

Aktenzeichen: 2 AZR 299/86

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 30. April 1987
- 2 AZR 299/86 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 19. März 1985
Ulm - 5 Ca 413/84 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 11. April 1986
Baden-Württemberg - 13 Sa 63/85 -

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

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug nach unwirksamen Arbeitgeberkündigungen

Gesetz: BGB §§ 615, 295, 296, 297, § 611
Beschäftigungspflicht

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 299/86

13 Sa 63/85 Baden-Württemberg

Verkündet am
30. April 1987

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

00000er Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. April 1987 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Timpe und Dr. Bensinger für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom



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



11. April 1986 - 13 Sa 63/85 - wird auf ihre
Kosten zurückgewiesen.

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 Beklagte betreibt in O ein Reifenerneuerungswerk.
Mit schriftlichem Vertrag vom 9. März 1976 stellte sie die in
unmittelbarer Nähe des Betriebes wohnende Klägerin zum 8. März
1976 als Bürokraft ein. In dem Vertrag heißt es, daß im Bedarfs-
fall auch andere Arbeiten zu leisten seien.

Die im Jahre 1947 geborene, verheiratete Klägerin, die keine
Ausbildung als Einzelhandelskaufmann besitzt, hatte zunächst in
der Arbeitsvorbereitung die Arbeitskarten auszuschreiben und
ferner die Telefonanlage zu bedienen. Nach Einführung der EDV im
Jahre 1980 wurde sie im Rechnungswesen eingesetzt. Sie hatte in
der EDV-Anlage Daten einzugeben, ferner die Tagesproduktionsli-
sten zu führen, das Produktionsbuch anhand der Rechnungskopien
abzustimmen, die Ladelisten für den Werksfernverkehr zu erstellen
und die mit diesen Tätigkeiten verbundenen Ablagearbeiten auszu-
führen. Ihr Gehalt betrug in den letzten Jahren 1.755,-- DM
brutto zuzüglich 26,-- DM vermögenswirksamer Leistungen im Monat.

Im Jahre 1981 war die Klägerin zunächst vom 15. April bis
7. Mai arbeitsunfähig krank. Am 25. August erkrankte sie wie-
derum. Vom 25. September 1981 bis 16. Mai 1982 befand sie sich



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



zunächst in Mutterschutz und anschließend in Mutterschaftsurlaub.
Nach Wiederaufnahme ihrer Arbeit war sie vom 21. Juli bis
6. August 1982 wegen Angina arbeitsunfähig krank.

Mit Schreiben vom 12. August 1982 kündigte die Beklagte das
Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zum 30. September 1982 und
gab zur Begründung überhöhte Fehlzeiten an. Die hiergegen von der
Klägerin erhobene Kündigungsschutzklage hatte in beiden Instanzen
Erfolg (ArbG Ulm Urteil vom 25. Januar 1983 - 3 Ca 490/82 R -;
LAG Baden-Württemberg Urteil vom 24. Juni 1983 - 5 Sa 20/83 -).

Mit Schreiben vom 30. Juni 1983 sprach die Beklagte der
Klägerin eine Änderungskündigung zum 30. September 1983 mit
folgender Begründung aus:

"Wir haben inzwischen erfahren, daß das
Landesarbeitsgericht unsere Berufung zu-
rückgewiesen hat, daß das mit Ihnen be-
stehende Arbeitsverhältnis also noch fort-
besteht.

Bereits im Termin vor Gericht haben wir unter
anderem zum Ausdruck gebracht, daß unsere Auf-
tragslage sehr schlecht ist. Wir haben deshalb
keine Möglichkeit Sie im früheren Umfang, also
als Ganztagsangestellte weiter zu beschäftigen.
Wir sehen allenfalls die Möglichkeit, Sie noch
halbtags einzusetzen, wobei wir uns vorbehalten
müssen, Ihnen verschiedenartige Tätigkeiten zu-
zuweisen.

Wir kündigen daher hiermit erneut das mit Ihnen
bestehende Arbeitsverhältnis zum 30.09.1983.

Zugleich bieten wir Ihnen an, ab 1.10.1983 das
frühere Arbeitsverhältnis mit der Maßgabe fort-
zusetzen, daß

1. die Arbeitszeit statt 40 Stunden nur noch
20 Stunden in der Woche beträgt und zwar
von 13.00 Uhr bis 17.00 Uhr (Montag bis



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Freitag).

2. Die Bezüge auf DM 890,50 Brutto im Monat reduziert werden.

Bis 30.09.1983 stellen wir Sie von der Arbeit frei, weil wir zunächst den Arbeitsplatz für Sie freimachen müssen..."

