

Aktenzeichen: 2 AZR 324/84

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 12. September 1985
- 2 AZR 324/84 -

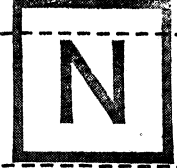
I. Arbeitsgericht
Minden

Urteil vom 15. November 1983
- 2 Ca 872/83 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 17. Mai 1984
- 9 Sa 2514/83 -

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



Entscheidungsstichwort:

Verzug des ArbGs bei Verurteilung zur Beschäftigung

Gesetz: BetrVG § 102 Abs. 3 und 5; BGB § 284 Abs. 2, §§ 280, 287
Satz 2, §§ 615 i.V.m. 293 ff.; ZPO §§ 322, 580 Ziff 7 a,
§ 515; KSchG § 1 Abs. 2

Leitsatz:

Widerspricht der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung
mit der Begründung, der Arbeitnehmer könne an demselben
Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden, liegt ein ordnungs-
gemäßer Widerspruch i.S. von § 102 Abs. 5 i.V.m. § 102
Abs. 3 BetrVG nicht vor.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 324/84

9 Sa 2514/83 Hamm

Verkündet am
12. September 1985

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbemater
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. September 1985 durch den Richter Professor Dr. Röhler als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Wellhausen und Mauer für Recht erkannt:



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



1. Die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 17. Mai 1984 - 9 Sa 2514/83 - werden zurückgewiesen.

2. Von den Kosten der Revisionen tragen die Beklagte 4/7 und der Kläger 3/7.

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 als Kraftfahrer beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde aus betriebsbedingten Gründen ordentlich zum 19. November 1982 gekündigt. Der Betriebsrat hatte der Kündigung fristgemäß mit der Begründung widersprochen, vor einer Entlassung eines Fleischfahrers sollten die Überstunden bei den Fleischfahrern abgebaut werden. Der Kläger hat der Beklagten seine Arbeitskraft nach Ablauf der Kündigungsfrist angeboten. In dem hiergegen vor dem Arbeitsgericht Minden unter dem Aktenzeichen 2 Ca 1400/82 geführten Kündigungsrechtsstreit wurde durch Urteil vom 1. Februar 1983 entschieden:

"Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 29. 10. 1982 nicht zum 19. 11. 1982 beendet worden ist.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits zu den bisherigen Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.



Der Streitwert wird auf 17.250,-- DM festgesetzt."

In den Entscheidungsgründen hat das Arbeitsgericht zu dem Beschäftigungsanspruch ausgeführt, nachdem es festgestellt habe, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung nicht beendet worden sei, sei die Beklagte verpflichtet, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen. Die Beklagte hat gegen das Urteil Berufung eingelegt, in der Berufungsbegründung aber zu dem Weiterbeschäftigungsanspruch nicht Stellung genommen. In der Sitzungsniederschrift über die Berufungsverhandlung vom 21. Juni 1983 wurde protokolliert:

"Beide Parteien erklärten übereinstimmend, daß der Anspruch des Klägers auf tatsächliche Weiterbeschäftigung während des laufenden Kündigungsrechtsstreits kein Gegenstand des Berufungsverfahrens ist."

Das Landesarbeitsgericht hat durch Urteil vom 21. Juni 1983 auf die Berufung der Beklagten das am 1. Februar 1983 verkündete Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Von den Kosten des Rechtsstreits I. Instanz hat es der Beklagten 2/5 und dem Kläger 3/5 auferlegt sowie diesem die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens. Den Streitwert hat es für die Berufungsinstanz neu auf 10.500,-- DM festgesetzt.

