

Aktenzeichen: 2 AZR 714/85

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 6. November 1986
- 2 AZR 714/85 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 19. Dezember 1984
Bochum - 3 Ca 427/84 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 18. Oktober 1985
Hamm - 16 Sa 386/85 -

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

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug nach unwirksamer krankheitsbedingter Kündigung

Gesetz: BGB § 615, §§ 293, 295 bis 297, § 611 Gratifikation;
BUrlG § 7; Manteltarifvertrag für die Arbeiter, An-
gestellten und Auszubildenden in der Eisen-, Metall-,
Elektro- und Zentralheizungsindustrie Nordrhein-
Westfalen vom 30. April 1980 (MTV) §§ 9, 10 Nr. 8,
§ 12; Tarifvertrag über die tarifliche Absicherung
eines Teils des 13. Monatseinkommens vom 30. Oktober
1976 für denselben Geltungsbereich (TV-Sonderzahlung)
§§ 2 und 3

Leitsätze:

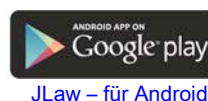
K e i n e

Hinweise des Senats:

Bestätigung des Senatsurteils vom 14. November 1985 - 2 AZR
98/84 - zur Veröffentlichung bestimmt;
Sonderzahlung nach dem TV-Sonderzahlung bei Annahmeverzug des
Arbeitgebers;
Erlöschen und Verfall von Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsan-
sprüchen während des Kündigungsprozesses und Annahmeverzugs
des Arbeitgebers nach dem MTV.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 714/85

16 Sa 386/85 Hamm

Verkündet am
6. November 1986

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 6. November 1986 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid sowie die ehrenamtliche Richterin Nipperdey und den ehrenamtlichen Richter Dr. Bobke für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 18. Oktober 1985 - 16 Sa 386/85 - teilweise aufgehoben.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger über den ihm durch das vorbezeichnete Urteil zugesprochenen Hauptsachebetrag von 19.091,63 DM brutto abzüglich 6.132,-- DM netto hinaus weitere 441,50 DM brutto zu zahlen. In diesem Umfang wird die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts B vom 19. Dezember 1984 - 3 Ca 427/84 - zurückgewiesen.
3. Soweit der Kläger 2.940,-- DM brutto Urlaubsabgeltung für die Jahre 1982 und 1983 fordert, wird die Revision zurückgewiesen.
4. Im übrigen Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, zurückverwiesen.

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 im Jahre 1952 geborene Kläger ist italienischer Staatsangehöriger. Am 1. Oktober 1973 trat er als Monteur in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der G

OHG (künftig: G OHG), in deren Werk in B ein. Sein



Stundenlohn betrug zuletzt 12,25 DM. Auf das Arbeitsverhältnis fanden kraft beiderseitiger Tarifbindung die tariflichen Vorschriften der metallverarbeitenden Industrie Nordrhein-Westfalens Anwendung.

Mit Schreiben vom 25. August 1982 kündigte die G OHG das Arbeitsverhältnis zum 10. September 1982 wegen mehrfacher Kurzerkrankungen seit dem Jahre 1979. Gegen die Kündigung wehrte sich der Kläger mit der am 31. August 1982 beim Arbeitsgericht erhobenen und am 6. September 1982 zugestellten Kündigungsschutzklage (Arbeitsgericht B - 2 Ca 367/82 -). Durch Urteil vom 2. Dezember 1982 wies das Arbeitsgericht die Klage ab.

Der Kläger kehrte daraufhin am 14. Dezember 1982 in sein Heimatland zurück. Er bezog an Arbeitslosengeld für die Zeit vom 24. September 1982 bis 13. März 1983 insgesamt 6.132,-- DM.

Auf die Berufung des Klägers stellte das Landesarbeitsgericht durch Urteil vom 24. Mai 1983 - 6 Sa 151/83 - fest, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der G OHG zum 10. September 1982 nicht aufgelöst worden sei, und ließ die Revision zu.

Mit Schreiben vom 25. Mai 1983 bot daraufhin die G OHG dem Kläger unter Bezugnahme auf dieses Urteil die sofortige Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzrechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen an.



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

-4-

Das Schreiben ging dem Kläger am 26. Mai 1983 zu. Er erwiderte durch seine Prozeßbevollmächtigten mit Schreiben vom 27. Mai 1983 folgendes:

"Unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 21.5.81 (2 AZR 95/79, DB 81, 2496) vermögen wir in Ihrem Angebot auf Beschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens kein ordnungsgemäßes Angebot zu erkennen.

Wir bitten deshalb um die Mitteilung, ob Sie die Kündigung unseres Mandanten zurücknehmen oder das Urteil des LAG Hamm rechtskräftig werden lassen wollen."

Die G OHG erwiderte mit Schreiben vom 7. Juni 1983, sie halte ihr Angebot vom 25. Mai 1983 aufrecht; die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Kündigung solle den Gerichten vorbehalten bleiben.

Seit dem 15. September 1983 steht der Kläger in Italien in einem neuen Arbeitsverhältnis. Bis zum 23. Mai 1984 erzielte er dort nach seinem Vortrag ein Arbeitseinkommen in Höhe von 6.400.389,08 Lire.

Durch Urteil vom 12. April 1984 - 2 AZR 439/83 - (nicht veröffentlicht) wies der Senat die Revision der G OHG gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts zurück.

Die G OHG forderte den Kläger danach nochmals mit Schreiben vom 3. und 7. Mai 1984 erfolglos auf, die Arbeit aufzunehmen. Mit Schreiben vom 8. Mai 1984 kündigte der Kläger durch seine Prozeßbevollmächtigten das Arbeitsverhältnis frist-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-5-

gerecht zum 23. Mai 1984. In dem Schreiben heißt es weiter:

"Da unser Mandant noch Urlaubsansprüche aus den Jahren 1982, 1983 und 1984 hat, bitten wir, einen Teil dieser Urlaubsansprüche in die Kündigungsfrist zu legen (10 Urlaubstage).

Die Annahmeverzugsansprüche unseres Mandanten für die Zeit ab 11.9.1982 einschließlich Weihnachtsgeld 1982 und 1983 sowie Urlaubsabgeltungsansprüche für 1982, 1983 und 1984 machen wir hiermit ebenfalls ausdrücklich dem Grunde nach geltend. Wir stellen anheim, diese Ansprüche der Höhe nach zu errechnen und uns mitzuteilen; soweit Zwischenverdienst anzurechnen ist, werden wir Ihnen dieses noch gesondert mitteilen."