Hiergegen erhob die Klägerin mit Eingang beim Arbeitsgericht am 8. Juli 1983 Kündigungsschutzklage. Während dieses Rechtsstreits teilte ihr die Beklagte unter dem 4. August 1983 mit, es bestehe zwar als Folge der schlechten Auftragslage keine Möglichkeit mehr, die Klägerin bis 30. September 1983 zu beschäftigen. Sie könne ihr jedoch anbieten, am 8. August 1983 zunächst für zwei bis drei Wochen bei der Firma T M Chemie O Versandkataloge zu adressieren und postfertig zu machen. Sie möge daher am 8. August 1983 um 7.30 Uhr in ihr Büro kommen.

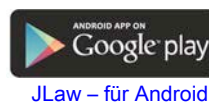
Die Klägerin kam diesem Verlangen nicht nach. Daraufhin forderte die Beklagte sie unter dem 15. August 1983 erneut auf, am 16. August 1983 um 7.30 Uhr zur Arbeit zu erscheinen. Um die Klägerin ihrem Wunsch entsprechend zu beschäftigen, habe sie eine Terminarbeit angenommen, die sofort ausgeführt werden müsse.

Nachdem die Klägerin auch dieser Aufforderung keine Folge geleistet hatte, wies die Beklagte sie mit Schreiben vom 23. August 1983 letztmalig an, die Arbeit spätestens am Montag, dem 29. August 1983 wieder aufzunehmen. Auch hierauf reagierte die Klägerin nicht.

Mit Schreiben vom 30. August 1983 kündigte die Beklagte das



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



Arbeitsverhältnis fristlos wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung.

Gegen diese Kündigung wandte sich die Klägerin mit der am 7. September 1983 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage. Das Arbeitsgericht verband dieses Verfahren mit dem bereits anhängigen Verfahren 5 Ca 388/83 und stellte durch Urteil vom 21. Februar 1984 fest, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigungen der Beklagten vom 30. Juni und 30. August 1983 nicht aufgelöst worden ist. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung wies das Landesarbeitsgericht durch Urteil vom 7. August 1984 - 13 Sa 55/84 - zurück.

Am 21. August 1984 nahm die Klägerin die Arbeit bei der Beklagten wieder auf. Am 10. September 1984 kam es zwischen ihr und dem Geschäftsführer der Beklagten zu einer Auseinandersetzung. Die Klägerin wurde danach arbeitsunfähig krankgeschrieben.

Mit dem 30. Juni 1985 beendeten die Parteien das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag.

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin, soweit für die Revisionsinstanz noch von Interesse, von der Beklagten aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges Gehaltszahlung für die Zeit vom 1. April 1983 bis 31. August 1984 in Höhe von 29.835,-- DM brutto (17 Monate à 1.755,-- DM) sowie Zahlung vermögenswirksamer Leistungen in Höhe von 442,-- DM (17 Monate à 26,-- DM) begehrt. Von der Gehaltssumme hat sie einen von der Beklagten für den



Monat August 1984 gezahlten Nettobetrag von 352,-- DM sowie das ihr vom Arbeitsamt für die Zeit vom 1. April bis 4. September 1983 gezahlte Arbeitslosengeld in Höhe von 3.566,80 DM abgezogen. Sie hat insoweit beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. an die Klägerin DM 29.835,-- brutto, abzüglich gezahlter DM 352,-- netto und abzüglich auf die Bundesanstalt für Arbeit übergegangener DM 3.566,80 netto, nebst 4 % Zinsen aus dem sich daraus ergebenden Nettobetrag ab dem 1.9.1984 zu zahlen, mit der Maßgabe, daß DM 442,-- als vermögenswirksame Leistungen auf den Bausparvertrag der Klägerin bei der B -Bausparkasse zu zahlen sind;
2. weitere DM 442,-- netto vermögenswirksame Leistungen auf den Bausparvertrag der Klägerin bei der B -Bausparkasse zu zahlen.

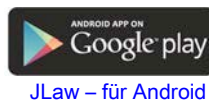
Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, im gesamten Anspruchszeitraum habe kein Annahmeverzug bestanden, weil die Klägerin weder leistungsfähig noch leistungswillig gewesen sei. Die Klägerin sei gesundheitlich nicht in der Lage gewesen, ihrer Arbeitspflicht nachzukommen, sie sich aus ihren Fehlzeiten in der Zeit vom 17. Mai bis 30. September 1982 sowie nach ihrer Arbeitsaufnahme am 21. August 1984 ergebe. Es habe deshalb allenfalls ab 1. Oktober 1982 eine Pflicht zur Zahlung von Krankenlohn für sechs Wochen bestanden. Die Klägerin sei aber auch nicht leistungswillig gewesen, weil sie vor dem 1. April 1983 wie auch danach mehrfach zumutbare Vermittlungsangebote des Arbeitsamts ausgeschlagen habe.

