

Aktenzeichen: 2 AZR 665/94
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 26. Juli 1995
- 2 AZR 665/94 -

I. Arbeitsgericht
Aachen

Urteil vom 21. April 1993
- 2 Ca 2604/92 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 27. Oktober 1993
- 7 Sa 710/93 -

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

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug

Gesetz:

BGB §§ 615, 296

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 665/94

7 Sa 710/93 Köln

Verkündet am
26. Juli 1995

Jatz,
Reg.-Obersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. Juni 1995 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bröhl und

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

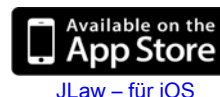
Dr. Fischermeier sowie die ehrenamtliche Richterin Nipperdey
und den ehrenamtlichen Richter Walter für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 27. Oktober 1993 - 7 Sa 710/93 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 21. April 1993 - 2 Ca 2604/92 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß Zinsen nur aus dem Nettobetrag zu zahlen sind.
3. Auf die Anschlußberufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.931,34 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 13. Oktober 1992 zu zahlen.
4. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

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 ist Niederländer mit Wohnsitz in den Niederlanden. Er war von 1986 bis zum 30. Oktober 1992 bei der Beklagten als Akustikmonteur zu einem Stundenlohn von zuletzt 22,14 DM beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis, auf das der allgemeinverbindliche Bundesrahmentarifvertrag Bau (BRTV-Bau) anzuwenden ist, endete aufgrund eigener Kündigung des Klägers. Die Beklagte unterhält zwei Betriebsstätten. Zu der einen Betriebsstätte gehört ein Lager in Aachen. Die beiden Gesellschafter der Beklagten wollten die Gesellschaft aus Altersgründen nicht fortführen. Der Schwiegersohn des einen Gesellschafters, Herr H N , arbeitete in einer der Betriebsstätten der Beklagten als Betriebsleiter. Zugleich gründete er 1992 die N Akustikbau GmbH (im folgenden: N). Er baute dieses Unternehmen parallel zu



seiner Funktion als Betriebsleiter der Beklagten auf und erwarb von der Beklagten u.a. die Lkws. Zehn ursprünglich bei der Beklagten beschäftigte Arbeitnehmer wechselten zu der N

Ende 1991 kam es zwischen der Beklagten und ihren Arbeitnehmern, u.a. dem Kläger zu Streitigkeiten um Fahrtkosten, die zur Einschaltung der zuständigen Gewerkschaft führten. Am 26. Mai 1992 fand eine Betriebsratswahl statt, bei der der Kläger und sein Kollege Ho als Wahlvorstand fungierten und der Arbeitnehmer P zum Betriebsobmann gewählt wurde. Am 11. Juni 1992 kam es zwischen dem Kläger, den Arbeitnehmern P und Ho und dem Betriebsleiter N zu Meinungsverschiedenheiten. Die drei Arbeitnehmer sollten auf einer Baustelle in Köln arbeiten. Obwohl der Betriebsleiter die Erstattung der Fahrtkosten zusicherte, weigerten sich der Kläger und seine beiden Kollegen, in eigenen Fahrzeugen zu der Baustelle zu fahren. Der Betriebsleiter gab nach einem Telefonat mit einem der Gesellschafter der Beklagten im Verlauf des Gesprächs eine Erklärung ab, die der Kläger als fristlose Kündigung auffaßte. Am darauffolgenden Tag bot der Kläger erneut seine Arbeitskraft bei Arbeitsbeginn im Lager der Beklagten in Aachen an. Der Vorarbeiter der Beklagten erklärte daraufhin, er wisse nicht, was er mit dem Kläger und seinen Kollegen anfangen solle. Am 24. Juni 1992 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis schriftlich. Der Kläger erhob jeweils Kündigungsschutzklage. In der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 31. Juli 1992 erklärte die Beklagte, sie habe am 11. Juni 1992 keine Kündigung ausgesprochen. Soweit der Kläger ihre Äußerungen als Kündigung aufgefaßt habe, fühle sie sich hieran im Sinne einer Kündigung nicht gebunden. Die Kündigung vom



24. Juni 1992 nehme sie zurück. Der Kläger akzeptierte diese Erklärungen und stellte nur noch einen Weiterbeschäftigungsantrag, dem das Arbeitsgericht stattgab. Trotzdem beschäftigte die Beklagte den Kläger zu keinem Zeitpunkt weiter, obwohl der Kläger auch am 29. Juli 1992 seine Arbeitskraft erneut im Lager Aachen vergeblich angeboten hatte. Nachdem auch der Versuch einer Unterredung mit einem Gesellschafter der Beklagten erfolglos verlaufen war, bot der Kläger zuletzt seine Arbeitskraft am 10. August 1992 nochmals an.