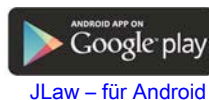
Diese damit erstmals geltend gemachten Ansprüche bezifferte der Kläger mit Schreiben seiner Prozeßbevollmächtigten vom 6. Juli 1984 gegenüber der G OHG für die Zeit vom 11. September 1982 bis 23. Mai 1984 wie folgt:

Verzugslohn für 443 Arbeitstage a' 8 Stunden a' 12,25 DM	43.414,-- DM brutto
Urlaubsgeld für 73 Urlaubstage 50 %	3.577,-- DM brutto
Weihnachtsgeld 1982 und 1983 50 %	2.156,-- DM brutto
Insgesamt	49.147,-- DM brutto
Hiervon sollten abgesetzt werden:	
Arbeitslosengeld	2.898,-- DM netto
Anderweitiges Arbeitseinkommen nach Umrechnung	12.450,-- DM netto
Insgesamt	15.348,-- DM netto.

Mit der am 27. Juli 1984 eingegangenen und der G OHG am 1. August 1984 zugestellten Klage hat der Kläger die in dem



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

letzten Schreiben bezifferten Ansprüche gerichtlich geltend gemacht. Er hat im weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens die von der eingeklagten Bruttosumme abzusetzenden Nettobeträge zuletzt mit insgesamt 16.884,65 DM beziffert, wovon 6.132,-- DM auf Arbeitslosengeld und 10.752,65 DM auf das in Italien erzielte Arbeitseinkommen (bei Zugrundelegung eines Wechselkurses von 1.000 Lire = 1,68 DM) entfallen.

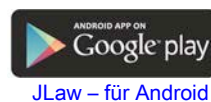
Der Kläger hat vorgetragen, der Lohnanspruch sei aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs begründet. Durch die Erhebung der Kündigungsschutzklage habe er der G OHG seine Arbeitskraft angeboten. Er sei zunächst in Deutschland ordnungsgemäß als arbeitssuchend gemeldet und auch während seines Aufenthalts in Italien leistungsbereit gewesen. Er habe sich monatelang in Deutschland erfolglos um Arbeit bemüht, sodann die Arbeitssuche auf sein Heimatland ausgedehnt und dort schließlich am 15. September 1983 eine neue Stelle gefunden. Über seine Familie und seine Prozeßbevollmächtigten sei er für seinen Arbeitgeber jederzeit erreichbar gewesen. Mit dem Schreiben vom 25. Mai 1983 habe die G OHG sein Dienstleistungsangebot nicht wirksam angenommen, weil sie an der Kündigung festgehalten habe. Sie habe deshalb den Annahmeverzug nicht beendet. Zudem stehe ihm wegen der Lohnrückstände ein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung zu. Vor Aufnahme seiner neuen Tätigkeit sei er von seiner Familie unterhalten worden.

Der Kläger hat beantragt,

die G OHG zu verurteilen, an
ihn 49.147,-- DM brutto abzüglich



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



-7-

16.884,65 DM netto nebst 4 % Zinsen
seit dem 26. Juli 1984 zu zahlen.

Die G OHG hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, dem Kläger habe von Anfang an der ernsthafte Wille gefehlt, ihr weiterhin seine Arbeitsleistung zu erbringen. Im Hinblick auf die Ablehnung ihrer insgesamt fünf Weiterbeschäftigungsangebote könne allein in der Erhebung der Kündigungsschutzklage kein wirksames Leistungsangebot gesehen werden. Dies gelte zumindest für die Zeit nach der Ausreise des Klägers aus der Bundesrepublik Deutschland am 14. Dezember 1982. Der Kläger habe im Vorprozeß auf die Ladung zum persönlichen Erscheinen zum Termin vom 24. Mai 1983 vor dem Berufungsgericht durch seine Prozeßbevollmächtigten mitteilen lassen, er halte sich in Italien auf. Daraufhin habe das Gericht die Anordnung zum persönlichen Erscheinen aufgehoben. Einen Tag nach dem Verhandlungstermin sei der Kläger jedoch in einer Pizzeria in B angetroffen worden. Spätestens sei der Annahmeverzug jedoch durch ihr Schreiben vom 25. Mai 1983 beendet worden. Sie bestreite mit Nichtwissen, daß der Kläger in der Zeit vom 15. Dezember 1982 bis 15. September 1983 keine Einkünfte erzielt habe.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 46.795,-- DM brutto (41.062,-- DM Verzugslohn für die Zeit vom 11. September 1982 bis 19. April 1984, 3.577,-- DM Urlaubsgeld, 2.156,-- DM Weihnachtsgeld) abzüglich 16.357,79 DM netto nebst 4 % Zinsen seit dem 26. Juli 1984 zu zahlen. In Höhe des darüber hinaus geforderten Betrages von 2.352,-- DM brutto abzüglich 526,86 DM netto (Verzugslohn für die Zeit vom



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

20. April bis 23. Mai 1984 und auf diesen Zeitraum entfallendes anderweitiges Arbeitseinkommen) hat es die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Annahmeverzug sei am 19. April 1984 beendet worden.

Gegen dieses Urteil hat nur die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der G OHG Berufung eingelegt. Sie hat an der Ansicht festgehalten, dem Kläger habe von Anfang an der ernsthafte Leistungswille gefehlt. Jedenfalls sei das Leistungsvermögen des Klägers nach seiner Ausreise weggefallen. Sie bestreite, daß er jederzeit für sie erreichbar gewesen sei. Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB stehe dem Kläger nach § 242 BGB nicht zu.

Der Kläger hat vorgetragen, er sei zur Zeit der Berufungsverhandlung im Vorprozeß in Italien gewesen. Soweit er damals in einer Pizzeria in B gesehen worden sein solle, liege eine Verwechslung mit seinem Bruder Salvatore vor, der unter der von der Beklagten angegebenen Adresse eine Pizzeria betreibe. Die Annahme des Weiterbeschäftigungsangebots vom 25. Mai 1983 wäre ihm auch im Hinblick auf die bis dahin aufgelaufenen erheblichen Lohnrückstände nicht zumutbar gewesen. Das zusätzliche Urlaubsgeld werde für die gesamte Zeit vom Ende der Kündigungsfrist bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gefordert.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert. Es hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 19.091,63 DM brutto (18.032,-- DM Verzugslohn für die Zeit vom 11. September 1982 bis 26. Mai 1983, 1.059,63 DM Weih-



nachtsgeld 1982) abzüglich 6.132,-- DM netto Arbeitslosengeld nebst 4 % Zinsen seit dem 26. Juli 1984 zu zahlen. Wegen der vom Kläger in der Berufungsinstanz darüber hinaus verfolgten Ansprüche in Höhe von 27.703,37 DM brutto (23.030,-- DM brutto Verzugslohn für die Zeit vom 27. Mai 1983 bis 19. April 1984, 3.577,-- DM brutto Urlaubsgeld, 1.096,37 DM brutto Weihnachtsgeld 1983 abzüglich 10.225,79 DM netto anderweitig erzielten Arbeits-einkommens) hat es die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat nur der Kläger Revision eingelegt. Er verfolgt die vom Berufungsgericht abgewiesenen Ansprüche 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 im wesentlichen begründet.