Zumindest sei die Klägerin ab 8. August 1983 nicht mehr



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



leistungsbereit gewesen.

Für die Zeit bis 30. September 1983 folge dies daraus, daß sie der an sie im August 1983 mehrfach gerichteten Aufforderung, wieder zur Arbeit zu erscheinen und Versandkataloge zu adressieren und postfertig zu machen, nicht nachgekommen sei. Sie, die Beklagte, habe in der Vergangenheit wiederholt für die im selben Haus untergebrachte Firma T M Chemie derartige Arbeiten erledigt, und die Klägerin sei mehrfach für solche Arbeiten eingesetzt worden. Mit diesen Arbeiten hätte die Klägerin bis 30. September 1983 beschäftigt werden können.

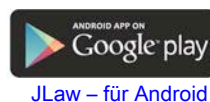
Für die Zeit ab 5. September 1983 ergebe sich die mangelnde Leistungsbereitschaft der Klägerin daraus, daß sie die Teilnahme an einer ihr vom Arbeitsamt angebotenen Bildungsmaßnahme mit der Begründung abgelehnt habe, sie müsse ihrer 18 Jahre alten Tochter, die in L einen Ausbildungsplatz bekommen habe, u. a. bei der Wohnungssuche behilflich sein, und nach Beendigung der Hilfsmaßnahmen für ihre Tochter bei ihr, der Beklagten, nicht mehr um Zuweisung von Arbeit gebeten habe.

Für die Zeit ab 1. Oktober 1983 könne die Klägerin im Übrigen allenfalls die Hälfte ihrer Vergütung (890,50 DM brutto) verlangen, weil sie das in dem Kündigungsschreiben vom 30. Juni 1983 unterbreitete Angebot einer Halbtagsbeschäftigung zu geänderten, ihr jedoch zumutbaren Bedingungen abgelehnt habe.

Die Klägerin hat erwidert:



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



Aus ihren Erkrankungen bis zum 30. September 1982 sowie nach dem 21. August 1984 könnten keine Rückschlüsse auf ihre fehlende Leistungsfähigkeit im Anspruchszeitraum gezogen werden. Das Arbeitsamt habe ihr insgesamt zwei Stellen angeboten. Sie habe sich jeweils dort vorgestellt, danach aber von den betreffenden Firmen nichts mehr gehört. Das ihr im August 1983 unterbreitete Arbeitsangebot sei nicht von der Beklagten, sondern von einem anderen Unternehmen, der Firma T M Chemie ausgegangen, und habe nur für kurze Zeit gegolten.

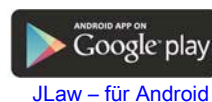
Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung des geltend gemachten Verzugslohns und der vermögenswirksamen Leistungen an die Klägerin verurteilt.

Hiergegen hat sich die Beklagte mit der Berufung gewandt. Das Landesarbeitsgericht hat den Arbeitsamtsangestellten Sch als Zeugen vernommen und die Leistungsakte des Arbeitsamtes B , betreffend die Klägerin, beigezogen. Sodann hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt, soweit das Landesarbeitsgericht der Klägerin für die Zeit vom 8. August 1983 bis 31. August 1984 an Verzugslohn 22.416,14 DM brutto abzüglich 648,46 DM netto Arbeitslosengeld sowie 338,-- DM vermögenswirksame Leistungen zugesprochen hat. In diesem Umfang verfolgt sie ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.



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



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

Die Revision ist unbegründet.

I. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind nur noch die von der Klägerin für die Zeit vom 8. August 1983 bis 31. August 1984 geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Verzugslohn und vermögenswirksamen Leistungen.

II. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß sich die Beklagte vom 1. April 1983 bis 31. August 1984 (richtig: bis 21. August 1984, dem Tag der Wiederaufnahme der Arbeit durch die Klägerin) und damit auch in dem für die Revisionsinstanz noch interessierenden Anspruchszeitraum im Verzug der Annahme der Dienste der Klägerin befunden und ihr deshalb gemäß § 615 Satz 1 BGB das Gehalt fortzuzahlen habe.