Der Kläger hat der Beklagten seine Arbeitskraft auch nach Zustellung des arbeitsgerichtlichen Urteils angeboten. Mit der vorliegenden Klage macht er daher aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs für den Zeitraum vom 20. November 1982 bis



20. Juni 1983 den Lohn geltend, den er bei Annahme des Arbeitsangebots erhalten hätte.

In der Berufungsverhandlung hat er hierzu vorgetragen, nach der Urteilszustellung habe er kurz mit dem technischen Betriebsleiter B gesprochen, der ihm gesagt habe, Arbeit sei nicht vorhanden. Daraufhin sei er gegangen und habe gesagt, er sei telefonisch zu erreichen, er sei immer zur Arbeitsaufnahme bereit.

Der als Vertreter des persönlich geladenen Vorstandsvorsitzenden Br der Beklagten zur Verhandlung erschienene Betriebsleiter B hat hierzu erklärt, er könne sich an Einzelheiten des nur wenige Sätze umfassenden Gesprächs mit dem Kläger nicht erinnern, es sei denkbar, daß der Kläger es richtig wiedergegeben habe.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn für den Zeitraum vom 20. November 1982 bis 20. Juni 1983 Lohn in Höhe von 20.793,63 DM brutto abzüglich der im gleichen Zeitraum von der Bundesanstalt für Arbeit erhaltenen Leistung in Höhe von 9.536,80 DM netto nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 28. September 1983 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie vorgetragen, nach rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage fehle eine Anspruchsgrundlage für die geforderte Zahlung. Der Kläger habe nur einen Titel auf



Beschäftigung bis zur rechtskräftigen Beendigung des Kündigungsschutzstreits gehabt. Er hätte die Möglichkeit gehabt, aufgrund des Titels zu vollstrecken. Es sei seine eigene Nachlässigkeit, daß er dies nicht getan habe. Im Übrigen sei der Anspruch verfallen. Nach § 17 des Manteltarifvertrages für die Arbeitnehmer der Fleischwarenindustrie im Land Nordrhein-Westfalen seien gegenseitige Ansprüche aller Art innerhalb einer Ausschlußfrist von drei Monaten seit Entstehung des Anspruchs geltend zu machen. Dies habe der Kläger nicht getan.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 12.753,46 DM abzüglich von der Bundesanstalt für Arbeit für den Zeitraum vom 9. Februar bis 20. Juni 1983 gezahlter 5.928,69 DM zuzüglich 4 % Zinsen seit dem 28. September 1983 auf den dem Kläger auszukehrenden Nettobetrag, zu zahlen. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision begehrt die Beklagte die Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts, soweit dieses der Klage stattgegeben hat und die Abweisung der Klage, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen. Mit der Anschlußrevision begehrt der Kläger die Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts, soweit es die Klage abgewiesen hat und beantragt, die Beklagte auch insoweit zur Zahlung zu verurteilen, während die Beklagte beantragt, die Anschlußrevision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Revision und Anschlußrevision sind nicht begründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dem Kläger stehe unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs Lohn für die Zeit vom 9. Februar 1983 bis 20. Juni 1983 zu. Die Beklagte sei durch das insoweit rechtskräftig gewordene Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 1. Februar 1983, dem Kläger am 8. Februar 1983 zugestellt, verurteilt worden, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsrechtsstreits weiterzubeschäftigen. Dieser Verpflichtung sei die Beklagte nicht nachgekommen, obwohl der Kläger seine Arbeitskraft im Anschluß an die Zustellung des Urteils unverzüglich angeboten habe. Die Tatsache, daß der Kläger davon abgesehen habe, den Versuch zu unternehmen, die Weiterbeschäftigung durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu erzwingen, führe zu keiner anderen Beurteilung. Es widerspreche dem Gebot der Redlichkeit, den Arbeitnehmer trotz rechtlicher Verpflichtung nicht weiterzubeschäftigen und ihm dann im Rechtsstreit über den Verzugslohn darauf zu verweisen, er habe ja die Weiterbeschäftigung mit Zwangsmitteln durchsetzen können, obwohl gerade dies eine weitere Zusammenarbeit nach einer erfolgreichen Beendigung des Kündigungsrechtsstreits belastet hätte. Der Anspruch sei auch nicht nach § 17 MTV für Arbeitnehmer der Fleischwarenindustrie von NW verfallen. Diese Ausschlußfrist verlange noch nicht einmal eine schriftliche Geltendmachung. Der Kläger habe anläßlich seines erneuten Arbeitsangebotes am 9. Februar 1983 die Vergütungsansprüche sogar ausdrücklich geltend gemacht.