Dem Kläger steht ein Anspruch auf Zahlung von "Weihnachtsgeld" in Höhe von 441,50 DM brutto zu. In diesem Umfang ist die Klage begründet und das Urteil des Arbeitsgerichts wiederherzustellen.

Soweit der Kläger 2.940,-- DM brutto "Urlaubsgeld" für die Jahre 1982 und 1983 fordert, ist die Klage unbegründet und die Revision zurückzuweisen.

Wegen der weitergehenden Ansprüche (23.030,-- DM brutto abzüglich 10.225,79 DM netto Verzugslohn sowie restliches "Ur-



laubsgeld" und "Weihnachtsgeld") ist der Rechtsstreit zurückzuverweisen.

I. Nachdem der Kläger gegen das Urteil des Arbeitsgerichts keine Berufung und die Beklagte gegen das Urteil des Berufungsgerichts keine Revision eingelegt hat, sind Streitgegenstand des Revisionsverfahrens lediglich die vom Berufungsgericht aberkannten Ansprüche in Höhe von insgesamt 27.703,37 DM brutto abzüglich 10.225,79 DM netto.

II. Ob dem Kläger Verzugslohn auch für die Zeit vom 27. Mai 1983 bis 19. April 1984 (23.030,-- DM brutto abzüglich 10.225,79 DM netto) zusteht, kann noch nicht abschließend beurteilt werden.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Annahmeverzug der G OHG sei mit dem Zugang ihres Weiterbeschäftigungsangebots vom 25. Mai 1983 beendet worden. Das Angebot sei unbeschränkt. Die Auslegung des Schreibens ergebe, daß der Kläger im Falle ihres Obsiegens im Kündigungsschutzprozeß bis zum rechtskräftigen Abschluß dieses Verfahrens, im Falle ihres Unterliegens dagegen ohne zeitliche Einschränkung zu unveränderten Bedingungen weiterbeschäftigt werden sollte. Für die Beendigung des Annahmeverzugs sei nicht die zusätzliche Erklärung erforderlich gewesen, das Arbeitsverhältnis aufgrund des fortbestehenden Arbeitsvertrages fortzusetzen. Dem Kläger sei die Annahme des Angebots auch zumutbar gewesen. Ob ihm ein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung wegen der bis dahin aufgelaufenen Lohnrückstände



zugestanden habe, sei unerheblich, weil er erstmals im vorliegenden Rechtsstreits dieses Recht geltend gemacht habe.

2. Mit dieser Begründung kann das angefochtene Urteil nicht bestätigt werden.

a) Der Senat hat in dem Urteil vom 14. November 1985 - 2 AZR 98/84 - (NZA 1986, 637 = ZIP 1986, 1345, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) entschieden, komme der Arbeitgeber im Anschluß an eine von ihm ausgesprochene unwirksame Kündigung in Annahmeverzug, so endet dieser auch dann nicht, wenn er dem Arbeitnehmer vorsorglich einen für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits befristeten neuen Arbeitsvertrag zu den bisherigen Bedingungen oder - wie das Berufungsgericht angenommen hat - eine durch die rechtskräftige Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung auflösend bedingte Fortsetzung des Vertrages anbietet und der Arbeitnehmer dieses Angebot ablehnt. Der Senat hat unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Schrifttum dargelegt (aaO, zu C I 2 der Gründe), daß der Annahmeverzug des Arbeitgebers nur ende, wenn dieser mit dem Angebot der Weiterbeschäftigung auch klarstelle, daß er zu Unrecht gekündigt habe.

An dieser Ansicht ist festzuhalten. Weder das Berufungsgericht noch die Beklagte haben hiergegen neue Gesichtspunkte vorgebracht.

b) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ergibt, daß das Weiterbeschäftigungsangebot der G OHG vom 25. Mai 1983 den Annahmeverzug nicht beendet hat, weil darin ausdrücklich erklärt wurde, die Kündigung werde aufrechterhalten. Darauf, ob dem Kläger die Annahme des Angebots zumutbar war, kommt es deshalb für die Beendigung des Annahmeverzugs nicht mehr an. Gleiches gilt für die - vom Berufungsgericht verneinte - Frage, ob das Angebot den Annahmeverzug deshalb nicht beenden konnte, weil dem Kläger wegen der bis dahin aufgelaufenen Lohnrückstände ein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung zustand.

3. Der Annahmeverzug der Beklagten ist auch in der Zeit nach dem Zugang ihres Weiterbeschäftigungsangebots am 26. Mai 1983 nicht deshalb zu verneinen, weil der Kläger zumindest nach seiner Ausreise aus Deutschland nicht mehr leistungswillig gewesen ist.

Das Berufungsgericht hat zu der Frage, ob der Fortbestand des Annahmeverzugs durch den Aufenthalt des Klägers in Italien berührt wird, im Rahmen der Prüfung Stellung genommen, ob dem Kläger bis zu jenem Termin Verzugslohn zusteht. Es hat angenommen, der Arbeitnehmer müsse zwar während der gesamten Dauer des Annahmeverzugs leistungsfähig und auch leistungswillig sein. Diese Voraussetzungen hätten jedoch auch nach der Ausreise des Klägers aus der Bundesrepublik Deutschland fortbestanden, so daß der Annahmeverzug nicht nach § 297 BGB beendet worden sei. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ihre maßgeblichen Gesichtspunkte gelten auch für den jetzt noch umstrittenen Zeitraum nach dem 26. Mai 1983.



Das Berufungsgericht ist von der neueren Rechtsprechung des Senats ausgegangen, nach der zur Begründung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers kein wörtliches Dienstleistungsangebot des zu Unrecht entlassenen Arbeitnehmers gemäß § 295 BGB mehr erforderlich ist, sondern der Arbeitgeber nach § 296 Satz 1 BGB dem Arbeitnehmer Arbeit zuweisen muß (BAG 46, 234 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB; Urteil vom 21. März 1985 - 2 AZR 201/84 - EzA § 615 BGB Nr. 44). Jedoch muß der Arbeitnehmer, wie sich aus § 297 BGB ergibt, weiterhin während des gesamten Verzugszeitraums leistungswillig sein, weil die subjektive Leistungsbereitschaft eine von der Entbehrlichkeit des Leistungsangebots unabhängige Voraussetzung des Annahmeverzugs ist (vgl. BAG 46, 234, 244; Urteil vom 21. März 1985, aaO, zu B III 1 der Gründe; ferner das ebenfalls am 6. November 1986 in der Sache - 2 AZR 744/85 - verkündete Senatsurteil, zu II 2 der Gründe, nicht zur Veröffentlichung bestimmt).