Hierbei ist das Berufungsgericht von der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Annahmeverzug des Arbeitgebers nach einer unwirksamen außerordentlichen oder ordentlichen Arbeitgeberkündigung ausgegangen. Danach bedarf es in diesen Fällen keines wörtlichen Leistungsangebots des Arbeitnehmers gemäß § 295 BGB. Vielmehr gerät der Arbeitgeber nach § 296 Satz 1 BGB mit dem Zugang der fristlosen Kündigung bzw. nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist in Annahmeverzug, wenn er dem Arbeitnehmer keine Arbeit zugewiesen hat. Jedoch muß der Arbeitnehmer, wie sich aus § 297 BGB ergibt, während des gesamten Verzugszeitraums nicht nur (objektiv) leistungsfähig, sondern auch leistungswillig sein, weil die subjektive Leistungsbereitschaft



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

eine von der Entbehrlichkeit des Leistungsangebots unabhängige Voraussetzung des Annahmeverzugs ist. Ist der Arbeitnehmer bei Zugang der fristlosen Kündigung bzw. bei Ablauf der Kündigungsfrist nach § 297 BGB außerstande, die vertragliche Leistung zu erbringen, so muß er den Arbeitgeber gemäß § 295 Satz 2 BGB in allen Fällen zur Zuweisung von Arbeit auffordern, in denen der Arbeitgeber nicht erkennen kann, ob und von welchem Zeitpunkt an der Arbeitnehmer wieder leistungsfähig und leistungswillig ist (BAGE 46, 234 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB; Urteil vom 21. März 1985 - 2 AZR 201/84 - AP Nr. 35 zu § 615 BGB; Urteil vom 6. November 1986 - 2 AZR 744/85 -, zu II 2 c der Gründe, n. v.).

III. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen zwei Einwendungen erhoben, mit denen sie geltend gemacht hat, während des gesamten Anspruchszeitraums habe gemäß § 297 BGB kein Annahmeverzug bestanden, weil die Klägerin außerstande gewesen sei, die Leistung zu bewirken: Der Klägerin sei die Arbeitsleistung unmöglich gewesen, weil im Hinblick auf ihre mehrfachen Erkrankungen bis zum 30. September 1982 und nach dem 21. August 1984 davon auszugehen sei, daß sie auch im Anspruchszeitraum ausgefallen wäre. Zum anderen habe es ihr auch an dem Leistungswillen gefehlt, weil sie mehrfach zumutbare Vermittlungsangebote des Arbeitsamtes ausgeschlagen habe.

Das Berufungsgericht hat diese Einwendungen für unbegründet erachtet. Seine Ausführungen hierzu lassen keinen Rechtsfehler erkennen.



Es hat insbesondere zutreffend dem Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegt, daß der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig oder nicht leistungswillig gewesen ist (BAG Urteil vom 18. August 1961 - 4 AZR 132/60 - AP Nr. 20 zu § 615 BGB; Urteil vom 6. November 1986, aaO, zu II 3 a der Gründe). Diese Würdigung wird auch von der Revision nicht angegriffen. Soweit die Beklagte sich gegen eine Lohnzahlungspflicht ausschließlich mit diesen Einwendungen gewehrt hat, nämlich für die Zeit bis 7. August 1983, hat sie ihre Verurteilung hingenommen.

IV. Das Berufungsgericht hat jedoch auch ohne Rechtsfehler die weiteren gegen das Fortbestehen des Annahmeverzugs in dem jetzt noch interessierenden Zeitraum vom 8. August 1983 bis 21. August 1984 erhobenen Einwendungen der Beklagten nicht durchgreifen lassen.

1. Für die Zeit vom 8. bis 30. August 1983, dem Zeitpunkt des Ausspruchs der fristlosen Kündigung, hat die Beklagte den fehlenden Leistungswillen der Klägerin daraus gefolgert, daß sie der in den drei Schreiben vom August 1983 an sie gerichteten Aufforderung, Versandkataloge zu adressieren und postfertig zu machen, nicht nachgekommen sei. Mit diesen Arbeiten hätte die Klägerin bis 30. September 1983 beschäftigt werden können.

a) Das Berufungsgericht hat hierzu folgendes ausgeführt:

Wie sich aus dem Änderungskündigungsschreiben der Beklagten vom 30. Juni 1983 ergebe, habe sie die Klägerin bis zum



30. September 1983, dem Ende der Kündigungsfrist, von der Arbeit freigestellt. Diesen Verzicht auf Arbeitsleistung, der vorbehaltslos erklärt worden sei, habe die Klägerin gemäß § 151 BGB stillschweigend angenommen.

