitsfähigkeit allein abgestellt habe. Die Anwendung des § 296 Satz 1 BGB bringt im Vergleich zu dem Ansatz nach § 295 BGB eine Lösung gerade für Lohnansprüche bis zur Erhebung der Kündigungsschutzklage bzw. eines sonstigen rechtzeitigen Widerspruchs gegen die Kündigung. Deshalb bot es sich in der Tat an, neben dem "Bereitschaftssignal" des Arbeitnehmers auf die Mitwirkungsverpflichtung des Arbeitgebers nach § 296 Satz 1 BGB abzustellen. Im übrigen ist der Auffassung von Kaiser zuzustimmen (unter III ihrer Anm. zu AP Nr. 53, aaO), daß der in Annahmeverzug geratene Arbeitgeber gerade bei Festhalten an der Kündigung von sich aus den Arbeitnehmer zur Aufnahme der Arbeit anhalten muß, will er sich nicht von vornherein berechtigten Verzugslohnansprüchen aussetzen. Ob der Arbeitgeber mit einem vorbehaltsbeschränkten Weiterbeschäftigungsangebot die Verzugsfolge überhaupt vermeiden kann (vgl. dazu Senatsurteil vom 21. Mai 1981 - 2 AZR 95/79 - BAGE 35, 324, 334 = AP Nr. 32, aaO,

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



zu II 1 c der Gründe), braucht hier nicht erörtert zu werden, ebensowenig wie die davon unabhängige Frage, ob nicht der Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Anwendung des § 615 Satz 2 BGB gut beraten wäre (vgl. dazu BAGE 35, 324, 336 f. = AP, aaO, zu II 2 der Gründe und BAG Urteil vom 3. Dezember 1980 - 5 AZR 477/78 - AP Nr. 4 zu § 615 BGB Böswilligkeit), ein solches Angebot anzunehmen. Eine andere Schlußfolgerung läßt sich entgegen der Meinung von Kaiser aus den Ausführungen des Senats im Urteil vom 21. Januar 1993 (AP Nr. 53, aaO, zu II 2 c der Gründe) nicht herleiten.

d) An dem Ergebnis des nach §§ 615, 296 BGB vorliegenden Annahmeverzuges ändert sich auch nicht etwa deshalb etwas, weil im vorliegenden Fall die verspätet erhobene Kündigungsschutzklage erst nachträglich durch Beschluß des Arbeitsgerichts Krefeld vom 17. Dezember 1991, aaO (rechtskräftig seit Beschluß des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 25. Februar 1992 - 1 Ta 34/92) zugelassen worden ist. Zwar wird im Regelfall der nicht rechtzeitig erhobenen Kündigungsschutzklage (§ 4 KSchG) eine an sich sozial nicht gerechtfertigte Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) nachträglich rückwirkend geheilt (§ 7 KSchG). Eine derartige rückwirkende Heilung ist hier jedoch nicht - auch nicht vorübergehend etwa bis zum rechtskräftigen Zulassungsbeschluß vom 25. Februar 1992 - eingetreten. Den §§ 4, 7 KSchG liegt der Gedanke zugrunde, die Wirksamkeit der dem KSchG unterliegenden Kündigungen möglichst nur kurze Zeit in der Schwebe zu lassen; so kennt das Gesetz die Möglichkeit der Verlängerung der Dreiwochenfrist nicht. Diesen Grundgedanken hat der Gesetzgeber aber für den Fall durchbrochen, daß der Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung trotz Anwendung



aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Dreiwochenfrist einzuhalten (vgl. dazu BAG Urteil vom 5. April 1984 - 2 AZR 67/83 - BAGE 45, 298, 304 f = AP Nr. 6 zu § 5 KSchG 1969, zu B II 2 der Gründe), wobei allerdings die nachträgliche Zulassung ihrerseits nur innerhalb bestimmter Fristen zulässig ist: Der Antrag auf nachträgliche Zulassung muß innerhalb von 2 Wochen nach Behebung des Hindernisses, das zur Nichteinhaltung der Frist geführt hat, gestellt werden, jedenfalls aber binnen 6 Monaten nach Ende der versäumten Frist, § 5 Abs. 1 und 3 KSchG (vgl. auch Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG, 11. Aufl., § 4 Rz 83 f, 7 Rz 1; KR-Friedrich, 3. Aufl., § 5 KSchG Rz 154, § 7 KSchG Rz 6; KR-Rost, § 7 KSchG Rz 2, 4, 8). Das war hier unstreitig der Fall: Der Antrag auf nachträgliche Zulassung der verspäteten Kündigungsschutzklage ist am 26. September 1991 beim Arbeitsgericht eingegangen. Damit konnte aufgrund der Zulassung der verspäteten Klage die Fiktionswirkung des § 7 KSchG (vgl. dazu auch BAG Urteil vom 26. Juni 1986 - 2 AZR 358/85 - AP Nr. 14 zu § 4 KSchG 1969, zu B II 3 b der Gründe) nicht eintreten; nach dem ersten Halbsatz dieser Bestimmung gilt die Kündigung nur dann von Anfang an - vorbehaltlich einer Rechtsunwirksamkeit aus anderen Gründen - als rechtswirksam, wenn ihre Rechtsunwirksamkeit nach § 1 Abs. 2 KSchG "nicht rechtzeitig geltend gemacht wird (§ 4 Satz 1, §§ 5 und 6)". Anderenfalls hätte der Gesetzgeber nicht im Klammerzusatz die §§ 4, 5 und 6 KSchG gleichgeordnet nebeneinander aufgeführt. Der Gesetzeswortlaut läßt also ausdrücklich die Fiktionswirkung u. a. auch dann nicht einmal vorübergehend eingreifen, wenn die Klage "auf dem Umweg" über § 5 KSchG Erfolg hat. Die Folge der Nichteinhaltung der



Frist - das Wirksamwerden der Kündigung nach § 7 KSchG - tritt also nicht ein (KR-Friedrich, aaO, § 5 Rz 154); es kann deshalb auch nicht davon ausgegangen werden, die Unwirksamkeit der Kündigung sei zunächst geheilt, die Kündigung also gleichsam zeitweise (bis zur nachträglichen Zulassung) fiktiv wirksam (unklar KR-Rost, aaO, § 7 Rz 8), nach rechtskräftiger Zulassung werde die Fiktionswirkung wieder aufgehoben und nach evtl. Abweisung der zugelassenen, verspäteten Klage werde die Kündigung am Schluß wieder wirksam. Aus der Verweisung auch auf §§ 5, 6 KSchG folgt allerdings, daß die Frage und der Zeitpunkt des Eintritts der Fiktionswirkung (Wirksamkeit der Kündigung) erst nach Ablauf der 6-Monats-Frist des § 5 Abs. 3 KSchG endgültig geklärt ist, wenn nicht zuvor Kündigungsschutzklage erhoben wurde.

Das "Band" des Arbeitsverhältnisses bestand damit über den Zeitpunkt der unwirksamen außerordentlichen Kündigung vom 12. August 1991 hinaus unverändert fort. Mag man unter Umständen unter Umständen noch davon ausgehen können, daß aus Gründen des Vertrauensschutzes - nach Ablauf der Dreiwochenfrist bis zur Zustellung der Kündigungsschutzklage bzw. des Antrages auf Zulassung der verspäteten Kündigungsschutzklage, also spätestens Ende September 1991 - der Glaube der Beklagten daran, die Fiktionswirkung des § 7 KSchG sei eingetreten und deshalb ihre Mitwirkungshandlung nach § 296 BGB nicht gefragt, schützenswert sei (vgl. dazu BVerfGE 55, 100, 110 f.; 61, 319, 356 f.; zum Rückwirkungsverbot und Vertrauensschutz allgemein Fiedler, NJW 1988, 1624; Jekewitz, NJW 1990, 3114), so galt dies jedenfalls nicht mehr für den hier geltend gemachten Verzugszeitraum ab 4. November 1991. Die Beklagte hatte hier schon mit Schriftsatz vom 21. Oktober 1991 im



Vorprozeß der Parteien Zurückweisung des Antrages auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage beantragt, handelte also auf eigenes Risiko, wenn sie unter Berufung auf die ausgesprochene Kündigung die Klägerin nicht beschäftigte.

3. Ist demnach vom Annahmeverzug der Beklagten ab 4. November 1991 - bis 3. November 1991 dauerte unstreitig die Arbeitsunfähigkeit - auszugehen, so stehen der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche zu, so daß das Urteil des Arbeitsgerichts wiederherzustellen war.

Etzel

Bitter

Bröhl

Brocksiepe

Rupprecht



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)