

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Nein

98

Gesetz: BGB §§ 295, 615

Leitsätze:

In der Erhebung der Kündigungsschutzklage liegt im allgemeinen das wörtliche Angebot der Arbeitsleistung gemäß § 295 BGB, jedoch dann nicht, wenn in der Kündigungsschutzklage der Kläger selbst vorträgt, krank zu sein. Dann bedarf es nach seiner Wiedergenesung eines erneuten wörtlichen Angebots.

Aktenzeichen: 2 AZR 301/70

Urteil des BAG vom 26. August 1971

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Verkündet
am 26. August 1971

gez. Mißler,

Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

98

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. August 1971 durch den Vizepräsidenten Dr. König, die Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling und den Bundesrichter Dr. Rengier sowie die Bundesarbeitsrichter Kerrmann und Dr. Hautmann für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 24. Juli 1970 - 2 Sa 372/70 - wird mit folgender Maßgabe zurückgewiesen:

Die Verurteilung der Beklagten hinsichtlich des Lohnanspruchs des Klägers wird in Höhe des 3.100,- DM brutto abzüglich 1.856,40 DM netto nebst 4 % Zinsen seit dem 1. März 1970 übersteigenden Betrages aufgehoben.

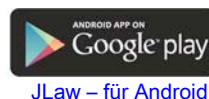
Insoweit wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

- 2 -



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



Tatbestand:

Der Kläger war vom 19. März 1969 an bei der Beklagten, einer Baustoff- und Transportfirma, als Laderfahrer beschäftigt. Am 3. November 1969 verfuhr er dort seine letzte Arbeitsschicht. Am 4. November erkrankte er und war bis zum 2. Dezember 1969 arbeitsunfähig. Seine Erkrankung teilte die Ehefrau des Klägers telefonisch der Beklagten mit, und zwar, wie der Kläger behauptet, bereits am 6. November 1969, während die Beklagte behauptet, diese telefonische Benachrichtigung sei erst am 11. November 1969 erfolgt. Die Ehefrau des Inhabers der Beklagten beantwortete die Krankmeldung mit einer sofortigen Kündigung, die rückwirkend zum 3. November 1969 gelten sollte. Auch der Allgemeinen Ortskrankenkasse teilte die Beklagte mit, daß das Arbeitsverhältnis zum 3. November 1969 gelöst sei. Die Arbeitspapiere übersandte die Beklagte mit Schreiben vom 20. November 1969, in dem es wie folgt heißt:

"Betr.: Arbeitsverhältnis

Sie arbeiteten zuletzt am 3. Nov. 1969 in meiner Kiesgrube N -D . Erst am 11. Nov. 1969 - also nach 8 Tagen - meldeten Sie sich hier telefonisch wegen Krankheit ab.

Nach Verstreichen der gesetzlich vorgeschriebenen 3 Tage, die Ihnen zur Entschuldigung zur Verfügung standen, wartete ich noch bis zum 10. Nov., um Sie von der Allg. Ortskrankenkasse usw. abzumelden.

Für mich gilt das Arbeitsverhältnis seit dem 3.11.69 als gelöst.

In der Anlage erhalten Ihre Arbeitspapiere."

Unter dem 2. Dezember 1969 beanstandete der Kläger die übersandte Arbeitsbescheinigung und forderte die Beklagte zur richtigen Ausfüllung auf; er sei nicht Hilfsarbeiter, sondern Laderfahrer.

Am 27. November 1969 reichte er Klage beim Arbeitsgericht Herne - 3 Ca 1389/69 - ein mit dem Antrage:

Es wird festgestellt, daß der Kläger in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zum Beklagten steht,

hilfsweise, daß durch eine etwa ausgesprochene Kündigung das Arbeitsvertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgelöst worden ist.



Diesen Antrag stellte der Kläger auch im Termin vom 22. Dezember 1969. Bezüglich der im Schlußtermin vor dem Arbeitsgericht gestellten Anträge heißt es im Protokoll:

Der Klägervertreter stellt den Antrag aus der Klageschrift.

Der Beklagtenvertreter beantragt Klageabweisung.

Die Parteien verhandelten mit den gestellten Anträgen streitig zur Sache.

Den Parteien wurde Einsicht in das ärztliche Attest gewährt.

Der Klägervertreter beantragt

festzustellen, daß eine etwa dem Kläger am
11. November 1969 ausgesprochene fristlose
Kündigung rechtsunwirksam ist.

Der Beklagtenvertreter beantragt

Klageabweisung.