Hiervon abgesehen habe die Beklagte die Klägerin nicht zur Leistung der geschuldeten Dienste aufgefordert. Die Klägerin habe für Wochen einfachste kaufmännische Tätigkeiten erledigen sollen, die weit unter dem Niveau der zuvor geleisteten Arbeiten gelegen hätten. Auch wenn die Klägerin, wie die Beklagte vortrage, früher immer wieder für derartige Arbeit eingesetzt worden sei und es deshalb zu ihren Vertragspflichten gehört haben sollte, mitunter solche Arbeiten zu verrichten, sei es ihr nicht zuzumuten gewesen, dies ca. acht Wochen lang zu tun.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe diesen Sachverhalt ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Böswilligkeit (§ 615 Satz 2 BGB) geprüft. Hierauf komme es jedoch nicht an, weil sich die Beklagte im Hinblick auf die vorerst vereinbarte Freistellung von der Arbeit nicht in Annahmeverzug befunden habe. Die der Klägerin zugewiesene Arbeit sei vertragsgemäß, weil sie zu den Aufgaben einer Bürokraft gehöre. Außerdem sei die Klägerin nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet, im Bedarfsfall auch andere, gegebenenfalls geringerwertige Arbeiten außerhalb ihres regelmäßigen Aufgabenbereichs auszuführen. Diese Rügen greifen nicht durch.

aa) Die vereinbarte Freistellung von der Arbeit bis zum Ende der



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



Kündigungsfrist am 30. September 1983 schloß den Annahmeverzug nicht aus, sondern begründete ihn. Denn die Beklagte hatte der Klägerin von der Zeit der Freistellung an keine Arbeit mehr zugewiesen. Das Einverständnis der Klägerin hiermit entband sie lediglich von ihrer Vertragspflicht, die Klägerin zu beschäftigen (vgl. dazu BAGE 2, 221 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht), nicht aber von der sich aus §§ 611, 615 Satz 1 BGB ergebenden Gehaltszahlungspflicht.

Das Berufungsgericht hat das Bestehen der Lohnzahlungspflicht der Beklagten in diesem Zeitraum auch nicht ausschließ-lich, sondern, wie seine Ausführungen unter II 1 a, cc und b, bb der Gründe ergeben, zusätzlich unter dem Gesichtspunkt der Böswilligkeit geprüft. Es hat in erster Linie untersucht, ob der Annahmeverzug fortbestanden hat und dies bejaht, weil die Beklagte auf weitere Arbeitsleistungen verzichtet und der Klägerin in den Schreiben vom August 1983 keine vertraglich geschuldete Arbeit zugewiesen habe.

bb) Soweit das Berufungsgericht aus dem Kündigungsschreiben vom 30. Juni 1983 einen vorbehaltlosen Verzicht der Beklagten auf weitere Arbeitsleistung der Klägerin bis zum Ende der Kündigungsfrist am 30. September 1983 gesehen hat, handelt es sich um die Auslegung einer atypischen Willenserklärung, die vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht gegen die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB oder gegen Erfahrungs- und Denkgesetze verstoßen oder wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen hat (vgl. BAG Urteil



vom 27. Juni 1963 - 5 AZR 383/62 - AP Nr. 5 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluß). Solche Rechtsfehler hat die Revision jedoch nicht aufgezeigt. In dem Kündigungsschreiben heißt es ausdrücklich: "Bis 30. September 1983 stellen wir Sie von der Arbeit frei, weil wir zunächst den Arbeitsplatz für Sie freimachen müssen." Der Wortlaut dieser Erklärung spricht für die Auslegung des Berufungsgerichts. Danach wird die Arbeitsfreistellung in dem vorangestellten Hauptsatz bis zum Ende der Kündigungsfrist ohne Einschränkung erklärt. Im Nebensatz wird lediglich eine Begründung hierfür gegeben, damit aber nicht die Freistellung selbst von einer fehlenden Einsatzmöglichkeit während der Kündigungsfrist abhängig gemacht. Die Auslegung der Freistellungsvereinbarung durch das Berufungsgericht ist somit möglich und deshalb für das Revisionsgericht bindend. Mit ihrem entgegengesetzten Vortrag legt die Revision keinen Auslegungsfehler dar, sondern versucht nur, ihre Auslegung an die Stelle der Auslegung des Berufungsgerichts zu setzen.

cc) Auch die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei zur Ausführung dieser Arbeiten vertraglich nicht verpflichtet gewesen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Nach dem unstreitigen Sachverhalt war die Klägerin nach Einführung der EDV im Jahre 1980 im Rechnungswesen eingesetzt und hatte in diesem Bereich die im Tatbestand des angefochtenen Urteils im einzelnen aufgeführten Tätigkeiten verrichtet. Wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, die Arbeitspflicht der Klägerin habe sich auf diese Tätigkeiten konkretisiert und sei