Der Kläger verlangt von der Beklagten aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zuletzt noch 17.601,30 DM brutto für die Zeit vom 11. Juni bis 31. Oktober 1992. Er hat sich sowohl beim Arbeitsamt Aachen als auch beim Arbeitsamt Heerlen (Niederlande) arbeitssuchend gemeldet. Vom Arbeitsamt in Heerlen erhielt er zwar einen Vorschuß. Diesen muß er jedoch zurückzahlen, wenn er im vorliegenden Verfahren obsiegt.

Der Kläger meint, die Beklagte habe sich seit dem 11. Juni 1992 in Annahmeverzug befunden. Er habe die vertraglich geschuldete Leistung zur rechten Zeit am rechten Ort angeboten. Es sei Sache der Beklagten gewesen, den Transport der Kolonne zur Baustelle nach Köln zu organisieren. Grundsätzlich sei der Arbeitsinsatz vom Lager Aachen aus erfolgt. Arbeiter, die auf Baustellen im Fernbereich, wozu Köln gezählt habe, eingesetzt worden seien, seien mit ihrem Werkzeug stets mit Fahrzeugen der Beklagten vom Lager Aachen aus transportiert worden. Insgesamt habe er während des Arbeitsverhältnisses siebenmal längerfristig auf Baustellen in Köln gearbeitet und die Beklagte habe dabei stets

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



den Transport zur Baustelle sichergestellt. Lediglich im Nahbereich sei es vorgekommen, daß Arbeitnehmer der Beklagten Baustellen unmittelbar mit ihrem Pkw angefahren hätten. Der Beklagten hätten auch am 11. und 12. Juni 1992 Fahrzeuge zur Verfügung gestanden, andere Arbeitnehmer habe die Beklagte sogar nach Köln transportiert. In seinem kleinen Privatfahrzeug wäre es ihm nicht möglich gewesen, seine beiden Kollegen und sein umfangreiches Werkzeug (u.a. Werkzeugkiste 1 m x 0,25 m x 0,3 m; ein Hilti-Koffer mit Inhalt; Kabeltrommel; Bogenlampe; Elektroschere; Arbeitstasche; Spachtelgarnitur mit zwei Eimern) zu der Baustelle zu transportieren. Andere Verdienstmöglichkeiten habe er nicht gehabt. Ein konkretes Angebot der N habe nicht vorgelegen, eine Arbeit bei der N wäre ihm auch nach den Auseinandersetzungen unzumutbar gewesen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 10.007,29 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem Nettobetrag seit dem 13. Oktober 1992 sowie weitere 7.594,02 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem Nettobetrag seit dem 24. November 1992 zu zahlen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags geltend gemacht, der Kläger habe am 11. und 12. Juni 1992 zusammen mit seinen Kollegen die Arbeit rechtswidrig verweigert, indem er es wiederholt abgelehnt habe, im eigenen Auto oder mit öffentlichen Verkehrsmitteln nach Köln zu fahren. Die Fahrt nach Köln habe der Kläger selbst organisieren müssen. Seit mehr als 20 Jahren habe in ihrem Betrieb die Regelung bestanden, daß Akustikmonteure für die Fahrt zu den einzelnen Baustellen auch eigene



Fahrzeuge einzusetzen hätten. Ein Dienstfahrzeug habe am 11. und 12. Juni 1992 nicht zur Verfügung gestanden. Der Einsatz des Klägers auf der Baustelle in Köln sei auch erforderlich gewesen, durch den Einsatz von Fremdfirmen sei ihr ein Schaden in Höhe von 1.500,00 DM entstanden. Auch nach dem 11. Juni 1992 sei sie nicht in Annahmeverzug gesetzt worden. Am 12. Juni 1992 habe der Kläger keine Arbeitskleidung getragen und sei damit nicht zur Arbeitsaufnahme bereit gewesen. Auch einer Aufforderung, sich mit dem Gesellschafter in Verbindung zu setzen, sei der Kläger nicht nachgekommen. Es sei ihr auch nach Treu und Glauben nicht zuzumuten gewesen, den Kläger zu beschäftigen, dieser habe zustimmend genickt, als sein Kollege P am 11. Juni 1992 geäußert habe, er sei auf die Arbeit in ihrem Betrieb nicht angewiesen und werde die Stelle erst wechseln, wenn er die Firma "fertig und kaputt" gemacht habe. Schließlich habe es der Kläger böswillig unterlassen, einer anderen zumutbaren Tätigkeit nachzugehen. Die Firma L. habe händeringend Akustikmonteure gesucht. Außerdem habe Herr N dem Kläger mehrfach eine gleichwertige Stelle zu tariflichen Bedingungen in seinem Betrieb angeboten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage zum überwiegenden Teil stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie insgesamt abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen um einen Rechenfehler korrigierten ursprünglichen Klageantrag weiter.