Das Arbeitsgericht hat im Tatbestand seines Urteils als vom Kläger gestellt lediglich den Antrag erwähnt:

festzustellen, daß eine etwa dem Kläger am 11. November 1969 ausgesprochene fristlose Kündigung rechtsunwirksam ist.

Es hat aber den Tenor seiner Entscheidung wie folgt gefaßt:

"Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch eine etwaige außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 11. November 1969 nicht aufgelöst worden ist, sondern weiter fortbesteht."

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte kein Rechtsmittel eingelegt.

Der Kläger hat Ende Februar 1970 eine neue Klage gegen die Beklagte eingereicht, mit der er zunächst eine Abrechnung über Krankengeldzuschuß und Zahlung von Arbeitslohn abzüglich des bis zum 28. Februar 1970 gezahlten Arbeitslosengeldes verlangt hat. Er hat unter Beweisantritt - Benennung seines Bruders E van D als Zeugen - behauptet, der Beklagten am 3. und 4. Dezember 1969 seine Arbeit angeboten zu haben. Außerdem verweist er auf seine im Gütetermin des



Vorprozesses am 16. Dezember 1969 zu Protokoll genommene Erklärung, er sei seit 14 Tagen wieder arbeitsfähig und arbeitslos. Nachdem die Beklagte geltend gemacht hatte, sie habe dem Kläger doch am 11. November und 20. November 1969 gekündigt, und diese Kündigungen müßten mindestens - was im Vorprozeß nicht geprüft sei - als ordentliche Kündigungen das Arbeitsverhältnis fristgemäß beendet haben, und nachdem sie außerdem dem Kläger nochmals mit Schriftsatz vom 14. März 1970 gekündigt hatte, hat der Kläger seine Anträge dahin erweitert, festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien auch über den 22. November 1969 hinaus ungekündigt fortbesteht und auch nicht durch die mit Schriftsatz der Beklagten vom 14. März 1970 ausgesprochene Kündigung, zugegangen am 16. März 1970, aufgelöst worden ist. Ferner hat er beantragt, das Arbeitsverhältnis durch Urteil aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer angemessenen Kündigungsabfindung zu verurteilen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde.

Das Arbeitsgericht hat die begehrte Feststellung getroffen, es hat das Arbeitsverhältnis zum 31. März 1970 aufgelöst und die Beklagte zur Zahlung einer Kündigungsabfindung von 1.200,- DM verurteilt. Ferner hat es die Beklagte verurteilt, an den Kläger 1.943,60 DM brutto (Saldo von 3.800,- DM brutto abzüglich erhaltener 1.856,40 DM netto) nebst 4 % Zinsen seit dem 1. März 1970 zu zahlen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte mit dem Ziele der Klageabweisung Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung im wesentlichen zurückgewiesen, jedoch eine geringfügige Veränderung im Rechenwerk zugunsten der Beklagten vorgenommen und die Kosten zu 1/84 dem Kläger und zu 83/84 der Beklagten auferlegt.

Hiergegen hat die Beklagte Revision eingelegt, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist, da das Arbeitsgericht den Streitwert auf 8.400,- DM festgesetzt hat, gemäß § 72 Abs. 1 Satz 4 ArbGG statt-



haft. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es richtig war, das Dreimonatsentgelt nach § 12 Abs. 7 ArbGG doppelt für die Streitwertfestsetzung zu berücksichtigen. Denn die hierzu vom Arbeitsgericht gegebene Begründung, es handele sich hier nicht einheitlich um einen das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses betreffenden Rechtsstreit, vielmehr werde der Rechtsstreit, soweit die vor dem 21. November 1969 ausgesprochenen Kündigungen den Gegenstand des Feststellungsantrags bilden, um die Rechtskraft des im Vorprozeß ergangenen Urteils geführt, ist weder offensichtlich und auf den ersten Blick erkennbar falsch noch unverständlich oder unter keinem vernünftigen Gesichtspunkt zu rechtfertigen (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 9 ArbGG).

II. Den Ausführungen des angefochtenen Urteils über die Rechtskraftwirkung des im Vorprozeß 3 Ca 1389/69 ergangenen Urteils vom 5. Februar 1970 ist im Ergebnis beizupflichten.