Der Aufenthalt des Klägers in Italien ab Mitte Dezember 1982 ließ weder die nach § 297 BGB in erster Linie erforderliche (objektive) Leistungsfähigkeit des Klägers entfallen, noch spricht er gegen das Fortbestehen seines Leistungswillens. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Aufforderungen der G OHG den Kläger tatsächlich erreicht hätten und der Kläger auch innerhalb angemessener Frist wieder zur Weiterarbeit bei ihr in der Lage gewesen wäre. An diese Feststellung ist der Senat gebunden (§ 561 ZPO). Aber auch die subjektive Leistungsbereitschaft des Klägers kann nicht bezweifelt werden. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers und seine Rechtsfolgen sind nicht an die



Voraussetzung geknüpft, daß der Arbeitnehmer sich ständig zur Dienstleistung bereithält und "nichts anderes tut" (BAG Urteil vom 18. August 1961 - 4 AZR 132/60 - AP Nr. 20 zu § 615 BGB). Solange der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nicht anbietet, kann der Arbeitnehmer davon ausgehen, daß er auch bei Ortsabwesenheit nicht beschäftigt würde. Allein aus einem Aufenthalt im Ausland läßt sich deshalb nicht folgern, er sei gegenüber seinem Arbeitgeber nicht leistungswillig, sofern er jederzeit erreichbar und zur Rückkehr in der Lage ist (ähnlich Senatsurteile vom 11. Juli 1985 - 2 AZR 106/84 - nicht veröffentlicht, zu II 3 der Gründe, und vom 6. November 1986 - 2 AZR 744/85 -). Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber, wie vorliegend für die Zeit ab 27. Mai 1983 die G OHG, dem im Ausland befindlichen Arbeitnehmer ein zur Beendigung des Annahmeverzugs nicht geeignetes Beschäftigungsangebot macht.

4. Gleichwohl kann noch nicht endgültig entschieden werden, ob dem Kläger für den umstrittenen Zeitraum Verzugslohn zusteht.

a) Der Senat hat in dem Urteil vom 14. November 1985 (aaO, zu C II der Gründe) weiter ausgesprochen, die Ablehnung eines Angebots des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer unter den vorstehend genannten Bedingungen weiterzubeschäftigen, könne ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs im Sinne des § 615 Satz 2 BGB darstellen. Für diese Beurteilung komme es auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Art und Begründung der Kündigung sowie das Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsprozeß an. Handele es sich um eine betriebsbedingte Kündigung, so werde dem



Arbeitnehmer die vorläufige Weiterbeschäftigung in der Regel zumutbar sein. Gleiches dürfte für die Fälle der krankheitsbedingten Kündigung gelten.

b) Geht man von diesen Grundsätzen aus, so kann nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden, ob der Kläger mit der Ablehnung des Angebots vom 25. Mai 1983 böswillig gehandelt hat.

aa) Art und Begründung der Kündigung sowie des Verhaltens des Arbeitgebers im Kündigungsprozeß waren nicht geeignet, dem Kläger die angebotene Weiterarbeit unzumutbar zu machen.

Die Kündigung war wegen häufiger Kurzerkrankungen des Klägers ausgesprochen worden. Wie sich aus der Akte des Vorprozesses ergibt, hat die G OHG ihren Standpunkt, die nach Art und Dauer unbestrittenen Erkrankungen ließen auf entsprechende Ausfallzeiten in der Zukunft schließen und führten zu unzumutbaren betrieblichen und wirtschaftlichen Belastungen, mit sachlichen Argumenten vertreten. Zudem hatte im Revisionsverfahren die mehr formale Frage im Vordergrund gestanden, ob dem Betriebsrat alle zur Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung erforderlichen Umstände mitgeteilt worden waren. Einen persönlichen Vorwurf hat sie gegen den Kläger lediglich im Zusammenhang mit seinem Fernbleiben im Berufungstermin vom 24. Mai 1983 erhoben. Allein deshalb mußte er jedoch für den Fall der Weiterbeschäftigung nicht mit einer unangemessenen Behandlung durch den Arbeitgeber rechnen, zumal er im vorliegenden Verfahren selbst vor-



trägt, die G OHG könne einer Personenverwechslung zum Opfer gefallen sein.

bb) Zu klären ist jedoch noch, ob dem Kläger die Annahme des bedingten Weiterbeschäftigungsangebots im Hinblick darauf unzumutbar gewesen ist, daß er sich zu diesem Zeitpunkt bereits ein halbes Jahr in seiner Heimat aufgehalten hatte und dort jedenfalls vier Monate später tatsächlich eine neue Beschäftigung gefunden hat. Hierbei handelte es sich offenbar um eine Dauerbeschäftigung, da die vom Kläger überreichten Verdienstbescheinigungen für die Zeit vom 15. September 1983 bis 31. Mai 1984 denselben Arbeitgeber, eine Firma I S.P.A. (AG) in C , dem Wohnort des Klägers, ausweisen.

Es war dem Kläger allerdings, wie ausgeführt, an sich möglich, die Arbeit bei seinem früheren Arbeitgeber in angemessener Frist wiederaufzunehmen. Der Kläger war nach seinem Vorbringen bis zum 15. September 1983 arbeitslos. Es entsprach deshalb an sich auch vernünftigen wirtschaftlichen Überlegungen, im Hinblick auf die bereits über acht Monate währende Arbeitslosigkeit ab Ende Mai/Anfang Juni 1983 eine jedenfalls für die Dauer des Revisionsverfahrens und damit voraussichtlich für etwa ein Jahr gesicherte Beschäftigung aufzunehmen. Zur Böswilligkeit im Sinne des § 615 Satz 2 BGB ist nicht die Absicht erforderlich, dem Arbeitgeber Schaden zuzufügen. Es reicht aus, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis zumutbarer Arbeitsmöglichkeiten und der für den Arbeitgeber entstehenden Nachteile vorsätzlich untätig geblieben ist oder die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit verweigert (BAG 6,



306 sowie Urteil vom 18. Juni 1965 - 5 AZR 351/64 - AP Nr. 1 und 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit; ferner Senatsurteil vom 11. Juli 1985 - 2 AZR 106/84 - n. v., zu B II 4 der Gründe).

Der Kläger hat jedoch vier Monate später in seiner Heimatgemeinde eine Dauerbeschäftigung gefunden. Deshalb ist ohne weitere Aufklärung des Sachverhalts nicht auszuschließen, daß er bereits Ende Mai 1983 mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, er werde in absehbarer Zeit eine solche oder ähnliche Stellung in seiner Heimat finden, und mit der Ablehnung des Weiterbeschäftigungsangebots nicht böswillig gehandelt hat.