Soweit der Kläger Vergütungsansprüche für die Zeit vom 20. November 1982 bis 8. Februar 1983 geltend gemacht hat, hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die Begründung des Urteils des Arbeitsgerichts die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Das Arbeitsgericht hatte ausgeführt, während dieser Zeit hätten zwischen den Parteien keinerlei Rechtsbeziehungen bestanden. Zur Weiterbeschäftigung sei die Beklagte erst verurteilt worden, nachdem in der ersten Instanz festgestellt worden sei, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung zum 19. November 1982 nicht beendet worden sei.

B. Die Revision der Beklagten war zurückzuweisen, weil insoweit den Ausführungen des Berufungsgerichts zwar nicht in der Begründung, jedoch im Ergebnis gefolgt werden kann.

I. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der vom Kläger geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht verfallen.

1. Nach § 17 MTV für Arbeitnehmer der Fleischwarenindustrie in NW verfallen alle gegenseitigen Ansprüche aus dem Beschäftigungsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlußfrist von drei Monaten seit Entstehung des Anspruchs geltend gemacht worden sind. Das Bundesarbeitsgericht hat in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, ein Arbeitnehmer könne durch Erhebung der Kündigungsschutzklage die Zahlungsansprüche schriftlich geltend machen, die während des Kündigungsschutzprozesses fällig werden und von seinem Ausgang abhängen. Dies wird damit begründet, dem von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer komme es



nicht allein auf die Erhaltung des Arbeitsplatzes an, sondern im Regelfalle auch auf die Sicherung der Ansprüche, die durch den Verlust des Arbeitsplatzes verloren gehen könnten, mithin um die Zahlungsansprüche für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist. Dieses Klageziel sei dem Arbeitgeber im allgemeinen auch erkennbar (BAG 29, 152, 156 = AP Nr. 60 zu § 4 TVG Ausschlußfristen, zu 2 a der Gründe, m.w.N.; BAG 30, 135, 137 = AP Nr. 63 zu § 4 TVG Ausschlußfristen, zu 1 b der Gründe und BAG Urteil vom 21. Juni 1978 - 5 AZR 144/77 - AP Nr. 65 zu § 4 TVG Ausschlußfristen).

2. Vorliegend ist der Zahlungsanspruch des Klägers vom Ausgang des Rechtsstreits über die Kündigung und über seine Weiterbeschäftigung abhängig. In der Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung und auf Weiterbeschäftigung ist dementsprechend auch die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs zu sehen. Davon ist auch die Beklagte ausgegangen, wie das Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 7. Juli 1983 zeigt; in diesem Schreiben wird darauf hingewiesen, die Beklagte wäre ja ohnehin aufgrund der Klageerhebung zur Lohnnachzahlung verpflichtet gewesen, wenn das Landesarbeitsgericht rechtskräftig festgestellt hätte, die Kündigung sei rechtsunwirksam.

II. Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht, soweit es angenommen hat, die Beklagte sei unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs verpflichtet, den geltend gemachten Lohn seit der Zustellung des Urteils weiterzuzahlen, durch das sie zur Weiterbeschäftigung verurteilt worden ist.



1. Nach § 615 BGB kann der Dienstverpflichtete die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs bestimmen sich nach den §§ 293 ff. BGB. Zwar hat das Landesarbeitsgericht durch Bezugnahme auf das Urteil des Arbeitsgerichts für den Senat nach § 561 Abs. 2 ZPO bindend festgestellt, daß der Kläger am 22. November 1982 der Beklagten erfolglos seine Arbeit angeboten habe. In Annahmeverzug hat die Beklagte aber nur geraten können, wenn zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis bestand, aufgrund dessen der Kläger verpflichtet war, die Arbeitsleistung zu erbringen, die Beklagte andererseits berechtigt war, die Dienstleistung entgegenzunehmen. Dies hat das Berufungsgericht aber zu Unrecht angenommen.