Es kann dahingestellt bleiben, ob man in dem Brief der Beklagten vom 20. November 1969 nicht doch eine eigenständige Kündigung sehen müßte, die für den Fall gelten sollte, daß die zuvor von der Ehefrau des Inhabers der Beklagten gegenüber der Ehefrau des Klägers ausgesprochene Kündigung unwirksam war. Denn der Wille der Beklagten, sich auf jeden Fall vom Kläger endgültig zu trennen, kommt in diesem Briefe unzweideutig zum Ausdruck.

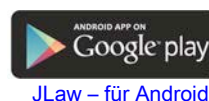
Diese Kündigung ist jedoch ebenso wie die vorangegangene mit der Klage des Klägers rechtzeitig angegriffen worden. Denn mit seiner am 27. November 1969 bei Gericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, daß er in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zur Beklagten steht. Es könnte sich nur fragen, ob er durch seinen im Termin vom 5. Februar 1970 - auch - gestellten Antrag, festzustellen, daß eine etwa dem Kläger am 11. November 1969 ausgesprochene fristlose Kündigung rechtsunwirksam ist, den im gleichen Termin bereits gestellten und auch protokollierten die Kündigung vom 20. November 1969 miterfassenden Klageantrag hat fallenlassen.



Im Tatbestand des Urteils ist nur der auf die Kündigung vom 11. November 1969 sich beziehende Antrag wiedergegeben worden. Bei einem Widerspruch zwischen Protokoll und Tatbestand geht gemäß § 314 Satz 2 ZPO das Protokoll vor. Man könnte nun allerdings das Protokoll auch dahin lesen, daß vor der Einsicht in das ärztliche Attest andere Anträge als danach gestellt worden sind und der weitergehende ursprüngliche Klageantrag nicht im Stadium der Nachverhandlung gestellt worden ist. Es spricht aber nicht der geringste Anhalt dafür, daß der Kläger eine etwa im Schreiben vom 20. November 1969 liegende und auch von der Klageschrift erfaßte Kündigung nach Einsichtnahme in das von seinem Arzte stammende Attest nicht mehr angreifen, sondern hinnehmen wollte.

Hinzu kommt, daß im Tenor des Urteils im Vorprozeß eine Entscheidung getroffen worden ist, die dem ursprünglichen Klageantrag entspricht, indem nämlich das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses festgestellt worden ist. Das spricht dafür, daß das Gericht, wenngleich es das im Tatbestand vergessen hat zu erwähnen, den ursprünglichen Klageantrag noch neben dem neu formulierten nur die Kündigung vom 11. November 1969 erfassenden Antrag als weitergestellt angesehen hat.

Aber selbst wenn der Kläger im Termin vom 5. Februar 1970 zum Schluß nur noch einen die Kündigung vom 11. November 1969 ansprechenden Antrag gestellt haben sollte, so hat doch eben das Arbeitsgericht im Urteil vom 5. Februar 1970 die Feststellung getroffen, daß das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Das wäre dann zwar ein Verstoß gegen § 308 ZPO gewesen, aber die Beklagte hat keine Berufung eingelegt, das Urteil ist - mit dem unterstellten Fehler - rechtskräftig geworden. Es steht somit unter den Parteien rechtskräftig fest, daß bis zum 5. Februar 1970 das Arbeitsverhältnis fortbestanden hat. Wenn die Revision meint, mit der Feststellung des Fortbestehens sei offensichtlich nur ein Fortbestehen trotz Kündigung vom 11. November 1969 gemeint, so wird das - wie dargelegt - durch die Prozeßgeschichte, die Anträge des Klägers und das Protokoll vom 5. Dezember 1970 widerlegt.



III. Die Kündigung der Beklagten vom 14./16. März 1970 hat das Arbeitsgericht mit der Begründung als sozialwidrig angesehen, die Beklagte habe keine neuen Gründe vorgetragen, die diese Kündigung als sozial gerechtfertigt erscheinen lassen könne. Das Landesarbeitsgericht ist dem auf S. 13 des Urteils gefolgt und hat ausgeführt, die Beklagte könne sich auf Gründe, die bereits Gegenstand des Vorprozesses waren, nicht berufen, auch könne sie dem Kläger nicht vorwerfen, er habe keine Bereitwilligkeit zur Weiterarbeit gezeigt, da er ja zum Protokoll im Vorprozeß vom 16. Dezember 1969 auf seine wiedererlangte Arbeitskraft hingewiesen habe. Die Revision hat hierzu keinerlei Rügen erhoben, weder prozessuale noch materielle. Der Senat sieht in der Würdigung des Sachverhalts durch das Landesarbeitsgericht keinen Rechtsverstoß.