Das Berufungsgericht hat von seinem Standpunkt aus zu Recht die Frage eines böswilligen Unterlassens im Sinne des § 615 Satz 2 BGB, das strengere Voraussetzungen erfordert als die von ihm behandelte Zumutbarkeit der Annahme des Weiterbeschäftigungsangebots unter dem Gesichtspunkt der Beendigung des Annahmeverzugs, nicht geprüft. Beide Parteien - insbesondere dem Kläger - muß deshalb Gelegenheit gegeben werden, hierzu noch unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Gesichtspunkte vorzutragen. Der Rechtsstreit muß somit zur Entscheidung über den noch streitigen Verzugslohn zurückverwiesen werden.

III. Dem Kläger steht für 1983 in jedem Falle ein "Weihnachtsgeld" in Höhe von 441,50 DM brutto zu. Ob er für dieses Jahr den gesamten Betrag fordern kann, läßt sich noch nicht abschließend beurteilen.



1. Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, fordert der Kläger insoweit eine Sonderzahlung nach dem Tarifvertrag über die tarifliche Absicherung eines Teils eines 13. Monatseinkommens vom 30. Oktober 1976 in der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie Nordrhein-Westfalens (künftig: TV-Sonderzahlung). Darin ist, soweit hier von Bedeutung, folgendes bestimmt:

§ 2

Voraussetzungen und Höhe der Leistung

1. Arbeitnehmer und Auszubildende, die jeweils am Auszahlungstag in einem Arbeitsverhältnis bzw. Ausbildungsverhältnis stehen und zu diesem Zeitpunkt dem Betrieb ununterbrochen sechs Monate angehört haben, haben je Kalenderjahr einen Anspruch auf betriebliche Sonderzahlungen.

Ausgenommen sind Arbeitnehmer ... die zu diesem Zeitpunkt ihr Arbeitsverhältnis ... gekündigt haben.

2. Die Sonderzahlungen werden nach folgender Staffel gezahlt:

...

Nach 36 Monaten Betriebszugehörigkeit 50 % eines Monatsverdienstes bzw. einer Monatsvergütung.

...

...

6. Anspruchsberechtigte Arbeitnehmer ... deren Arbeitsverhältnis ... im Kalenderjahr kraft Gesetzes oder Vereinbarung ruht, erhalten keine Leistung. Ruht das Arbeitsverhältnis ... im Kalenderjahr teilweise, so erhalten sie eine anteilige Leistung.



§ 3

Zeitpunkt

1. Der Zeitpunkt der Auszahlung wird durch Betriebsvereinbarung geregelt.
2. Falls dieser Zeitpunkt durch Betriebsvereinbarung nicht geregelt ist, gilt als Auszahlungstag im Sinne des § 2 Ziff. 1 der 1. Dezember.

§ 2 Ziff. 1 TV-Sonderzahlung setzt somit nach seinem Wortlaut voraus, daß am Auszahlungstag das Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate rechtlich bestanden und der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht bereits gekündigt hat. Nach Ziff. 6 besteht gleichwohl kein Anspruch, soweit das Arbeitsverhältnis im Kalenderjahr kraft Gesetzes oder Vereinbarung ruht, wobei nach einer Protokollnotiz zu dieser Bestimmung unter das Mutterschutzgesetz fallende sowie erkrankte Anspruchsberechtigte nicht von dieser Ausnahmegvorschrift erfaßt werden.

2.a) Der Kläger erfüllt die formalen Voraussetzungen des § 2 Ziff. 1 TV-Sonderzahlung auch für das Jahr 1983. Er stand am Auszahlungstag – das ist gemäß § 3 Ziff. 1 TV-Sonderzahlung spätestens der 1. Dezember des betreffenden Jahres – in einem Arbeitsverhältnis zu der G OHG und hatte dem Betrieb zu diesem Zeitpunkt ununterbrochen mehrere Jahre angehört.

b) Der Anspruch auf die Sonderzahlung ist nicht ausgeschlossen, sofern der Arbeitnehmer im Bezugsjahr wegen Annahmeverzugs seines Arbeitgebers keine Arbeitsleistung für den Betrieb erbracht hat.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl.



Urteil vom 29. August 1979 - 5 AZR 293/79 - AP Nr. 103 zu § 611 BGB Gratifikation, zu II 3 der Gründe, m. w. N.) soll mit einer tariflichen Sonderleistung vorwiegend oder unter anderem im Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich vergütet werden mit der Folge, daß der Anspruch entfällt, wenn der Arbeitnehmer in diesem Zeitraum gar nicht oder jedenfalls nicht in nennenswertem Umfang gearbeitet hat. Diese Auslegungsregel gilt jedoch nur, wenn sich aus dem Tarifvertrag nichts anderes ergibt. Einen von dieser Auslegungsregel abweichenden Inhalt hat der Fünfte Senat in dem vorbezeichneten Urteil dem TV-Sonderzahlung im Hinblick auf die Protokollnotiz zu § 2 Ziff. 6 entnommen. Er hat diese Vorschrift dahin ausgelegt, daß erkrankte Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf die Dauer der Erkrankung und damit auch solche, die im gesamten Bezugsjahr arbeitsunfähig krank sind, vom Ausschluß der Anspruchsberechtigung nach Ziff. 6 Abs. 1 ausgenommen sind.

bb) Ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 2 Ziff. 6 Abs. 1 TV-Sonderzahlung liegt nicht vor, wenn sich der Arbeitgeber während des Bezugsjahres ganz oder teilweise in Annahmeverzug befunden und der Arbeitnehmer deshalb für den Betrieb tatsächlich keine Arbeitsleistung erbracht hat.

Zwar ist der Arbeitnehmer in diesem Zeitraum von der Dienstleistungspflicht befreit. Er ist jedoch arbeitsbereit - anderenfalls besteht gemäß § 297 BGB kein Annahmeverzug -, wird nur durch das Verhalten des Arbeitgebers an der Dienstleistung gehindert und behält nach § 615 Satz 1 BGB den Lohnanspruch. Somit ruht nicht das Arbeitsverhältnis, sondern nur die Arbeits-



pflicht des Arbeitnehmers. Diese Auslegung entspricht auch dem für tarifliche Sonderzahlungen im Bereich des Bauhauptgewerbes vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Grundsatz, daß Zeiten, in denen der arbeitsbereite Arbeitnehmer nicht aus in seiner Person, sondern in der betrieblichen Sphäre liegenden Gründen (Schlechtwettertage, Ausgleichszeitraum am Jahresende) nicht gearbeitet hat, als tatsächlich geleistete Arbeitszeit gewertet werden müßten (Urteil vom 29. August 1979 - 5 AZR 511/79 - AP Nr. 104 zu § 611 BGB Gratifikation, zu 5 der Gründe).