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

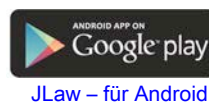


E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Soweit das Arbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung verurteilt hat, war das erstinstanzliche Urteil wieder herzustellen. Soweit das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen und der Kläger seinen Klageantrag in der Berufungsinstanz weiterverfolgt hat, war auf seine Anschlußberufung der Klage ebenfalls stattzugeben.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte habe sich zu keinem Zeitpunkt in Annahmeverzug befunden. Nach der tarifvertraglichen Regelung bleibe es den Arbeitnehmern selbst überlassen, wie sie zu einer Baustelle kämen. Der Kläger hätte deshalb sein Privatfahrzeug oder öffentliche Verkehrsmittel benutzen müssen. Zur Mitnahme des Werkzeugs auf die Baustelle sei er allerdings nicht verpflichtet gewesen. Daß die Beklagte nach der Auseinandersetzung mit dem Kläger und seinen Kollegen einen anderen Arbeitnehmer mit dem Bus zur Baustelle nach Köln gefahren habe, sei nicht als rechtsmißbräuchlich anzusehen. Auf eine betriebliche Übung könne sich der Kläger nicht berufen. Auch später habe der Kläger die Beklagte nicht in Annahmeverzug gesetzt. Dies hätte seine Erklärung vorausgesetzt, daß er nunmehr bereit sei, ohne die Bedingung einer Beförderung durch die Beklagte auf der Baustelle in Köln zu arbeiten.

II. Dem folgt der Senat nicht. Die Revision rügt zu Recht eine fehlerhafte Anwendung der §§ 615, 293 ff. BGB und eine Nichtbeachtung der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum



Annahmeverzug des Arbeitgebers nach Ausspruch und einvernehmlicher Rücknahme einer unwirksamen Kündigung.

1. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht den Annahmeverzug der Beklagten (§§ 296, 615 BGB) verneint. Dabei ist es im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, der Arbeitgeber gerate im Falle einer unwirksamen Kündigung in der Regel in Annahmeverzug, wenn er den Arbeitnehmer nicht aufgefordert habe, die Arbeit wieder aufzunehmen, ihm also keinen funktionstüchtigen Arbeitsplatz zur Verfügung stelle (Senatsurteil vom 9. August 1984 - 2 AZR 374/83 - BAGE 46, 234 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB). Es ist jedoch rechtsfehlerhaft, wenn das Landesarbeitsgericht meint, ein Annahmeverzug der Beklagten scheitere schon daran, daß der Kläger es zu Unrecht abgelehnt habe, selbst nach Köln zu fahren und damit nicht leistungsbereit gewesen sei. Zwar trifft es grundsätzlich zu, daß der Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung aus Annahmeverzug nach § 615 Satz 1 BGB nur verlangen kann, wenn er seine Arbeitsleistung am richtigen Ort, zur rechten Zeit und in der richtigen Weise tatsächlich angeboten und der Arbeitgeber sie nicht angenommen hat (§§ 293 ff. BGB). Gerade beim Ausspruch einer unwirksamen Kündigung durch den Arbeitgeber hat jedoch der Senat bereits entschieden, daß selbst eine Arbeitsunwilligkeit des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Kündigung nicht stets den Annahmeverzug des Arbeitgebers entfallen läßt (Senatsurteil vom 9. März 1995 - 2 AZR 552/94 - n.v., zu II 1 der Gründe). Auch im Fall eines vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Kündigung gilt, was der Senat entschieden hat (zuletzt im Urteil vom 27. November 1994 - 2 AZR 179/94 - AP Nr. 60 zu § 615 BGB, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorge-

