

Aktenzeichen: 2 AZR 681/87
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 8. April 1988
- 2 AZR 681/87 -

I. Arbeitsgericht
Göttingen

Urteil vom 10. März 1987
- 1 Ca 941/86 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 26. August 1987
- 7 Sa 481/87 -

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

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug bei unwirksamer Kündigung und Betriebs-
übergang

Gesetz:

BGB § 615, §§ 295, 296, 297, 613 a

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 681/87

7 Sa 481/87 Niedersachsen

Verkündet am
8. April 1988

Im Namen des Volkes!

Haust,

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

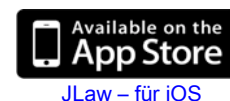
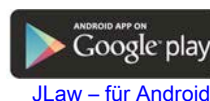
In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. April 1988 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Brocksiepe und Timpe für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 26. August 1987 - 7 Sa 481/87 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Göttingen vom



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



10. März 1987 - 1 Ca 941/86 - insoweit
abgeändert, als es die Zahlungsklage abge-
wiesen und über die Kosten entschieden hat.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin
weitere DM 13.109,99 brutto abzüglich
DM 5.745,60 netto nebst 4 % Zinsen aus dem sich
daraus ergebenden Nettobetrag seit dem 9. Dezem-
ber 1986 zu zahlen.

3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

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 Klägerin arbeitete seit 1971 zunächst als Zimmermädchen
und später als Hausdame bei den Rechtsvorgängern der Beklagten,
zuletzt bei der E Kur-, Sport- und Tagungsho-
tel GmbH (künftig: GmbH) in dem von dieser betriebenen Hotel. Ihr
Bruttogehalt betrug zuletzt 1.900,-- DM monatlich. Die GmbH
kündigte der Klägerin am 15. Februar 1985 zum 31. März 1985, am
28. Juni 1985 zum 31. Oktober 1985 und am 26. Juli 1985 zum
30. September 1985. Die hiergegen von der Klägerin gegen die
GmbH erhobenen Kündigungsschutzklagen hatten sämtlich Erfolg.

Das Grundstück, auf dem das Hotel betrieben wird, stand un-
ter Zwangsverwaltung. Bereits die GmbH hatte den Hotelbetrieb von
dem Zwangsverwalter gepachtet. Am 31. Oktober 1985 stellte sie
ihren Geschäftsbetrieb ein. Seitdem führt die Beklagte den Ho-
telbetrieb aufgrund eines mit dem Zwangsverwalter abgeschlossenen
Pachtvertrages fort.

Mit Schreiben ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 8. Oktober
1985 bot die Klägerin der GmbH ihre Arbeitskraft "über den



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

30. September 1985 hinaus" an. Am 12. Oktober 1985 erkrankte sie und war bis 2. März 1986 arbeitsunfähig. Mit Schreiben ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 7. November 1985 und 19. Januar 1986 teilte sie der Beklagten mit, sie sei bei der GmbH als Hausdame beschäftigt gewesen und habe sich gegen die von der GmbH ausgesprochenen Kündigungen ihres Arbeitsverhältnisses bisher erfolgreich vor Gericht gewehrt. Da die Beklagte nach Ablauf des 31. Oktober 1985 den Hotelbetrieb übernommen habe und fortführe, sei ihr Arbeitsverhältnis gem. § 613 a BGB auf die Beklagte übergegangen, die deshalb verpflichtet sei, sie weiterzubeschäftigen. Sie bitte um Mitteilung, wann sie ihre Arbeit aufnehmen könne und biete ihre Arbeitskraft ausdrücklich an. Letztmalig wiederholte sie ihr Arbeitsangebot am 3. Februar 1986, nach ihrer Darstellung auf eine vorausgegangene fernmündliche Anfrage der Beklagten, ob sie tatsächlich weiterarbeiten wolle.

In einem Schreiben ihres damaligen Anwalts vom 19. Februar 1986 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie sei nicht Rechtsnachfolgerin der GmbH. Es liege kein Betriebsübergang vor, der Rechte und Pflichten nach § 613 a BGB auslöse. Ansprüche müsse die Klägerin gegen die GmbH richten. Im übrigen weise sie vorsorglich darauf hin, daß es keine Arbeitsplätze als Hausdame gebe. Das Restaurant werde in kleinem Umfang betrieben.