IV. Das Arbeitsgericht hat dem Antrage des Klägers gemäß das Arbeitsverhältnis zum 31. März 1970 aufgelöst und die Beklagte zur Zahlung einer Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG (n.F.) verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung, soweit sie sich hierauf bezog, zurückgewiesen und dazu dargestellt, dem Kläger sei, da eine vernünftige Zusammenarbeit zwischen den Parteien nicht mehr zu erwarten sei, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten. Diesen Teil der Entscheidung hat die Revision weder mit prozessualen noch materiellen Rügen angegriffen. Er läßt auch keine Rechtsfehler erkennen. Das Landesarbeitsgericht hat die vom Arbeitsgericht auf 1.200,- DM festgesetzte Höhe der Abfindung in Anbetracht der Dauer der Betriebszugehörigkeit und des Lohnes des Klägers sowie der Umstände der Kündigung für angemessen bezeichnet. Die Beklagte hält den Betrag für zu hoch. Dem Revisionsgericht ist es versagt, die Erwägungen des Tatrichters zur Bemessung der Abfindung, soweit sie nicht gerade rechtsfehlerhaft oder ersichtlich unvollständig sind, durch eigene Erwägungen zu verdrängen. Da ein Rechtsfehler in der Abwägung des Landesarbeitsgerichts nicht ersichtlich ist und das Landesarbeitsgericht hier auch die in Betracht kommenden Faktoren - einmal die Umstände der Kündigung und



zum anderen die noch verhältnismäßig kurze Dauer der Beschäftigung des Klägers sowie die Höhe seines Lohnes - in Betracht gezogen hat, mußte es bei der vom Tatrichter festgesetzten Höhe der Abfindung bleiben (vgl. BAG AP Nr. 17 zu § 72 ArbGG, Leitsatz 2).

V. Dagegen war das Urteil hinsichtlich des auf § 615 BGB gestützten Lohnanspruchs des Klägers aufzuheben, soweit dem Kläger mehr als 3.100,- DM brutto abzüglich 1.856,40 DM netto nebst 4 % Zinsen seit dem 1. März 1970 zugesprochen worden sind. Wegen des überschießenden Betrages, der sich auf die Zeit bis zum 16. Dezember 1969 bezieht, ist der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif.

Dem Landesarbeitsgericht kann nämlich insofern nicht gefolgt werden, als es hier bereits in der Erhebung der Kündigungsschutzklage ein wörtliches Angebot zur Arbeit gesehen und infolgedessen einen Annahmeverzug der Beklagten von diesem Zeitpunkt an bejaht hat. Wenn auch im Regelfall in der Erhebung der Kündigungsschutzklage ein nach § 295 BGB erforderliches wörtliches Angebot liegt (vgl. BAG 10, 202 = AP Nr. 18 zu § 615 BGB), so gilt doch das hier nicht. Denn hier hat in der Kündigungsschutzklage selbst der Kläger auf seine Erkrankung hingewiesen. Er hat damit eine Erklärung abgegeben, die das Gegenteil eines Arbeitsangebots ist. Deshalb bedurfte es hier nach Wiedergenesung des Klägers noch eines besonderen Angebots (vgl. hierzu auch Schaub in AR-Blattei, Annahmeverzug I, "Der Annahmeverzug des Arbeitgebers" unter B I 2 b). Ein solches hat er spätestens durch seine zu Protokoll des Vorprozesses genommene Erklärung am 16. Dezember 1969 abgegeben. Von diesem Zeitpunkt an war die Beklagte bestimmt in Annahmeverzug; für die Zeit nach diesem Termin mußte es bei der Verurteilung zur Lohnzahlung bleiben.

Ob es für die Zeit vom 2. bis 16. Dezember 1969 auch dabei verbleibt oder hier die Lohnzahlung mangels eines Annahmeverzugs der Beklagten entfällt, hängt davon ab, ob der Kläger, wie er behauptet und die Beklagte bestreitet, bereits am 3. und 4. Dezember 1969 durch seinen Bruder seine Arbeitskraft



der Beklagten angeboten hat. Dies bedarf noch der Klärung.
Deshalb mußte das Urteil, soweit es die Beklagte für diesen
Zeitraum zur Lohnzahlung nach § 615 BGB verurteilt hatte,
aufgehoben werden.

Vizepräsident
Dr. König ist
beurlaubt

Dr. Meier-Scherling

Dr. Rengier

gez. Dr. Meier-Scherling

Dr. Hautmann

Kerrmann

