

Aktenzeichen: 2 AZR 250/84

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Schluß-Urteil vom 4. Juli 1985

- 2 AZR 250/84 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 15. Juli 1983

Krefeld

- 2 Ca 452/83 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 29. Februar 1984

Düsseldorf

- 15 Sa 1354/83 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug nach fristloser Arbeitgeberkündigung

Gesetz: BGB § 615

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 250/84

-----

15 Sa 1354/83 Düsseldorf

Verkündet am

4. Juli 1985

Bittner,  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

## Im Namen des Volkes!

Schluß-Urteil

In Sachen:

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Juli 1985 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Brocksiepe und Schulze für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 29. Februar 1984 - 15 Sa 1354/83 - aufgehoben, soweit es die Klage auf Zahlung von 647,-- DM brutto (Verzugslohn) abgewiesen und über die Kosten des Rechtsstreits entschieden hat.
2. In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger war bei der Beklagten, einem Messebauunternehmen, seit 1. September 1982 als Schreiner gegen einen Stundenlohn von 14,-- DM brutto beschäftigt. Er hatte sich bereiterklärt, im Hinblick auf die Tätigkeit der Beklagten im Messegeschäft erforderlichenfalls auch an Sonn- und Feiertagen zu arbeiten.

Ab 4. November 1982 war der Kläger bei Messearbeiten in Paris eingesetzt. Am 7. November, einem Sonntag, erschien er nicht zu der für diesen Tag angeordneten Arbeit. Daraufhin kündigte die Beklagte am 9. November 1982 mündlich das Arbeitsverhältnis fristlos. Der Kläger fuhr daraufhin nach Deutschland zu-



rück.

Mit einer der Beklagten am 30. November 1982 zugestellten Klage wandte sich der Kläger gegen diese Kündigung. Das Arbeitsgericht Krefeld stellte durch rechtskräftiges Urteil vom 17. Februar 1983 - 3 Ca 3085/82 - fest, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten nicht am 9. November 1982 beendet worden ist, sondern bis zum 23. November 1982 fortbestanden hat.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger von der Beklagten aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs Lohnzahlung für die Zeit vom 9. bis 23. November 1982 in Höhe von insgesamt 2.115,68 DM brutto sowie Urlaubsabgeltung in Höhe von 560,-- DM brutto verlangt. Er hat vorgetragen, die Beklagte sei mit der Annahme seiner Dienste in Verzug geraten. Sie habe ihm für den Verzugszeitraum von vierzehn Tagen als Grundlohn 1.568,-- DM (14 x 8 x 14,-- DM) sowie 547,68 DM Mehrarbeitsvergütung zu zahlen. Er hätte in diesem Zeitraum 28 Überstunden geleistet. Da er in den Vormonaten September und Oktober 1982 insgesamt 180 Überstunden geleistet und hierfür 3.520,-- DM erhalten habe, errechne sich ein Überstundenlohn von 19,56 DM, für 28 Stunden somit ein Betrag von 547,68 DM.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn  
2.675,68 DM nebst 4 % Zinsen seit  
Rechtshängigkeit (25. Februar 1983)  
zu zahlen.



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



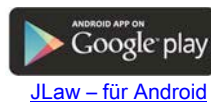
[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, sie sei nicht in Annahmeverzug geraten. Als Verzugslohn könne der Kläger im übrigen allenfalls Vergütung für acht Normalstunden an zehn Arbeitstagen (80 Stunden) fordern. Sonntags- und Feiertagsarbeiten sowie Überstunden fielen nur bei Auslandseinsätzen, nicht aber in V an. Überstunden würden nicht vergütet, sondern in Freizeit abgegolten. Für den Kläger seien sie in der Abrechnung für die Monate September und Oktober 1982 auf der Grundlage eines in diesem Zeitraum verdienten Gesamtlohns von 7.083,12 DM brutto mit einem Stundensatz von 17,50 DM brutto nur deshalb berücksichtigt worden, weil die Möglichkeit des Abfeierns im Hinblick auf die fristlose Entlassung entfallen sei.