Die Klägerin hat der Beklagten nicht angezeigt, daß sie ab 3. März 1986 wieder arbeitsfähig sei. Sie hat mit der am 2. Dezember 1986 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 9./10. Dezember 1986 zugestellten Klage die Fest-



stellung begehrt, daß ihr Arbeitsverhältnis mit der GmbH zum 1. November 1985 auf die Beklagte übergegangen sei und von der Beklagten Zahlung von Krankenlohn für die ersten sechs Wochen ihrer Arbeitsunfähigkeit sowie Verzugslohn für die Zeit vom 3. März bis 30. September 1986 in jeweils rechnerisch unstreitiger Höhe von 1.393,33 DM und 13.109,99 DM abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes von 5.745,60 DM brutto gefordert. Sie hat vorgetragen, der GmbH ihre Arbeitsunfähigkeit angezeigt zu haben.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der E Kur-, Sport- und Tagungshotel GmbH durch Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB auf die Beklagte zum 1. November 1985 übergegangen ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 14.503,32 DM brutto abzüglich 5.745,60 DM netto zuzüglich 4 % Zinsen auf den sich daraus ergebenden Nettobetrag zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Das Arbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung des Krankenlohns an die Klägerin verurteilt. Die weitergehende Zahlungsklage hat es mit der Begründung abgewiesen, die Beklagte sei nicht in Annahmeverzug geraten, da die Klägerin sie nach dem Ende ihrer Arbeitsunfähigkeit nicht erneut aufgefordert habe, ihr Arbeit zuzuweisen.

Gegen dieses Urteil hat nur die Klägerin im Umfang ihres Unterliegens Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren abgewiesenen Zahlungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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

Die Revision ist begründet. Der Klägerin steht für die Zeit vom 3. März bis 30. September 1986 der geltend gemachte Verzugslohn zu.

I. Streitgegenstand in der Revisionsinstanz ist, wie bereits in der Berufungsinstanz, ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Verzugslohn in Höhe von 13.109,99 DM brutto abzüglich 5.745,60 DM netto für die Zeit vom 3. März bis 30. September 1986. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien in diesem Zeitraum und damit eine der Voraussetzungen für den Lohnfortzahlungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nach § 615 BGB steht rechtskräftig fest. Denn die Beklagte hat gegen das Urteil des Arbeitsgerichts keine Berufung eingelegt, soweit es festgestellt hat, daß das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der GmbH gemäß § 613 a BGB auf die Beklagte übergegangen ist.

II. Die Beklagte hat sich im Anspruchszeitraum, wie § 615 BGB weiter voraussetzt, entgegen der Ansicht der Vorinstanzen auch im Verzug der Annahme der Dienste der Klägerin befunden.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Für den Annahmeverzug gelten auch im Arbeitsverhältnis die Bestimmungen der §§ 293 ff. BGB. Danach muß der Schuldner in der Regel die geschuldete Leistung tatsächlich anbieten. Nach § 295 BGB genügt ein wörtliches Angebot, wenn der Gläubiger erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist. Ist für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, bedarf es ausnahmsweise überhaupt keines Angebots des Schuldners, wenn der Gläubiger die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (§ 296 BGB).

2. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 9. August 1984, BAGE 46, 234 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB; Urteil vom 21. März 1985 - 2 AZR 201/84 - AP Nr. 35 zu § 615 BGB; zuletzt Urteil vom 29. Oktober 1987 - 2 AZR 144/87 - zur Veröffentlichung bestimmt) bedarf es nach einer unberechtigten fristlosen oder ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers 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 den Arbeitnehmer nicht aufgefordert hat, die Arbeit wieder aufzunehmen. Denn es bedarf einer nach dem Kalender bestimmten Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, nämlich der Einrichtung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes unter Zuweisung der Arbeit, damit der Arbeitnehmer die geschuldete (Arbeits-)Leistung erbringen kann.

Der Senat hat jedoch bereits in den beiden erstgenannten



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Grundsatzurteilen ausgesprochen, daß der Arbeitgeber während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht in Annahmeverzug geraten kann. Denn gemäß § 297 2. Alternative BGB kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner im Falle des § 296 BGB zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Da bei Arbeitsunfähigkeit dem Arbeitgeber nicht erkennbar ist, wann er dem Arbeitnehmer Arbeit zuzuweisen hat, muß der Arbeitnehmer nach seiner Gesundung den Arbeitgeber zwar nicht gem. § 295 Satz 1 BGB die Arbeit anbieten, ihn jedoch auffordern, ihm Arbeit zuzuweisen. Diese Aufforderung, die Mitwirkungshandlung vorzunehmen, steht nach § 295 Satz 2 BGB dem Leistungsangebot gleich. Ihrer bedarf es in allen Fällen, in denen der Arbeitgeber nicht erkennen kann, ob und von welchem Zeitpunkt an der Arbeitnehmer leistungsbereit und leistungswillig ist (ebenso Senatsurteile vom 11. Juli 1985 - 2 AZR 106/84 - EzA § 615 BGB Nr. 52 = NZA 1987, 57 sowie vom 6. November 1986 - 2 AZR 744/85 - nicht veröffentlicht).