2. Das Arbeitsgericht hat im Vorprozeß festgestellt, die Kündigung habe das Arbeitsverhältnis nicht beendet und die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen. Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte insgesamt Berufung eingelegt. Jedoch haben die Prozeßbevollmächtigten der Parteien in der Berufungsverhandlung vom 21. Juni 1983 zu Protokoll erklärt, daß der Anspruch des Klägers auf tatsächliche Weiterbeschäftigung während des laufenden Kündigungsrechtsstreits kein Gegenstand des Berufungsverfahrens ist. In dieser Erklärung ist hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsanspruchs die Zurücknahme der Berufung mit Zustimmung des Klägers gemäß § 515 ZPO zu sehen. Dieser Auffassung war auch das Landesarbeitsgericht im Vorprozeß, das im Ur-



teil vom 21. Juni 1983 das Urteil des Arbeitsgerichts
t e i l w e i s e abänderte und die Kündigungsschutzklage ab-
wies, den Streitwert neu auf 10.500,-- DM für das Berufungsver-
fahren (statt 17.250,-- DM beim Arbeitsgericht) festsetzte und
der Beklagten 2/3 der Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz
auferlegte.

3. Der rechtskräftigen Feststellung der Beendigung des Ar-
beitsverhältnisses durch die Kündigung vom 29. Oktober zum
19. November 1982 steht damit die rechtskräftige Verurteilung
der Beklagten zur Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen
Beendigung des Rechtsstreits gegenüber.

a) Steht aufgrund des Urteils des Landesarbeitsgerichts aber
rechtskräftig fest, daß zwischen den Parteien nach Ablauf der
Kündigungsfrist das bisherige Arbeitsverhältnis nicht mehr be-
stand, war die Beklagte auch nicht mehr berechtigt, von dem Klä-
ger aufgrund des bisherigen Arbeitsverhältnisses seine Arbeits-
leistung zu fordern. Für die Begründung eines neuen Arbeitsver-
hältnisses hat der Kläger nichts vorgetragen.

b) Die Verurteilung der Beklagten zur Weiterbeschäftigung bis
zur rechtskräftigen Beendigung des Kündigungsrechtsstreits ist
ebenfalls in Rechtskraft erwachsen. Sie begründet aber auch kein
Rechtsverhältnis, aufgrund dessen die Beklagte berechtigt wäre,
die Arbeitsleistung des Klägers zu fordern.

aa) Bei der Ermittlung des rechtskräftigen Entscheidungsinhalts



ist von der Entscheidungsformel auszugehen. Nur soweit diese nicht ausreicht, sind Tatbestand und Entscheidungsgründe heranzuziehen (BGHZ 34, 337). Vorliegend ist dem Urteilstenor eindeutig zu entnehmen, daß die Beklagte verurteilt ist, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsrechtsstreits zu den bisherigen Bedingungen weiterzubeschäftigen. Dennoch ist zur Ermittlung des Umfangs der Rechtskraft auf die Entscheidungsgründe des Urteils des Arbeitsgerichts im Kündigungsschutzverfahren zurückzugreifen. Denn die Beklagte kann sowohl zur Weiterbeschäftigung aufgrund des besonderen Weiterbeschäftigungsanspruchs nach § 102 Abs. 5 BetrVG als auch aufgrund des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs verurteilt worden sein. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen beider Beschäftigungsansprüche sind unterschiedlich: Der besondere Beschäftigungsanspruch des § 102 Abs. 5 BetrVG setzt keine unwirksame Kündigung voraus; liegen seine Voraussetzungen vor, besteht das bisherige Arbeitsverhältnis **k r a f t G e s e t z e s** fort und wird nur auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage (vgl. Dietz/ Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 102 Rz 206; KR-Etzel, 2. Aufl., § 102 BetrVG Rz 215; Otto, RdA 1975, 68, 69; Schaub, NJW 1981, 1807, 1811, alle m.w.N.). Dementsprechend bestehen bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage auch die beiderseitigen Hauptpflichten fort, so daß der Arbeitgeber Gläubiger der Arbeitsleistung bleibt und in Annahmeverzug gerät, wenn er die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht annimmt, selbst wenn die Kündigungsschutzklage später rechtskräftig abgewiesen wird (Dietz/Richardi, aaO, § 102, Rz 216, m.w.N.).