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



sehen), nämlich daß der Arbeitgeber bei einem Festhalten an der Kündigung von sich aus den Arbeitnehmer zur Aufnahme der Arbeit anhalten muß, will er sich nicht von vornherein berechtigten Verzugslohnansprüchen aussetzen. Dem Arbeitgeber soll nicht trotz der Unwirksamkeit der Kündigung doch noch ein nachträglicher Erfolg durch Aberkennung des Verzugslohnanspruchs beschert werden (Senatsurteil vom 9. März 1995, aaO). Für den Fall des § 296 BGB ist die Bereitschaft zur sofortigen Leistung nicht erforderlich; vielmehr genügt es, wenn geleistet werden kann, sobald der Gläubiger zur Annahme oder sonstigen Mitwirkung gemäß § 296 BGB bereit ist. Unentschieden gelassen hat der Senat lediglich den hier nicht vorliegenden Fall, daß die Leistungsunwilligkeit des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer unwirksamen arbeitgeberseitigen Kündigung wirklich definitiv feststeht.

2. Das Berufungsgericht hat für den Senat bindend (§ 561 ZPO) festgestellt, die Beklagte habe dem Kläger am 11. Juni 1992 mündlich fristlos gekündigt. Es hat in den Entscheidungsgründen seines Urteils, was ausreichend ist, festgestellt, der Betriebsleiter der Beklagten habe am Ende des Gesprächs vom 11. Juni 1992 dem Kläger eine fristlose Kündigung übermittelt; diese Kündigung sei nach § 15 Abs. 3 KSchG rechtsunwirksam gewesen und aus diesem Grund von der Beklagten "zurückgenommen" worden. Die Beklagte hat gegen die Feststellung, sie habe am 11. Juni 1992 dem Kläger fristlos gekündigt, keine Gegenrügen erhoben. Diese Feststellung entspricht im übrigen auch dem letzten Vorbringen der Beklagten in den Tatsacheninstanzen: Das substantiierte Vorbringen des Klägers über das fragliche Telefonat und die anschließende Erklärung



des Betriebsleiters hat die Beklagte zuletzt nicht mehr bestritten, sondern auf eine Aktennotiz ihres Betriebsleiters Bezug genommen, in der es ebenfalls heißt, der Betriebsleiter habe mündlich die fristlose Kündigung ausgesprochen.

Diese fristlose Kündigung der Beklagten war auch nach § 15 Abs. 3 KSchG unwirksam. Erst recht ist von der Unwirksamkeit dieser Kündigung auszugehen, nachdem die Beklagte vor dem Arbeitsgericht im Einverständnis mit dem Kläger erklärt hat, sie fühle sich an ihre Äußerung im Sinne einer Kündigung nicht mehr gebunden. In den Fällen einer im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer zurückgenommenen Kündigungserklärung gehen die Arbeitsvertragsparteien, soweit keine abweichende Regelung erfolgt, von der Unwirksamkeit der Kündigung und damit auch für die Frage des Annahmeverzugs vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses aus (Senatsurteil vom 17. April 1986 - 2 AZR 308/85 - AP Nr. 40 zu § 615 BGB). Bereits die Tatsache, daß die Beklagte nach Ausspruch der unwirksamen und später einverständlich zurückgenommenen Kündigung dem Kläger keinen Arbeitsplatz mehr zur Verfügung stellte, begründete damit ihren Annahmeverzug.

3. Der Anspruch des Klägers scheitert nicht, wie das Berufungsgericht meint, an seiner fehlenden Leistungsbereitschaft. Es kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob in Fällen einer wirklich definitiv feststehenden Leistungsunwilligkeit des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer unwirksamen Kündigung Annahmeverzug zu bejahen wäre. Der Kläger war nach dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt jedenfalls am 11. Juni 1992 berechtigt, die Fahrt nach Köln mit seinem Privatfahrzeug oder öffentlichen Ver-



kehrsmitteln zu verweigern. Die Beklagte hat deshalb zu Unrecht das Verhalten des Klägers an diesem Tag als Anzeichen für seine endgültige Leistungsunwilligkeit gewertet und jedenfalls voreilig zu dem äußersten Mittel der fristlosen Kündigung gegriffen.