3. Im vorliegenden Fall war die Klägerin in der Zeit vom 12. Oktober 1985 bis 2. März 1986 arbeitsunfähig krank und somit außerstande, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Weder die GmbH, zu der das Arbeitsverhältnis der Klägerin bis zum 31. Oktober 1985 bestand, noch die Beklagte, auf die es am 1. November 1985 gemäß § 613 a Abs. 1 BGB überging, befand sich deshalb gemäß § 297 BGB im Verzug der Annahme der Dienste der Klägerin. Hieran änderten auch die Leistungsangebote der Klägerin in den drei Schreiben ihrer Anwälte nichts.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im Zeitpunkt des ersten Schreibens vom 8. Oktober 1985, das an die GmbH als die damalige Arbeitgeberin gerichtet war, war die Klägerin zwar noch arbeitsfähig. Ein zu diesem Zeitpunkt bestehender Annahmeverzug der GmbH endete jedoch mit dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin am 12. Oktober 1985. Zwar ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, wann ein eingetretener Annahmeverzug endet. Jedoch ergibt sich aus dem unvereinbaren Gegensatz, in dem Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung zueinander stehen, daß der Annahmeverzug des Arbeitgebers endet, wenn die Arbeitsleistung, wie bei einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, nachträglich unmöglich wird (BAG Urteil vom 18. August 1961 - 4. AZR 132/60 - AP Nr. 20 zu § 615 BGB, m.w.N.; Senatsurteil vom 11. Juli 1985 - 2 AZR 106/84 - aaO). Annahmeverzug enfällt somit, wenn und solange das früher, hier am 8. Oktober 1985, wirksam erklärte Leistungsangebot durch nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung gegenstandslos wird.

Die weiteren Arbeitsangebote in den an die Beklagte gerichteten Anwaltsschreiben vom 7. November 1985 und 19. Januar 1986 sowie vom 3. Februar 1986 waren, wie auch das Berufungsgericht insoweit richtig erkannt hat, wirkungslos. Durch den Betriebsübergang und den dadurch gemäß § 613 a Abs. 1 BGB bewirkten Übergang des Arbeitsverhältnisses war die Beklagte in die Rechtsstellung der GmbH eingetreten. Hätte sich diese bei Betriebsübergang in Annahmeverzug befunden, hätte dieser Zustand auch im Verhältnis zur Beklagten fortbestanden (vgl. Senatsurteil vom 9. Juli 1987 - 2 AZR 467/86 - nicht veröffentlicht). Da der Annahmeverzug der GmbH jedoch bereits vor Betriebsübergang



geendet hatte, war das Arbeitsverhältnis in diesem Zustand auf die Beklagte übergegangen. Zur Zeit der drei weiteren an sie gerichteten Arbeitsangebote hatte die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung der Klägerin fortbestanden, so daß die Beklagte als die neue Arbeitgeberin durch diese Angebote gemäß § 297 1. Alternative BGB nicht in Annahmeverzug kommen konnte.

4. Die Beklagte ist jedoch, ausnahmsweise ohne die an sich gemäß § 295 Satz 2 BGB nach Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit erforderliche Aufforderung der Klägerin, ihr Arbeit zuzuweisen, für die Zeit vom 3. März bis 30. September 1986 in Annahmeverzug geraten, weil die Beklagte auf die - an und für sich untauglichen - Arbeitsangebote der Klägerin während ihrer Arbeitsunfähigkeit in dem Anwaltsschreiben vom 19. Februar 1986 eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, sie lehne unter allen Umständen, selbst bei Vorliegen eines - damals noch zwischen den Parteien umstrittenen - Betriebsübergangs eine Weiterbeschäftigung der Klägerin ab.