c) Die Anwendung der vorstehend dargelegten Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt, daß der Kläger 5/12 der sich aus § 2 Ziff. 2 errechnenden Sonderzahlung, das sind 441,50 DM brutto, verlangen kann. Insoweit ist die Klage begründet und das arbeitsgerichtliche Urteil wiederherzustellen. Wegen des weitergehenden Anspruchs muß der Rechtsstreit zurückverwiesen werden, weil er von der Klärung der Frage abhängt, ob der Kläger in der Zeit vom 27. Mai 1983 bis zum Jahresende mit der Ablehnung der angebotenen Weiterarbeit böswillig im Sinne des § 615 Satz 2 BGB gehandelt hat.

aa) Auch der TV-Sonderzahlung geht grundsätzlich davon aus, daß mit der Sonderzahlung jedenfalls auch im Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich vergütet werden soll, wie sich aus der Ruhensvorschrift des § 2 Ziff. 6 ergibt. Unschädlich sind die in der Protokollnotiz hierzu aufgeführten Ausfallzeiten sowie die der tatsächlichen Arbeitsleistung gleichzusetzenden Zeiten des Annahmeverzugs des Arbeitgebers. Besteht der Annahmeverzug, wie



im vorliegenden Fall, trotz eines (befristeten oder bedingten) Weiterbeschäftigungsangebots des Arbeitgebers fort, handelt der Arbeitnehmer jedoch mit der Ablehnung des Angebots böswillig im Sinne des § 615 Satz 2 BGB, so führt die Anwendung dieser Vorschrift zum Fortfall seines Lohnfortzahlungsanspruchs, weil der unterlassene Erwerb, den er sich anrechnen lassen muß, dem ihm zustehenden Lohn entspricht. Ist auch die tarifliche Sonderzahlung grundsätzlich von einer Arbeitsleistung im Bezugszeitraum abhängig, so umfaßt der anrechnungspflichtige Erwerb, den der Arbeitnehmer böswillig unterläßt, auch diese Zahlung. Handelt der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum nur zeitweise böswillig, ist die Anrechnung zeitanteilig vorzunehmen.

bb) Im Jahre 1983 befand sich die G OHG, wie ausgeführt (vorstehend unter II 3 der Gründe), in Annahmeverzug. Bis 26. Mai dieses Jahres ist sie dem Kläger auch zur Lohnfortzahlung verpflichtet, wie das Berufungsgericht rechtskräftig entschieden hat.

Dem Kläger stehen somit in jedem Fall für die ersten fünf Monate des Jahres 1983 5/12 der Sonderzahlung zu, die nach Ziff. 2 TV-Sonderzahlung 50 % eines Monatsverdienstes beträgt. Nach Ziff. 4 Buchst. a ist bei Arbeitern der durchschnittliche Stundenverdienst der letzten abgerechneten 13 Wochen bzw. der entsprechende Lohnabrechnungszeitraum vor Auszahlung der Leistung multipliziert mit dem Faktor 173 zugrunde zu legen. Da die G OHG seit September 1982 keinen Lohn mehr gezahlt hat, ist mit dem Berufungsgericht für die Berechnung von dem letzten Stundenlohn



von 12,25 DM auszugehen. Danach errechnet sich der vom Berufungsgericht auch für das Jahr 1982 ermittelte Betrag von 1.059,63 DM brutto. 5/12 hiervon, das sind 441,50 DM brutto, stehen dem Kläger somit in jedem Falle zu.

cc) Ob der Kläger für 1983 die volle Sonderzahlung verlangen kann, hängt davon ab, ob er in der Folgezeit die Weiterarbeit bei der G OHG böswillig unterlassen hat. Da dies noch nicht abschliessend beurteilt werden kann, muß der Rechtsstreit auch wegen des weitergehenden Sonderzahlungsanspruchs zurückverwiesen werden.

IV. Dem Kläger steht für die Jahre 1982 und 1983 das geforderte "Urlaubsgeld" nicht zu. Wegen des anteilig für das Jahr 1984 geltend gemachten Anspruchs ist der Rechtsstreit noch nicht zur abschließenden Entscheidung reif.

1. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Anspruch mit folgender Begründung verneint:

Der Kläger habe keine Anspruchsgrundlage genannt. Nach § 12 Nr. 1 des Manteltarifvertrages für die Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden in der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie Nordrhein-Westfalens vom 30. April 1980 (künftig: MTV) betrage die Urlaubsvergütung 150 %. Ein zusätzliches Urlaubsgeld sei tariflich nicht vorgesehen. Voraussetzung für die Zahlung einer Urlaubsvergütung sei die tatsächliche Urlaubsgewährung. Der Kläger habe schon nicht vorgetragen, daß ihm



in der Zeit vom 11. September 1982 bis 23. Mai 1984 tatsächlich Urlaub gewährt worden sei. Daß das zusätzliche Urlaubsgeld gemäß § 9 Nr. 3 MTV als Abgeltung verlangt werde, sei nicht ersichtlich. Hiergegen spreche schon die Tatsache, daß der Kläger "Urlaubsgeld" in Höhe von 50 % verlange und nicht die tarifliche Urlaubsvergütung von 150 % geltend mache.

2. Mit dieser Begründung kann das angefochtene Urteil, wie die Revision zu Recht rügt, nicht bestätigt werden.

a) Nach § 12 Nr. 1 Buchst.a MTV sind bei der Berechnung der Urlaubsvergütung zugrunde zu legen:

- a) Bei den Arbeitern hinsichtlich der Lohnhöhe 150 % des regelmäßigen Arbeitsverdienstes,
- b) bei den Angestellten der regelmäßige Arbeitsverdienst und eine zusätzliche Urlaubsvergütung, die je Urlaubstag 2,40 % (50 % von 1/20,83) des regelmäßigen Arbeitsverdienstes ausmacht,
- c) (mit Buchst. b inhaltsgleiche Regelung für Auszubildende).

Danach besteht die Urlaubsvergütung der Metallindustrie Nordrhein-Westfalens aus zwei Bestandteilen: Der normalen Urlaubsvergütung von 100 % des regelmäßigen Arbeitsentgelts (auch Urlaubsentgelt genannt) und der zusätzlichen Urlaubsvergütung von 50 % (auch Urlaubsgeld genannt). Die Tarifvertragsparteien mache allerdings ausdrücklich diesen Unterschied nur bei den Angestellten und Auszubildenden. In der historischen Entwicklung der Urlaubsvergütung kommt diese Unterscheidung aber selbstverständ-



lich auch bei den Arbeitern zum Ausdruck (Ziepke, Kommentar zum MTV, 2. Aufl., § 12 Anm. 1).