Der allgemeine Beschäftigungsanspruch setzt nach dem Beschluß des Großen Senats vom 27. Februar 1985 (GS 1/84) das Fortbestehen des durch Vertrag begründeten Arbeitsverhältnisses voraus. Fehlt diese Voraussetzung, wird sie nicht durch ein fehlerhaftes Urteil ersetzt, das dennoch zur Weiterbeschäftigung verurteilt. Vorliegend hat das Arbeitsgericht die Verurteilung zur Weiterbeschäftigung damit begründet, die Kündigung sei unwirksam und habe das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Das Arbeitsgericht hat dem Kläger also den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch zusprechen wollen, der - wie der Beschäftigungsanspruch - das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraussetzt. Gerade die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat das Landesarbeitsgericht im Vorprozeß aber rechtskräftig festgestellt. In Rechtskraft erwachsen ist daher nur die **V e r p f l i c h - t u n g** der Beklagten, den Kläger bis zur rechtskräftigen Beendigung des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen.

bb) Es stehen sich also zwei einander widersprechende rechtskräftige Urteile gegenüber. In einem solchen Falle geht nach der Rechtsprechung des BGH das frühere Urteil dem späteren vor (vgl. BGH Urteil vom 13. März 1981 - V ZR 115/80 - NJW 1981, 1517, 1518). Der Senat schließt sich der Auffassung des BGH an, denn für dessen Ansicht spricht § 580 Ziffer 7 a ZPO, wonach die Restitutionsklage damit begründet werden kann, daß eine Partei ein in derselben Sache erlassenes **f r ü h e r** rechtskräftig gewordenenes Urteil auffindet.

c) Aus der Rechtskraft des Urteils, das zur Beschäftigung ver-



urteilt hat, ergibt sich aber nur eine Beschäftigungs-
p f l i c h t der Beklagten (Prozeßrechtl. Theorie der materi-
ellen Rechtskraft; vgl. BGHZ 34, 337). Dagegen ergibt sich aus
dem rechtskräftig gewordenen Teil der Urteilsformel des Arbeits-
gerichts nicht, daß der Kläger verpflichtet war, der Beklagten
seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, diese also Dienst-
berechtigte i.S. von § 615 BGB gewesen ist. Dementsprechend
liegen die Voraussetzungen für einen Anspruch unter dem Ge-
sichtspunkt des Annahmeverzugs nicht vor.

III. Der zugesprochene Zahlungsanspruch ist aber unter dem Ge-
sichtspunkt der Unmöglichkeit begründet.

Die Verpflichtung, den Kläger zu beschäftigen, wurde fällig
mit der Verkündung des Urteils des Arbeitsgerichts. Von diesem
Zeitpunkt an hätte die Beklagte den Kläger auf dessen Wunsch be-
schäftigen müssen. Statt dessen hat sie seine Beschäftigung trotz
seines tatsächlichen Arbeitsangebots nach der Zustellung des Ur-
teils am 8. Februar 1983 abgelehnt. Somit ist die Beklagte gemäß
§ 284 Abs. 2 BGB in Schuldnerverzug geraten. In den Urteilen vom
9. August 1984 - 2 AZR 374/83 - (NZA 1985, 119 f.) und vom
21. März 1985 - 2 AZR 201/84 - (zur Veröffentlichung vorgesehen)
hat der Senat hierzu klargestellt, daß es sich bei dem Arbeits-
vertrag um ein Fixgeschäft handelt, soweit es um die Mitwir-
kungspflicht des Arbeitgebers geht (vgl. auch MünchKomm-Emme-
rich, BGB, § 323 Rz 14; Neumann-Duesberg, DB 1969, 261; Fabri-
cius, Leistungsstörung im Arbeitsverhältnis, 1970, S. 118), so
daß der Verzug auch ohne Mahnung eintritt. Auch in der Literatur