damit Vertragsinhalt geworden, so handelt es sich um die Bestimmung des Vertragsinhalts und insoweit ebenfalls um die Auslegung eines atypischen Vertrages, die grundsätzlich für das Revisionsgericht bindend ist. Aus der Beschäftigung der Klägerin mit diesen Tätigkeiten über mehrere Jahre hinweg konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler zur Feststellung dieses Vertragsinhalts gelangen. Dem steht nicht entgegen, daß die Klägerin nach dem Arbeitsvertrag als Bürokraft eingestellt worden ist. Denn die Arbeitspflicht kann sich durch eine langjährige Beschäftigung mit bestimmten qualifizierten Arbeiten konkretisieren. Mit dem Hinweis auf den Vertragswortlaut zeigt die Revision somit keinen Auslegungsfehler des Berufungsgerichts auf. Auch die weitere Wertung des Berufungsgerichts, Adressenschreiben und kuvertieren von Katalogen seien einfachste kaufmännische Tätigkeiten und mit den zuletzt von der Klägerin ausgeübten nicht vergleichbar, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die weitere Rüge der Revision, die Klägerin sei deshalb zu diesen Tätigkeiten verpflichtet gewesen, weil sie nach dem Arbeitsvertrag "in Bedarfsfällen" auch andere Arbeiten habe verrichten müssen, greift ebenfalls nicht durch. Das Berufungsgericht hat auch diese Vertragsklausel bei seiner Würdigung berücksichtigt, indem es ausgeführt hat, auch wenn die Klägerin mitunter derartige Arbeiten habe leisten müssen, sei es ihr nicht zumutbar gewesen, dies nahezu acht Wochen lang zu tun.

dd) War der Klägerin das Adressieren und Kuvertieren von Katalogen nicht zumutbar, so handelte sie auch nicht böswillig im



Sinne des § 615 Satz 2 BGB, wenn sie der Aufforderung, diese Arbeiten auszuführen, nicht nachkam, wie das Berufungsgericht ebenfalls zu Recht angenommen hat.

2. Für die Zeit vom 1. Oktober (gemeint ist wohl September) 1983 bis 21. August 1984 hat die Beklagte die fehlende Leistungsbereitschaft der Klägerin daraus gefolgert, daß die Klägerin sich im September 1983 geweigert hatte, an einer ihr vom Arbeitsamt angebotenen Bildungsmaßnahme teilzunehmen und später auch nicht mehr bei ihr, der Beklagten, um Zuweisung von Arbeit gebeten habe.

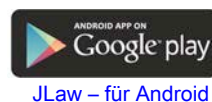
a) Diesen Einwand hat das Berufungsgericht unter anderem mit folgender Begründung nicht durchgreifen lassen:

Bei einem Dauerschuldverhältnis sei zur Aufrechterhaltung des Annahmeverzugs nicht die ständige Bereitschaft des Arbeitnehmers zur sofortigen Arbeitsleistung erforderlich. Es genüge, daß die Dienstleistung erbracht werden könne, sobald sich der Gläubiger (Arbeitgeber) zur Annahme der Dienste bereiterkläre. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall erfüllt. Die Klägerin hätte die für ihre Tochter beabsichtigten Unternehmungen abbrechen und, wie von ihr vorgebracht, die Beklagte um Gewährung einiger Tage Urlaub bitten können. Daran wäre sie durch einen vorübergehenden Aufenthalt in dem nur ca. 55 km von O entfernten L nicht gehindert gewesen.

b) Diese Würdigung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Auf die



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



weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Einwand der Beklagten und die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision kommt es deshalb nicht mehr an.

aa) Wie bereits ausgeführt, hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, aus der Weigerung der Klägerin, die ihr im August 1983 angetragenen Arbeiten auszuführen, könne nicht auf einen fehlenden Leistungswillen geschlossen werden. Aus diesem Grund scheitert die Rüge der Revision, die Klägerin sei bei Ausspruch der fristlosen Kündigung am 30. August 1983 nicht leistungsbereit gewesen und hätte die Beklagte deshalb zur Zuweisung von Arbeit auffordern müssen, um sie wieder in Annahmeverzug zu setzen.

bb) Die Revision macht weiter geltend, nach dem Ergebnis der vom Berufungsgericht durchgeführten Beweisaufnahme habe die Klägerin ab 5. September 1983 der Arbeitsvermittlung nicht mehr zur Verfügung gestanden und kein Arbeitslosengeld erhalten. Als Grund hierfür habe sie in ihrer Erklärung vom 7. September 1983 angegeben, sie habe keine Zeit für eine Fortbildungsmaßnahme, weil sie sich fortan um ihre Tochter kümmern müsse. Daraus folge, daß die Klägerin auch für eine Arbeitsleistung bei der Beklagten nicht mehr zur Verfügung gestanden habe. Sie sei deshalb jedenfalls vorübergehend nicht leistungsbereit gewesen und hätte zumindest aus diesem Grund die Beklagte zur Zuweisung von Arbeit auffordern müssen. Dies sei weder durch die am 15. September 1983 zugestellte Kündigungsschutzklage noch durch eine sonstige Erklärung der Klägerin geschehen. Auf die gemäß dem Kündigungs-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

schreiben vom 30. Juni 1983 vereinbarte Arbeitsfreistellung könne sich die Klägerin jedenfalls ab September 1983 deshalb nicht mehr berufen, weil diese Vereinbarung durch die fristlose Kündigung am 30. August 1983 aufgehoben worden sei. Diese Einwendungen greifen nicht durch.

Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers und seine Rechtsfolgen sind nicht an die Voraussetzung geknüpft, daß der Arbeitnehmer sich ständig zur Dienstleistung bereithält und "nichts anderes tut" (BAG Urteil vom 18. August 1961 - 4 AZR 132/60 - AP Nr. 20 zu § 615 BGB). Solange der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nicht anbietet, und dies ist im vorliegenden Fall jedenfalls nach Ausspruch der fristlosen Kündigung am 30. August 1983 selbst nach dem Vortrag der Revision nicht mehr geschehen, kann der Arbeitnehmer davon ausgehen, daß er auch bei Ortsanwesenheit nicht beschäftigt würde. Selbst aus einem Aufenthalt des Arbeitnehmers im Ausland läßt sich deshalb allein nicht folgern, er sei gegenüber seinem Arbeitgeber nicht mehr leistungswillig, sofern er jederzeit erreichbar und zur Rückkehr in der Lage ist. Hatte der Arbeitgeber ihm vor der Abreise keine oder eine zur Beendigung des Annahmeverzugs ungeeignete Beschäftigung angeboten, so kann der Arbeitnehmer davon ausgegangen sein, daß der Arbeitgeber auch für die Dauer der Abwesenheit seine Arbeitsleistung ablehne, und den mit einem längeren Auslandsaufenthalt verbundenen Verlust des Arbeitslosengeldes (vgl. §§ 3 und 6 der Aufenthalts-Anordnung der Bundesanstalt für Arbeit vom 3. Oktober 1979, ANBA S. 1388) in Kauf genommen habe (vgl. das Senatsurteil vom 11. Juli 1985

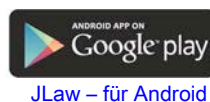


- 2 AZR 106/84 - NZA 1987, 57, zu II 3 der Gründe, sowie die Senatsurteile vom 6. November 1986 - 2 AZR 714/85 - und - 2 AZR 744/85 -, zu II 3 bzw. II 3 b der Gründe, beide n. v.).

Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht auch rechtsfehlerfrei auf den vorliegenden Fall angewandt. Nach seiner von der Revision nicht angegriffenen Feststellung ist der Ausbildungsort der Tochter der Klägerin nur ca. 55 km von O , ihrem Wohnort und dem Betriebssitz der Beklagten, entfernt. Hieraus konnte das Berufungsgericht folgern, daß die Klägerin jederzeit von einer von der Beklagten beschlossenen Weiterbeschäftigung hätte unterrichtet werden und bei ihr vorsprechen können, zumal sich ihr Ehemann weiterhin in der Wohnung in O aufhielt. Das Berufungsgericht konnte ferner davon ausgehen, daß der Aufenthalt der Klägerin in L nur vorübergehend gewesen ist und sie ihn hätte kurzfristig abbrechen können. Denn es hat weder festgestellt, daß sich die Klägerin dort längere Zeit aufhalten wollte, noch ergibt sich dies aus der Erklärung der Klägerin vom 7. September 1983. Danach wollte sie ihrer Tochter, für die sie nach langem Suchen endlich einen Ausbildungsplatz gefunden hatte und die zum erstenmal außer Haus sein würde, insbesondere bei der Wohnungssuche behilflich sein. Das setzte jedoch keine längere Ortsabwesenheit voraus. Die Absicht, sich, wie die Revision vorträgt, "fortan", d. h. wohl für längere Dauer, um ihre Tochter zu kümmern, kann daraus nicht gefolgert werden. Das Berufungsgericht ist ferner ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, daß die Klägerin einer Aufforderung der Beklagten zur Wiederaufnahme der Arbeit im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse nicht sofort



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



hätte folgen, sondern einige Tage Urlaub hätte erhalten müssen, um ihrer Tochter zur Seite zu stehen.