a) Der Senat hat in den Urteilen vom 9. August 1984 und 11. Juli 1985 (aaO, jeweils m.w.N.) ausgesprochen, der Arbeitgeber gerate nach Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers auch ohne dessen Aufforderung, ihm Arbeit zuzuweisen, dann in Annahmeverzug, wenn er selbst vorher erklärt habe, er verzichte auf eine weitere Tätigkeit des Arbeitnehmers nach Ausspruch der Kündigung. Dies hat der Senat dem Zweck der §§ 293 ff. BGB entnommen. Durch das tatsächliche oder wörtliche Angebot wie durch die Aufforderung zur Mitwirkungshandlung soll die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Leistungsbereitschaft des Schuldners klargestellt und außerdem der Zeitpunkt endgültig festgelegt werden, in dem der Gläubigerverzug beginnt. Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht nur gekündigt, sondern darüber hinaus eindeutig erklärt, daß er ihn auch nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit nicht weiterbeschäftigen will, hat er damit zugleich zu erkennen gegeben, daß ihn die Mitteilung des Beginns der Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers und damit auch des Annahmeverzugs nicht interessiert. In einem solchen Fall nochmals die Aufforderung zu verlangen, Arbeit zuzuweisen, wäre nach ganz herrschender Meinung durch den Gesetzeszweck nicht mehr gedeckt, sondern nur noch Förmerei.

b) Das Berufungsgericht ist dieser Rechtsprechung nicht gefolgt und hat zur Begründung ausgeführt, allein ein im Zustand der Leistungsbereitschaft abgegebenes Angebot des Schuldners könne den Annahmeverzug des Gläubigers begründen, wenn nicht für die von diesem vorzunehmende Handlung gemäß § 296 BGB eine Zeit nach dem Kalender bestimmt sei. Die Notwendigkeit eines nochmaligen Leistungsangebots des Arbeitnehmers sei deshalb auch dann nicht als Förmerei zu qualifizieren, wenn der Arbeitgeber das vorausgegangene, im Zustand fehlender Leistungsbereitschaft abgegebene wörtliche Angebot bereits abgelehnt und dabei zu erkennen gegeben habe, daß die Ablehnung ungeachtet etwaiger Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers erfolge.

c) Diese Ausführungen des Berufungsgerichts verfehlen jedoch die für die abgelehnte Rechtsprechung des Senats maßgebenden Gesichtspunkte. Der Senat geht gerade von dem Tatbestand des § 296



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BGB und somit davon aus, daß es einer nach dem Kalender bestimmten Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers bedarf, nämlich der Einrichtung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes und der Zuweisung der Arbeit, damit der Arbeitnehmer die geschuldete (Arbeits-)Leistung erbringen kann. Gleichwohl muß der Arbeitnehmer, sofern er zu der für diese Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers bestimmten Zeit arbeitsunfähig und damit nicht leistungsbereit ist, nach Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit den Arbeitgeber gemäß § 295 Satz 2 BGB auffordern, ihm Arbeit zuzuweisen, weil der Arbeitgeber während der Arbeitsunfähigkeit nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 297 2. Alternative BGB nicht in Annahmeverzug kommt und ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers nach der 1. Alternative dieser Vorschrift wirkungslos ist. Die Ansicht des Senats, die somit grundsätzlich notwendige Aufforderung des wieder gesunden Arbeitnehmers an den Arbeitgeber, ihm Arbeit zuzuweisen, sei dann entbehrlich, wenn dieser vorher erklärt habe, er werde ihn unter keinen Umständen mehr weiterbeschäftigen, beruht, wie vorstehend näher ausgeführt, darauf, daß der Arbeitgeber mit einer solchen Erklärung zu erkennen gibt, er sei an einer Klarstellung der Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers sowie der Festlegung des Beginns des Annahmeverzugs nicht interessiert. Denn damit wird eine Aufforderung des Arbeitnehmers nach § 295 Satz 2 BGB überflüssig, die, ebenso wie das Leistungsangebot nach § 295 Satz 1 BGB, dem Arbeitgeber (Gläubiger) gerade die Kenntnis jener für den Annahmeverzug wesentlichen Umstände vermitteln soll. Der Arbeitgeber verstößt deshalb gegen das sich aus Treu und Glauben ergebende Verbot des widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB), wenn er sich später darauf beruft,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Arbeitnehmer habe ihn nach Wiederherstellung seiner Arbeitsfähigkeit nicht zur Zuweisung von Arbeit aufgefordert. Kraft (Anm. zu EzA § 615 BGB Nr. 43, unter III) hält dem Senat entgegen, es sei nicht einzusehen, warum einem Arbeitnehmer ein wörtliches Angebot nicht zumutbar sein solle, wenn doch jedem Schuldner nach § 295 BGB ein solches Angebot zugemutet werde, selbst wenn der Gläubiger die Annahme der Leistung endgültig verweigert habe. Man solle die Vorschriften über den Annahmeverzug emotionslos anwenden, soweit sie mit dem Sinn und Zweck der Regelung vereinbar seien. Diese Einwände überzeugen nicht. Auch der Senat geht davon aus, daß die Ablehnung der Arbeitsleistung allein im Falle der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nach dem klaren Wortlaut des § 295 Satz 2 BGB eine Aufforderung des Arbeitnehmers, ihm Arbeit zuzuweisen, nicht überflüssig macht. Dies schließt aber Ausnahmen, die sich aus dem das gesamte Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, nicht aus. Ein solcher Ausnahmetatbestand, nämlich ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, und nicht der Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit für den Arbeitnehmer liegt jedoch der Senatsrechtsprechung zugrunde. Die Anwendung des § 295 BGB ist in diesen Fällen aus den dargelegten Gründen mit dem Sinn und Zweck der Regelung über den Annahmeverzug nicht mehr zu vereinbaren. Voraussetzung für die Entbehrlichkeit von Erklärungen nach § 295 BGB ist allerdings immer eine über die, z.B. in dem Ausspruch einer Kündigung liegende Ablehnung der Arbeitsleistung hinausgehende Erklärung des Arbeitgebers, die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ohne Rücksicht auf das Vorliegen der Voraussetzung des Annahmeverzugs endgültig abzulehnen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

d) Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Rechtsprechung des Senats zumindest dann abzulehnen sei, wenn zwischen den Arbeitsvertragsparteien nicht über die Wirksamkeit einer Kündigung, sondern über einen Betriebsübergang nach § 613 a BGB gestritten werde. Der Grund für den Streit um den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ist jedoch für die Anwendung des § 242 BGB im Geltungsbereich der Bestimmung über den Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB unerheblich. Diese setzen das Bestehen des (Schuld-)Arbeitsverhältnisses voraus und gelten unabhängig davon, ob sein Bestehen zeitweise bestritten oder unbestritten ist. Ist es bestritten, so liegt in der Berufung des Arbeitgebers auf den hierfür vorgebrachten Grund gleichzeitig die Ablehnung der Annahme der weiteren (Arbeits-)Leistung des Arbeitnehmers im Sinne des § 295 BGB und in dem Unterlassen der Weiterbeschäftigung das Fehlen der Mitwirkungshandlung des Gläubigers im Sinne des § 296 BGB. Die Kündigung des Arbeitgebers ist somit nur ein Fall der konkludent erklärten Ablehnung der Annahme der weiteren Dienste des Arbeitnehmers. Sie kann somit auch in der Berufung auf jeden anderen Grund für die Beendigung oder das Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses und daher auch in dem Leugnen des Betriebsübergangs nach § 613 a BGB durch den vom Arbeitnehmer in Anspruch genommenen Betriebserwerber liegen.

e) Die Anwendung der Senatsrechtsprechung auf den vorliegenden Fall ergibt, daß die Klägerin nach ihrer Genesung die Beklagte im Hinblick auf deren Schreiben vom 19. Februar 1986 nicht gemäß § 295 Satz 2 BGB auffordern mußte, ihr Arbeit zuzuweisen, um sie in Annahmeverzug zu versetzen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ist nicht zu entnehmen, ob das Berufungsgericht dieses Schreiben als Ablehnung ungeachtet etwaiger Leistungsbereitschaft der Klägerin ausgelegt oder ob es dies lediglich in Erwägung gezogen hat. Der Senat kann jedoch diese atypische Willenserklärung selbst auslegen, da sie ohne Erschließung weiteren Tatsachenmaterials vorgenommen werden kann (vgl. BAG Urteil vom 21. November 1958 - 1 AZR 107/58 - AP Nr. 11 zu § 611 BGB Gratifikation).

Die Auslegung ergibt, daß die Beklagte eine Weiterbeschäftigung der Klägerin eindeutig und endgültig abgelehnt hat. Sie stellt darin nicht nur den Betriebsübergang in Abrede, sondern weist vorsorglich darauf hin, daß es für die Klägerin keine Beschäftigungsmöglichkeit gebe. Mit diesem zusätzlichen Hinweis hat die Beklagte eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie die Klägerin unter keinen Umständen weiterbeschäftigen wolle, wie immer auch die Frage des Betriebsübergangs rechtlich beurteilt werden würde, da sie tatsächlich keine Beschäftigungsmöglichkeit für sie habe. Gleichzeitig hatte sie damit auch ihr fehlendes Interesse daran bekundet, ob die Klägerin arbeitsfähig sei oder nicht. Die Beklagte setzt sich somit in Widerspruch zu dieser Erklärung, wenn sie sich nunmehr auf eine fehlende Aufforderung der Klägerin beruft, ihr nach ihrer Genesung Arbeit zuzuweisen.

Triebfürst

Dr. Weller

zugleich für den wegen Urlaubs
an der Unterschrift verhin-
derten Vorsitzenden Richter

Hillebrecht

Brocksiepe

Timpe



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)