Das Arbeitsverhältnis des Klägers endete durch die in dem Schreiben seiner Anwälte vom 8. Mai 1984 ausgesprochene ordentliche Kündigung zum 23. Mai 1984. In dem Schreiben vom 8. Mai 1984 wurden ausdrücklich auch "Urlaubsabgeltungsansprüche" für die Jahre 1982 und 1984 dem Grunde nach geltend gemacht. Nachdem die G OHG hierauf nicht reagierte, forderte der Kläger in dem Anwaltsschreiben vom 6. Juli 1984 u. a. 50 % "Urlaubsgeld" für 73 Urlaubstage. Bereits zu diesem Zeitpunkt war das Arbeitsverhältnis beendet. Im Berufungstermin haben beide Parteien übereinstimmend erklärt, daß die Tarifvorschriften der metallverarbeitenden Industrie Nordrhein-Westfalens zur Anwendung kämen.

b) Berücksichtigt man diese Umstände, so hat der Kläger hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß mit dem "Urlaubsgeld" Urlaubsabgeltung in Höhe der über den regelmäßigen Arbeitsverdienst hinausgehenden zusätzlichen Urlaubsvergütung im Sinne des § 12 Nr. 1 MTV gefordert werde, die rechnerisch 50 % des regelmäßigen Arbeitsverdienstes beträgt und für Arbeiter nur nicht ausdrücklich als solche bezeichnet wird. Der Kläger ist auch nicht gehindert, nur Teile seines Anspruchs geltend zu machen. Demgegenüber haftet das Berufungsgericht mit seiner Auslegung des Klagebegehrens an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks und verstößt deshalb gegen die Auslegungsregel des § 133 BGB, die sinngemäß auch für die Auslegung von Prozeßhandlungen gilt.



3. Die nunmehr vorzunehmende materiell-rechtliche Würdigung des festgestellten Sachverhalts führt zunächst zu dem Ergebnis, daß die für die Jahre 1982 und 1983 geltend gemachten Ansprüche in Höhe von 2.940,-- DM brutto erloschen sind. Insoweit ist das angefochtene Urteil im Ergebnis richtig (§ 563 ZPO).

a) Nach § 9 Nr. 3 Abs. 1 MTV ist eine Abgeltung des Urlaubsanspruchs nur zulässig, wenn bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch Urlaubsansprüche bestehen. Damit ist auch nach diesem Tarifvertrag wie nach der gesetzlichen Regelung des § 7 Abs. 4 BUrlG der Abgeltungsanspruch das Surrogat für den während des Arbeitsverhältnisses nicht erfüllten Urlaubsanspruch (vgl. dazu BAG Urteil vom 7. November 1985 - 6 AZR 202/83 - EzA § 7 BUrlG Nr. 39, zu 2 und 3 der Gründe, m. w. N.).

b) Nach § 10 Nr. 8 MTV

erlischt der Urlaubsanspruch drei Monate nach Ablauf des Kalenderjahres, es sei denn, daß er erfolglos geltend gemacht wurde oder daß der Urlaub aus betrieblichen Gründen oder wegen Krankheit nicht genommen werden konnte.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 7. November 1985 - 6 AZR 202/83 - aaO, zu 1 der Gründe, ebenso die Urteile vom selben Tag - 6 AZR 62/84 - zu 2 der Gründe sowie - 6 AZR 169/84 - zu 4 der Gründe, EzA § 7 BUrlG Nr. 41 und 43) gehen nach dieser Vorschrift Urlaubsansprüche drei Monate nach Ablauf des Kalenderjahres unter, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist. Liegt jedoch einer der drei genannten Ausnahme-



fälle vor, besteht der Urlaubsanspruch fort, ohne daß die Voraussetzungen nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG vorliegen müssen. Eine zeitliche Grenze für die Inanspruchnahme auch des fortbestehenden Urlaubs setzt § 10 Nr. 8 MTV dadurch, daß der noch nicht gewährte Urlaub aus dem Vorjahr zu dem Urlaubsanspruch des laufenden Kalenderjahres hinzutritt und ebenso wie dieser vor Ablauf der ersten drei Monate des Folgejahres genommen werden muß. Dauert das Leistungshindernis bis zum Ablauf dieser Zeitspanne an oder tritt ein neues an dessen Stelle, bleibt der Urlaubsanspruch weiterhin erhalten. Er erlischt auch dann erst nach Ablauf des 31. März des Folgejahres.

c) Im vorliegenden Fall könnten somit auch die Urlaubsansprüche des Klägers für die Jahre 1982 und 1983 noch nach Ablauf des 31. März 1984 fortbestanden haben, wenn sie rechtzeitig jeweils bis zum 31. März des Folgejahres im Sinne des § 10 Nr. 8 MTV erfolglos geltend gemacht worden wären. Dies ist jedoch nicht geschehen.

Der Urlaubsanspruch für das Jahr 1982 ist am 31. März 1983 erloschen. Der Kläger hatte zwar gegen die Kündigung vom 10. September 1982 bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist Klage erhoben. Damit hat er jedoch nicht zugleich auch Urlaubsansprüche für das Urlaubsjahr 1982 im Sinne jener Tarifnorm geltend gemacht (Urteil des Sechsten Senats vom 1. Dezember 1983 - 6 AZR 299/80 - BAG 44, 278 = AP Nr. 15 zu § 7 BUrlG Abgeltung, unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung: Vgl. Urteile vom 9. Januar 1979 - 6 AZR 647/77 - AP Nr. 4 zu § 1 BUrlG sowie vom 13. Fe-



bruar 1979 - 6 AZR 1108/77 - AP Nr. 10 zu § 7 BUrlG Abgeltung).
Gleiches gilt für den Urlaubsanspruch 1983, der am 31. März 1984
wegen fehlender Geltendmachung erloschen ist. Bestanden diese
Urlaubsansprüche somit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses am
23. Mai 1984 nicht mehr, konnte insoweit mit dem Ausscheiden des
Klägers nach § 9 Nr. 3 Abs. 1 MTV auch kein Abgeltungsanspruch
entstehen.

d) Nach § 11 Nr. 1 MTV beträgt der Jahresurlaub ab 1982 für
Arbeitnehmer vom 19. Lebensjahr an und damit auch für den Kläger
30 Arbeitstage. Von den von ihm zugrunde gelegten 73 Urlaubstagen
entfallen 60 auf die Jahre 1982 und 1983. In diesem Umfang sind
die Urlaubsansprüche erloschen. Der Kläger kann deshalb insoweit
auch nicht Abgeltung in Höhe der zusätzlichen tariflichen Ur-
laubsvergütung von 50 % des regelmäßigen Arbeitsentgelts gemäß
§ 12 Nr. 1 Buchst. a MTV fordern. Da er für 73 Urlaubstage
3.577,-- DM brutto verlangt, errechnen sich für 60 Urlaubstage
(3.577,-- : 73 = 49 x 60 =) 2.940,-- DM brutto. Insoweit ist die
Klage unbegründet und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

4. Ob dem Kläger der für die restlichen 13 Urlaubstage aus dem
Jahre 1984 geforderte Betrag zusteht, kann noch nicht abschlies-
send entschieden werden.

a) Der Kläger konnte mit seinem Ausscheiden am 23. Mai 1984
einen Anspruch auf Abgeltung von 13 Urlaubstagen erworben haben.