Nach der Aussage des Zeugen Sch und seinem Vermerk auf Blatt 42 R der Leistungsakte des Arbeitsamts wurde die Zahlung von Arbeitslosengeld eingestellt, weil die Klägerin für den Arbeitsmarkt nicht mehr verfügbar war. Auch daraus kann nicht auf einen fehlenden Leistungswillen der Klägerin gegenüber der Beklagten geschlossen werden. Denn die Verfügbarkeit der Klägerin für den Arbeitsmarkt wurde bereits deshalb verneint, weil sie nicht sofort den Fortbildungskurs besuchen konnte. Gleiches gilt für den Umstand, daß sie sich später nicht mehr beim Arbeitsamt als Arbeitssuchende gemeldet hat. Dies kann darauf zurückzuführen sein, daß ihr wegen ihres Kleinkindes eine Beschäftigung außerhalb ihres Wohnortes nicht möglich, sie deshalb für den Arbeitsmarkt nicht verfügbar war und aus diesem Grund kein Arbeitslosengeld hätte beanspruchen können. Dies schloß aber weder ihre Fähigkeit noch ihre subjektive Bereitschaft aus, bei der Beklagten weiterzuarbeiten. Denn sie wohnt in unmittelbarer Nähe des Betriebes und konnte jedenfalls bis zur Arbeitsfreistellung im Juni 1983 ihre Tätigkeit im Betrieb mit der Betreuung ihres Kleinkindes vereinbaren.

3. Schließlich geht auch die Rüge der Revision fehl, die Beklagte schulde jedenfalls ab 1. Oktober 1983 nur noch die Hälfte der vereinbarten Vergütung, weil die Klägerin durch ihr in dem Kündigungsschreiben vom 30. Juni 1983 unterbreitetes Angebot einer Halbtagsbeschäftigung abgelehnt habe.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Hierzu hat das Berufungsgericht - in anderem Zusammenhang - ausgeführt, dieses Angebot sei durch die fristlose Kündigung vom 30. August 1983 gegenstandslos geworden. Die Beklagte habe nicht behauptet, die Klägerin darauf hingewiesen zu haben, der in dem Kündigungsschreiben angebotene Arbeitsplatz stehe ihr gleichwohl zur Verfügung.

Diese Würdigung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Durch die ohne Vorbehalt in dem Schreiben vom 30. August 1983 erklärte fristlose Kündigung hatte die Beklagte zum Ausdruck gebracht, daß sie das aufgrund der ordentlichen Kündigung erst zum 30. September 1983 auslaufende Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung als beendet ansehe und demgemäß auch eine eingeschränkte Weiterbeschäftigung ablehne. Die Revision geht - in anderem Zusammenhang - selbst davon aus, daß durch die fristlose Kündigung die aufgrund des Kündigungsschreibens vom 30. Juni 1983 getroffene Vereinbarung über die Arbeitsfreistellung der Klägerin geendet habe. Ihr Einwand, die Klägerin hätte ihre Bereitschaft zur Leistung von Halbtagsarbeit erklären müssen, nachdem sie das Änderungsangebot nicht gemäß § 2 KSchG angenommen habe, ist ungegründet. Nachdem die Klägerin gegen die Änderungskündigung keine Änderungsschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG, sondern die allgemeine Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG erhoben hatte, war Gegenstand dieses Kündigungsrechtsstreits, ob das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung zum 30. September 1983 beendet worden ist oder nicht. Das Berufungsgericht hat diese Kündigung in dem Vorprozeß deshalb für sozial ungerechtfertigt angesehen, weil die Beklagte ihre Pflicht zur sozialen Auswahl verletzt



hatte. Nachdem auch die Rechtsunwirksamkeit der fristlosen Kündigung festgestellt worden ist, steht rechtskräftig fest, daß das Arbeitsverhältnis zu den früheren Bedingungen fortbestanden hat. Die Beklagte war deshalb zur Weiterbeschäftigung der Klägerin zu diesen Bedingungen verpflichtet. Um den A n n a h m e v e r - z u g zu beenden, hätte sie nach der neueren Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 14. November 1985 - 2 AZR 98/84 - EzA § 615 BGB Nr. 46, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) der Klägerin diese vertraglich weiter geschuldete Arbeit zuweisen u n d die Kündigung zurücknehmen müssen. Hätte sie eine Halbtagsbeschäftigung unter Aufrechterhaltung der Kündigung angeboten, hätte ein böswilliges Unterlassen nach § 615 Satz 2 BGB und deshalb eine entsprechende Minderung der Lohnfortzahlungspflicht in Betracht gezogen werden können. In jedem Falle hätte die Initiative von der Beklagten und nicht von der Klägerin ausgehen müssen, nachdem mit der Erklärung der fristlosen Kündigung auch das Angebot auf Teilzeitbeschäftigung für die Folgezeit nicht mehr aufrechterhalten worden war.

Hillebrecht

Triebfürst

zugleich für den durch
Urlaub an der Unterschrift
verhinderten Richter Ascheid

Timpe

Dr. Bensinger



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)