Zu Unrecht ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, der Kläger sei am 11. Juni 1992 verpflichtet gewesen, nach der entsprechenden Diskussion mit dem Betriebsleiter die Baustelle in Köln mit seinem Privatfahrzeug bzw. öffentlichen Verkehrsmitteln aufzusuchen. Zwar ist nach § 7 BRTV-Bau der Arbeitnehmer grundsätzlich verpflichtet, seine Arbeitskraft auf der Baustelle anzubieten. Diese tarifvertragliche Vorschrift kann jedoch zugunsten der Arbeitnehmer einzelvertraglich abbedungen werden (§ 4 Abs. 3 TVG). Auch eine betriebliche Übung kann eine solche für den Arbeitnehmer günstigere Regelung darstellen. Selbst wenn man, was angesichts des festgestellten Sachverhalts zumindest zweifelhaft ist, mit dem Berufungsgericht davon ausgehen würde, die Beklagte sei nicht aufgrund einer betrieblichen Übung verpflichtet gewesen, die Arbeitnehmer mit ihren Fahrzeugen auf Fernbaustellen zu transportieren, bedeutet dies noch nicht, daß der Kläger der plötzlichen Aufforderung des Betriebsleiters am 11. Juni 1992, die Arbeitnehmer sollten selbst für ihren Transport zur Baustelle sorgen, nachzukommen hatte. Der Kläger hat unter Angabe konkreter Tatsachen vorgetragen, daß er jahrelang auf Fernbaustellen stets vom Bauhof aus durch die Beklagte befördert worden ist, ohne daß die Beklagte diesem Vortrag mit substantiiertem Vorbringen



entgegengetreten wäre (§ 138 Abs. 3 ZPO). Der Kläger verhielt sich damit durchaus vertragsgerecht, als er am 11. Juni 1992 auf dem Bauhof erschien. Die Weisung des Betriebsleiters, der Kläger solle für die Fahrt nach Köln sein Privatfahrzeug bzw. öffentliche Verkehrsmittel benutzen, entsprach nicht der Billigkeit (§ 315 BGB). Unter den gegebenen Umständen war es für den Kläger sowohl unzumutbar, öffentliche Verkehrsmittel zu benutzen, als auch sein Privatfahrzeug einzusetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Beklagten unstreitig bei Inkaufnahme eines geringen Umwegs zumutbare andere Beförderungsmöglichkeiten zur Verfügung standen. Will der Arbeitgeber ohne triftigen Grund abweichend von einer jahrelangen Handhabung dem Arbeitnehmer plötzlich zumuten, unter Mitnahme seines umfangreichen Werkzeugs den Weg zu einer entfernt liegenden Baustelle mit öffentlichen Verkehrsmitteln bzw. seinem Privatfahrzeug zurückzulegen, so muß er dem Arbeitnehmer jedenfalls ausreichend Gelegenheit geben, sich auf die neue betriebliche Situation einzustellen. Einer entsprechenden Weisung des Arbeitgebers, zumal wenn sie zu einem Zeitpunkt nach Arbeitsbeginn erteilt wird, zu dem z.B. die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel kaum mehr einen Sinn gibt und die Weisung aus der Sicht des Arbeitnehmers eher als schikanös erscheint, braucht der Arbeitnehmer nicht zu folgen. Erst recht kann aus der Weigerung des Arbeitnehmers nicht auf seine endgültige Leistungsunwilligkeit geschlossen werden.

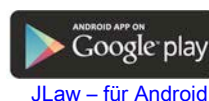
4. Die Beklagte hat auch keinen schlüssigen Sachvortrag dafür geliefert, daß der Kläger zu irgendeinem Zeitpunkt nach Ausspruch der unwirksamen Kündigung seine endgültige Leistungsunwilligkeit



zum Ausdruck gebracht hätte, so daß möglicherweise ab diesem Zeitpunkt der Annahmeverzug hätte entfallen können.

5. Ebenso wenig war es der Beklagten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unzumutbar, die Arbeitsleistung des Klägers anzunehmen (vgl. dazu allg. MünchArbR-Boewer, § 76 Rz 34 f.). Die Beklagte hat zwar behauptet, Herr P habe im Zuge der Auseinandersetzung am 11. Juni 1992 geäußert, er sei auf die Stelle bei der Beklagten nicht angewiesen und habe Arbeit genug, er wolle jedoch zunächst die Beklagte "fertig und kaputt machen" und dann erst seinen Arbeitsplatz wechseln, der Kläger habe zustimmend genickt, als der Betriebsleiter N dem Gesellschafter den Sachverhalt am Telefon geschildert habe. Abgesehen davon, daß dieser prozessuale Vortrag nicht mit der unter Datum vom 11. Juni 1992 erstellten Aktennotiz des Betriebsleiters N übereinstimmt, aus der sich lediglich ein zustimmendes Nicken des Herrn P ergibt, würde selbst ein zustimmendes Nicken des Klägers nicht den Schluß rechtfertigen, daß er die im Streit bekundete Äußerung des Herrn P sich selbst in irgendeiner Weise zueigen gemacht hat. Dagegen spricht, daß der Kläger sich selbst nicht ausdrücklich oder konkludent geäußert hat. Im Gegenteil rechtfertigt das wiederholte Anbieten der Arbeitsleistung in der Folgezeit die Annahme, daß der Kläger bereit war, im Falle vertragsgerechten Verhaltens der Beklagten seine Arbeitsleistung in der vertraglich geschuldeten Weise zu erbringen.