wird zum Teil gesehen, daß der Arbeitgeber wegen schuldhafter Verzögerung der Erfüllung seiner Beschäftigungspflicht in Schuldnerverzug geraten kann und dann den Verzugsschaden zu ersetzen hat (Fabricius, aaO, S. 98).

Die Verzugsvorschriften gelten aber nur solange, wie die Leistung noch möglich ist. Die Verzugsvorschriften setzen grundsätzlich die Nachholbarkeit der Leistung voraus (RGZ 97, 9; Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 317; Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 1981, § 34 I 2; MünchKomm-Walchshöfer, § 284 BGB Rz 21).

Bei Dauerschuldverhältnissen wie dem Arbeitsverhältnis kann die geschuldete Mitwirkungspflicht bei der Beschäftigung nur ausnahmsweise nachgeholt werden (vgl. MünchKomm-Walchshöfer, § 284 BGB Rz 26). Vorliegend war die Beklagte aufgrund des Urteils des Arbeitsgerichts verpflichtet, den Kläger b i s z u r r e c h t s k r ä f t i g e n B e e n d i g u n g d e s R e c h t s s t r e i t s zu beschäftigen. Als der Kläger am 22. September 1983 Klage auf Zahlung erhob, war die Kündigungsschutzklage bereits durch Urteil vom 21. Juni 1983 rechtskräftig abgewiesen. Die Beklagte konnte zu diesem Zeitpunkt den Kläger nicht mehr entsprechend ihrer Verpflichtung aus dem Beschäftigungsurteil in der Zeit bis zum r e c h t s k r ä f t i g e n A b s c h l u ß des Kündigungsrechtsstreits beschäftigen. Während des Verzuges ist der Beklagten also die geschuldete Leistung unmöglich geworden mit der Rechtsfolge, daß die Beklagte zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist, und zwar ohne



Rücksicht darauf, ob die Beklagte die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht (§§ 280, 287 Satz 2 BGB). Der Schaden besteht in dem entgangenen Verdienst abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes, so daß dem Kläger unter dem Gesichtspunkt der während des Schuldnerverzugs eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung gerade das zusteht, was das Berufungsgericht dem Kläger unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zugesprochen hat. Dementsprechend war die Revision zurückzuweisen.

C. Die Anschlußrevision war ebenfalls zurückzuweisen. Mit ihr begehrt der Kläger, das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufzuheben, soweit es die Zahlungsklage für die Zeit vom 20. November 1982 bis 8. Februar 1983 abgewiesen hat. Der Kläger ist der Auffassung, auch für diese Zeit stehe ihm der Lohn abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes zu mit der Begründung, die Beklagte habe sich in Annahmeverzug befunden. Der Kläger stützt sich dabei auf den besonderen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG.

I. Nach § 102 Abs. 5 BetrVG hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf dessen Verlangen bis zum rechtskräftigen Abschluß des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen, wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen hat und der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben hat, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.



Dem Annahmeverzug beim Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG steht nicht entgegen, daß die Kündigungsschutzklage rechtskräftig abgewiesen worden ist, da zu den Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 BetrVG gerade nicht ein obsiegendes Urteil gehört, vielmehr das bisherige Arbeitsverhältnis auflösend bedingt durch die Abweisung der Kündigungsschutzklage fortgesetzt wird (vgl. Ausführungen unter B).