Das Arbeitsgericht hat dem Kläger 2.327,-- DM brutto nebst Zinsen, und zwar Urlaubsabgeltung in Höhe von 560,-- DM sowie Verzugslohn in Höhe von 1.767,-- DM zugesprochen, und die Klage im übrigen abgewiesen. Zum Verzugslohn hat es angenommen, die Beklagte sei ab 9. November 1982 mit der Annahme der Dienste des Klägers in Verzug geraten. Der Kläger könne den Verdienst beanspruchen, den er im Verzugszeitraum erzielt hätte, wenn er gearbeitet hätte. Demgemäß seien auch in diesen Zeitraum fallende Überstunden zu bezahlen. Für die Lohnhöhe sei von der Abrechnung der Beklagten und damit von einem Betrag von 17,50 DM pro Überstunde auszugehen. Der Kläger habe im Abrechnungszeitraum Überstunden in unterschiedlicher Höhe geleistet. Im Verzugszeitraum wäre er bei Messearbeiten in Paris eingesetzt worden und hätte deshalb, wie in der Vergangenheit auch, Überstunden leisten müs-



sen. Im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO sei somit davon auszugehen, daß der Kläger in diesem Zeitraum an zwölf Arbeitstagen je acht Normalstunden und je zwei Überstunden geleistet hätte. Danach errechneten sich für 96 Normalstunden bei einem Stundenlohn von 14,-- DM insgesamt 1.344,-- DM brutto und für insgesamt 24 Überstunden bei einem Stundensatz von 17,50 DM insgesamt 420,-- DM brutto. Entscheidend sei, daß der Kläger ohne die fristlose Entlassung im Ausland gearbeitet, damit die entsprechenden Überstunden geleistet hätte und die Möglichkeit des Abfeierns wegen der fristlosen Entlassung nicht mehr bestanden habe.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt, soweit sie zur Zahlung des Verzugslohns nebst Zinsen verurteilt worden ist. Zu der Berechnung des Verzugslohns durch das Arbeitsgericht hat sie zusätzlich vorgetragen, der Kläger hätte keine Überstunden leisten müssen. Die Arbeiten in Paris seien bereits zwei Tage nach Ausspruch der fristlosen Kündigung abgeschlossen gewesen. Anschließend seien die dort eingesetzten Mitarbeiter nach V zurückgekehrt und hätten ihre Überstunden abgefeiert.

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Klage auch insoweit abgewiesen, als die Beklagte über den Betrag von 560,-- DM (Urlaubsabgeltung) nebst Zinsen hinaus zur Zahlung von Verzugslohn nebst Zinsen verurteilt worden ist.



Mit der Revision verfolgt der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts.

In der Revisionsverhandlung hat die Beklagte den Klageanspruch in Höhe von 1.120,-- DM brutto nebst Zinsen anerkannt und beantragt, die Revision im übrigen zurückzuweisen. Der Senat hat auf Antrag des Klägers im Umfang des Anerkenntnisses ebenfalls am 4. Juli 1985 ein Teil-Anerkenntnisurteil erlassen, auf dessen Inhalt verwiesen wird.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist auch begründet, soweit der Kläger über das Anerkenntnis der Beklagten hinaus als Verzugslohn weitere 647,-- DM brutto nebst Zinsen fordert. In diesem Umfang ist der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

I. Zwischen den Parteien war in der Berufungsinstanz noch streitig, ob dem Kläger für die Zeit vom 9. November bis 23. November 1982 aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs Lohn in Höhe von 1.767,-- DM brutto nebst Zinsen zusteht, nachdem rechtskräftig feststeht, daß das Arbeitsverhältnis in diesem Zeitraum fortbestanden hat.

II. Die Beklagte hat sich in diesem Zeitraum in Verzug der Annahme der Dienste des Klägers befunden.

Das Berufungsgericht hat dies mit der Begründung verneint, der Kläger habe nach Ausspruch der fristlosen Kündigung seine



Dienste nicht zumindest wörtlich angeboten, wie dies nach § 295 BGB zur Begründung des Annahmeverzugs erforderlich gewesen wäre. Diese Würdigung widerspricht jedoch der neueren Rechtsprechung des Senats. Nach dem auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmten Urteil vom 9. August 1984 (- 2 AZR 374/83 -, EZA § 615 BGB Nr. 43) bedarf es im Anschluß an eine (unwirksame) fristlose Kündigung des Arbeitgebers keines tatsächlichen oder wörtlichen Dienstleistungsangebots des Arbeitnehmers, um den Arbeitgeber in Annahmeverzug zu versetzen. Dies folgt aus § 296 BGB, der bestimmt, daß kein Leistungsangebot erforderlich ist, wenn für die vom Gläubiger zu erbringende Mitwirkungshandlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist und diese Handlung nicht rechtzeitig vorgenommen wird. Der Senat sieht die nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers darin, dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und ihm Arbeit zuzuweisen. Da der Arbeitgeber mit der fristlosen Kündigung dem Arbeitnehmer den entgegengesetzten Willen zu erkennen gibt, muß der Arbeitgeber ihn wieder zur Arbeit auffordern, wenn er trotz fristloser Kündigung nicht in Annahmeverzug geraten will.