6. Es kommt nach alledem nicht mehr darauf an, ob, wofür nach dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt vieles



spricht, auch die anderen zahlreichen Arbeitsangebote des Klägers die Beklagte in Annahmeverzug versetzt haben.

7. Der Höhe nach schuldet die Beklagte dem Kläger den zuletzt geltend gemachten Betrag von 17.601,30 DM brutto als Verzugslohn. Dieser Betrag ist der Höhe nach nicht bestritten. Zinsen macht der Kläger in der Revisionsinstanz nur noch von dem sich ergebenden Nettobetrag geltend.

Der Betrag steht dem Kläger auch ungekürzt zu. Nach § 11 Nr. 2 KSchG, der für den Fall einvernehmlicher Kündigungsrücknahme entsprechend anzuwenden ist (Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Aufl., § 139 II 1, S. 1102, m.w.N.) muß sich der Arbeitnehmer auf die vom Arbeitgeber geschuldete Vergütung anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

a) Der Kläger hat anderweitigen Verdienst nicht erzielt. Den Vorschuß, den er vom Arbeitsamt Heerlen erhalten hat, muß er im Fall des Obsiegens mit der vorliegenden Klage zurückerstatten. Dies hat der Kläger unbestritten vorgetragen.

b) Er hat es auch nicht böswillig unterlassen, anderweitigen Verdienst zu erzielen.

aa) Böswillig im Sinne des § 11 Nr. 2 KSchG handelt der Arbeitnehmer, wenn er eine unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben zumutbare Tätigkeit nicht annimmt (BAG Urteil



vom 3. Dezember 1980 - 5 AZR 477/78 - AP Nr. 4 zu § 615 BGB Böswilligkeit, zu II 3 der Gründe). Er muß in Kenntnis der objektiven Umstände, d.h. Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber, vorsätzlich untätig bleiben oder die Arbeitsleistung verhindern (vgl. MünchArbR-Boewer, § 76 Rz 67, m.w.N.). Ein Arbeitnehmer handelt schon dann nicht böswillig im Sinne des § 615 Satz 2 BGB, wenn er während des Annahmeverzugs kein anderweitiges Dauerschuldverhältnis eingeht, das ihm die Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz erschwert (BAG Urteil vom 18. Juni 1965 - 5 AZR 351/64 - AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit, zu 1 b der Gründe). Das Bundesarbeitsgericht hat eine Erschwernis in dieser Entscheidung angenommen, wenn der Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit hat, so zeitgerecht wieder aus dem Dienst bei dem anderen Arbeitgeber auszuschcheiden, daß er im Falle des Obsiegens im Kündigungsschutzprozeß den Dienst bei dem bisherigen Arbeitgeber alsbald fortsetzen kann.

bb) Danach war der Kläger nicht verpflichtet, ein neues Arbeitsverhältnis bei der N aufzunehmen. Die Annahme eines solchen Angebots war dem Kläger unter Berücksichtigung von Treu und Glauben jedenfalls nicht zumutbar. Dabei fällt vor allem ins Gewicht, daß Herr N in seiner Funktion als Betriebsleiter der Beklagten ohne weiteres für ein vertragsgerechtes Verhalten der Beklagten und damit für die störungsfreie Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses hätte sorgen können.

cc) Der Vortrag schließlich, die Firma L. habe Arbeitnehmer gesucht, reicht schon deshalb nicht zur Begründung des böswilligen



Unterlassens anderweitigen Verdienstes aus, weil nicht ersichtlich ist, daß dem Kläger dieses Beschäftigungsangebot bekannt war oder vom Arbeitsamt angeboten wurde.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO. Die ursprünglich mit der Klage geltend gemachte Zuvielforderung ist verhältnismäßig gering und hat keine besonderen Kosten veranlaßt.

Etzel

Bröhl

Fischermeier

Nipperdey

J. Walter