Der Betriebsrat hat der Kündigung auch fristgemäß widersprochen, der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben und seine Weiterbeschäftigung verlangt. Dennoch hat ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers nicht bestanden, den die Beklagte verletzt haben könnte, weshalb auch der Anspruch auf Zahlung des Lohns für die Zeit vom 20. November 1982 bis 8. Februar 1983 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs unbegründet ist.

II. Voraussetzung für einen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG ist das Vorliegen eines ordnungsgemäßen Widerspruchs (vgl. Dietz/Richardi, aaO, § 102 Rz 232 und Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke, BetrVG, 2. Aufl., § 102 Rz 102, beide mit zahlreichen Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung).

1. Der Widerspruch des Betriebsrats vom 22. Oktober 1982 ist aber nicht ordnungsgemäß, weil er sich nicht auf einen der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Widerspruchsgründe bezieht. Zwar läßt das Urteil des Arbeitsgerichts vom 1. Februar 1983 nicht klar erkennen, ob es sich mit dem Widerspruch des Betriebsrats

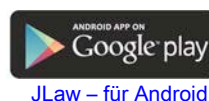


auseinandergesetzt hat und nur den allgemeinen Beschäftigungsanspruch zuerkannt hat, weil es die Voraussetzungen für den besonderen Beschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG nicht für gegeben hielt. Der Senat hat aber den Widerspruch selbst auslegen können, denn ihm sind alle Umstände bekannt, die bei der Auslegung zu berücksichtigen sind, da der Widerspruch schriftlich abzufassen ist, wie sich nicht zuletzt aus § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 KSchG ergibt (vgl. Dietz/Richardi, aaO, § 102 Rz 155; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, 14. Aufl., § 102 Rz 38; Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 102 Rz 80; Kraft, GK-BetrVG, 3. Bearbeitung, § 102 Rz 59, alle m.w.N.). Der Widerspruch wird ausschließlich damit begründet, "vor einer Entlassung eines Fleischfahrers sollte unbedingt der Abbau von Überstunden bei den Fleischfahrern vorgenommen werden". Mit dieser Begründung wird in Zweifel gezogen, ob das Bedürfnis nach Beschäftigung des Klägers entfallen ist, also ob ein dringender betrieblicher Grund für die Kündigung vorliegt, dagegen wird keiner der fünf in § 102 Abs. 3 BetrVG abschließend aufgezählten Widerspruchsgründe angesprochen. Entgegen der Auffassung des Klägers hat der Betriebsrat nicht zum Ausdruck bringen wollen, der Kläger könne an einem **a n d e r e n** Arbeitsplatz beschäftigt werden. Vielmehr ergibt sich aus der Begründung des Widerspruchs, daß nach Auffassung des Betriebsrats der Kläger bei Abbau der Überstunden an demselben Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden könnte.

2. Entgegen der Auffassung des Klägers und einer Minderheit im Schrifttum (Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke, aaO, § 102 Rz 83;