Bei Anwendung dieser Grundsätze hat sich die Beklagte in dem hier umstrittenen Zeitraum in Verzug der Annahme der Dienste des Klägers befunden. Denn es ist unstreitig, daß sie den Kläger nach Ausspruch der fristlosen Kündigung nicht mehr zu weiterer Arbeitsleistung aufgefordert hat.

III. Es steht somit fest, daß die Beklagte dem Kläger für die



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



Dauer der Kündigungsfrist gemäß § 615 Satz 1 BGB den Lohn fortzuzahlen hat. Das angefochtene Urteil, das einen Anspruch bereits dem Grunde nach verneint hat, muß deshalb aufgehoben werden.

1. Nach § 615 Satz 1 BGB kann der Dienstverpflichtete für die infolge des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen. Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend angenommen hat, gilt für die Berechnung des Lohnfortzahlungsanspruchs somit das sogenannte Lohnausfallprinzip: Der Arbeitnehmer ist so zu stellen, wie wenn er gearbeitet hätte (vgl. Schaub, AR-Blattei (D) Annahmeverzug D II 2 a sowie MünchKomm, § 615 BGB Rz 46).

Danach stehen dem Kläger für den Verzugszeitraum von zwei Wochen in jedem Falle 1.120,-- DM brutto zu. Dieser Betrag entspricht dem Normallohn, den die Beklagte bei einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 40 Stunden und dem vereinbarten Stundenlohn von 14,-- DM brutto dem Kläger hätte zahlen müssen. In diesem Umfang hat der Senat durch Teil-Anerkenntnisurteil das Urteil des Arbeitsgerichts wiederhergestellt.

2. In Höhe des noch streitig gebliebenen Betrages von 647,-- DM brutto muß der Rechtsstreit zurückverwiesen werden, weil noch weitere Feststellungen darüber erforderlich sind, ob der Kläger im Verzugszeitraum über die regelmäßige Wochenarbeitszeit hinaus Mehrarbeit geleistet hätte.

a) Nach dem für die Berechnung des Verzugslohns geltenden



Lohnausfallprinzip hat der Arbeitnehmer auch Anspruch auf Bezahlung von Mehrarbeit, wenn er diese im Verzugszeitraum geleistet hätte (Schaub, AR-Blattei, aaO). Das Arbeitsgericht hat im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO angenommen, daß der Kläger im Verzugszeitraum insgesamt weitere 16 Normalstunden sowie 24 Überstunden geleistet hätte. Danach errechneten sich für die 16 Normalstunden ( $16 \times 14 =$ ) 224,-- DM und für die 24 Überstunden bei dem vom Arbeitsgericht zugrunde gelegten Stundensatz von 17,50 DM weitere 420,-- DM.

b) In der Berufungsinstanz war jedoch für eine Schätzung der im Verzugszeitraum angefallenen Mehrarbeitsstunden nach § 287 ZPO zunächst kein Raum, weil die Beklagte substantiiert die vom Arbeitsgericht angenommene Schätzungsgrundlage - Einsatz des Klägers in Paris während des gesamten Verzugszeitraums - bestritten hatte. Deshalb mußte nunmehr der für die Lohnhöhe grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtige Kläger (vgl. Schaub, MünchKomm, aaO) Beweis dafür antreten, daß jedenfalls in dem vom Arbeitsgericht angenommenen Umfang Mehrarbeit für ihn angefallen wäre. Hierzu hat er in der Berufungsinstanz nichts mehr vorgetragen. Da es nach der vom Berufungsgericht zum Annahmeverzug vertretenen Auffassung auf die Anspruchshöhe nicht ankam, muß ihm somit Gelegenheit gegeben werden, dies nachzuholen.

Hillebrecht      Triebfürst      Dr. Weller  
Brocksiepe      Schulze



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





**JLaw – Gesetze und Urteile**  
(mobile App)

Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)