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



KR-Etzel, § 102 BetrVG Rz 164; Klebe/Schumann, Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß, 1981, S. 155 ff., 157, m.w.N.) kann aber der Kündigung nicht mit der Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf dem **b i s h e r i g e n** Arbeitsplatz widersprochen werden (Dietz/Richardi, aaO, § 102 Rz 137; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 142; Stege/Weinspach, BetrVG, 5. Aufl., § 102 Rz 134; Hanau, BB 1972, 451, 454; Otto, RdA 1975, 70; Löwisch, DB 1978, Beilage 7, S. 4; Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 102 Rz 62 a; LAG Hamm Urteil vom 31. Januar 1979 - 8 Sa 1578/78 - EzA § 102 BetrVG Beschäftigungspflicht Nr. 6; LAG Düsseldorf Urteil vom 2. September 1977 - 4 Sa 1060/77 - BB 1978, 963 und LAG Hamburg Urteil vom 27. September 1982 - 5 Sa 91/82 - DB 1983, 126). Hierfür spricht der **e i n d e u t i g e** Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Wenn der Gesetzgeber in § 102 Abs. 3 BetrVG dem Betriebsrat ein Widerspruchsrecht nur gibt, wenn der zu kündigende Arbeitnehmer an einem **a n d e r e n** Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann, rechtfertigt dies nicht den Schluß, dann müsse erst recht ein Widerspruchsrecht bestehen, wenn der Arbeitnehmer auf seinem bisherigen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden könne (so aber KR-Etzel, aaO, m.w.N.). Auch aus der Entstehungsgeschichte der Norm läßt sich nicht entnehmen, daß diese anders als nach ihrem Wortlaut zu verstehen wäre und auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhte (vgl. dazu auch Klebe/Schumann, aaO, S. 155). § 102 Abs. 5 BetrVG, der eine Weiterbeschäftigungspflicht bei Widerspruch des Betriebsrats begründet, geht auf den CDU/CSU-Entwurf (BT-Drucks. VI/1806) zurück. Nach ihm sollte der Betriebsrat den Widerspruch nur darauf stützen



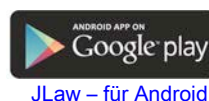
können, daß die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist. Dagegen sah der Regierungsentwurf eine Verknüpfung von Widerspruch des Betriebsrats und Kündigungsschutzgesetz vor. Nach dem Regierungsentwurf sollte dem Betriebsrat nur ein Widerspruchsrecht in den fünf Fällen zustehen, die dann auch in § 102 Abs. 3 BetrVG Gesetz geworden sind. Entsprechend der Äußerung des Ausschuß-Berichterstatters, des Abgeordneten Zink (CDU/CSU) sind der Regierungsentwurf und CDU/CSU-Entwurf während der Ausschußberatung in der Weise zusammengefaßt worden (Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 6. Wahlperiode, 150. Sitzung vom 10. November 1971, S. 8591 (C)), daß der Betriebsrat aus den im Regierungsentwurf enthaltenen fünf Gründen der beabsichtigten Kündigung widersprechen konnte und mit dem ordnungsgemäßen Widerspruch sich entsprechend dem CDU/CSU-Entwurf eine Weiterbeschäftigungspflicht nach § 102 Abs. 5 BetrVG verband.

Für die vom Senat vorgenommene Auslegung spricht auch die Verbindung von § 102 Abs. 3 BetrVG und § 1 Abs. 2 KSchG. Hat der Betriebsrat aus einem der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Gründe (mit Ausnahme der nicht ausreichenden sozialen Auswahl) widersprochen, entstehen absolute Kündigungsausschlußgründe, wenn der Widerspruch begründet ist. Dagegen hat der Gesetzgeber einen solchen Kündigungsausschlußgrund gerade nicht für den Fall normiert, in dem der Arbeitnehmer an demselben Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann und der Betriebsrat aus diesem Grunde der Kündigung widersprochen hat.

3. Aus alledem ergibt sich, daß nicht davon ausgegangen werden



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



kann, es bestehe eine unbewußte Lücke im Gesetz. Vielmehr muß aufgrund von Wortlaut, Entstehungsgeschichte und systematischem Zusammenhang von § 102 Abs. 3 BetrVG und § 1 Abs. 2 KSchG davon ausgegangen werden, daß es der Wille des Gesetzgebers war, dem Betriebsrat nur einen Widerspruch zu geben, wenn es nach dessen Auffassung möglich war, den Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen. Liegt dementsprechend ein ordnungsgemäßer Widerspruch des Betriebsrats nicht vor, hat auch ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers für die Zeit vom 20. November 1982 bis 8. Februar 1983 nicht bestehen können, so daß die Anschlußrevision ebenfalls zurückzuweisen war.

D. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Röhsler

Triebfürst

Dr. Weller

Wellhausen

Mauer



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)