§ 10 Nr. 3 MTV zwölfteilt den Urlaubsanspruch des Arbeit-



nehmers für das Eintritts- und Austrittsjahr entsprechend der Zahl der Beschäftigungsmonate, wobei ein angefangener Monat voll gerechnet wird, wenn die Beschäftigung mindestens 10 Kalendertage bestanden hat. Da der Jahresurlaubsanspruch des Klägers 30 Arbeitstage beträgt und der Monat Mai 1984 voll zu berücksichtigen ist, errechnet sich für ihn bei einer Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 1. Januar bis 23. Mai 1984 ein anteiliger Urlaubsanspruch von $(30 : 12 \times 5 =) 12,5$ Arbeitstagen, die nach § 10 Nr. 6 MTV auf 13 Arbeitstage aufzurunden sind.

Dieser Urlaubsanspruch ist nicht nach § 10 Nr. 8 MTV erloschen, weil das Arbeitsverhältnis vor dem Ende des Übertragungszeitraums bereits am 23. Mai des Urlaubsjahres 1984 beendet worden ist. Da die Gewährung des Teilurlaubs wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich war, konnte gemäß § 9 Nr. 3 Abs. 1 MTV als Surrogat des Urlaubsanspruchs ein Abgeltungsanspruch entstanden sein (BAG Urteil vom 7. November 1985 - 6 AZR 202/83 - aaO, zu 2 und 3 der Gründe).

b) Dem Kläger kann dieser Anspruch oder ein an seine Stelle getretener Schadenersatzanspruch desselben Umfangs zustehen.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteile vom 7. März 1985 - 6 AZR 334/82 - EzA § 7 BUrtG Nr. 38, zu 3 b der Gründe sowie vom 7. November 1985 - 6 AZR 202/85 - EzA § 7 BUrtG Nr. 39, zu 3 der Gründe) knüpft die tarifliche Abgeltungspflicht des Arbeitgebers nach § 9 Nr. 3 Abs. 1 MTV wie § 7 Abs. 4 BUrtG an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses an. Von



diesem Zeitpunkt an können nicht mehr, wie während des Arbeitsverhältnisses, Arbeitspflichten durch den Urlaubsanspruch suspendiert werden. Doch ist nach den vorgenannten Bestimmungen der Arbeitnehmer so zu stellen, als würde die Arbeitspflicht suspendiert werden können. Zu diesem Zweck erhält der Arbeitnehmer trotz Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Abgeltung das Arbeitsentgelt (hier Urlaubsvergütung nach § 12 MTV) weiter für eine fiktive Arbeitszeit, die der ihm als Urlaub zu gewährenden Freizeit entspricht. Der Abgeltungsanspruch besteht demnach nur in der Bindung an die als fortbestehend behandelte Arbeitspflicht. Für die Beurteilung des Abgeltungsanspruchs bestehen damit gegenüber dem Urlaubsanspruch keine Besonderheiten. Wie dieser endet auch der Abgeltungsanspruch, wenn er zuvor nicht erfüllt wird oder - z. B. wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers im Übertragungszeitraum - nicht erfüllt werden kann, spätestens drei Monate nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem er entstanden ist (§ 10 Nr. 8 MTV).

bb) Im vorliegenden Fall endete der Übertragungszeitraum für den Teilurlaubsanspruch des Klägers aus dem Jahr 1984 gemäß § 10 Nr. 8 MTV am 31. März 1985. Wie ausgeführt (vorstehend unter IV 3 b), besteht nach dieser Vorschrift der Urlaubsanspruch, sofern einer der dort genannten drei Ausnahmefälle vorliegt und zu denen die erfolglose Geltendmachung des Anspruchs zählt, jeweils bis zum 31. März des folgenden Jahres fort. Wendet man diesen Ausnahmetatbestand auch auf den an die Stelle des Urlaubsanspruchs getretenen Abgeltungsanspruch an, so ist der anteilige Abgeltungsanspruch für 1984 nicht erloschen, weil der Kläger ihn mit



den Anwaltschreiben vom 8. Mai und 6. Juli 1984 sowie mit der vorliegenden, am 1. August 1984 zugestellten Klage, gegenüber seinem früheren Arbeitgeber erfolglos geltend gemacht und jeweils über den 31. März der folgenden Jahre hinaus in diesem Prozeß weiterverfolgt hat.

cc) Auch wenn der Ausnahmetatbestand der erfolglosen Geltendmachung nach § 10 Nr. 8 MTV nicht für den Urlaubsabgeltungsanspruch gelten sollte und der Abgeltungsanspruch des Klägers deshalb am 31. März 1985 als erloschen anzusehen wäre, könnte dem Kläger die geforderte Abgeltung als Schadenersatz zustehen.

Wie der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 7. November 1985 - 6 AZR 169/84 - EzA § 7 BUrlG Nr. 43 zu 5 der Gründe) und ihm folgend der Achte Senat (Urteil vom 26. Juni 1986 - 8 AZR 75/83 - zur Veröffentlichung bestimmt, zu II 1 der Gründe) entschieden haben, muß der Arbeitgeber, der den vom Arbeitnehmer geltend gemachten Urlaubsanspruch nicht erfüllt, obwohl ihm die Erteilung des Urlaubs möglich war, für die infolge Zeitablaufs eingetretene Unmöglichkeit eintreten (§ 286 Abs. 1, § 280 Abs. 1, § 287 Satz 2 BGB). An die Stelle des ursprünglichen Urlaubsanspruchs tritt in diesem Fall als Schadenersatzanspruch (§ 249 Satz 1 BGB) ein Urlaubsanspruch (Ersatzurlaubsanspruch). Kann dieser Ersatzurlaubsanspruch wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden, so ist der Arbeitnehmer nach § 251 BGB in Geld zu entschädigen (Urteil vom 26. Juni 1986, zu II 3 der Gründe). Wendet man diese Grundsätze auf den Urlaubsabgeltungsanspruch, für dessen Beurteilung gegen-



Über dem Urlaubsanspruch im Übrigen keine Besonderheiten bestehen (vgl. die oben unter IV 4 b aa zitierten Urteile des Bundesarbeitsgerichts vom 7. März und 7. November 1985), könnte an die Stelle des am 31. März 1985 erloschenen Abgeltungsanspruchs ein auf Zahlung eines Geldbetrages in gleicher Höhe gerichteter Schadenersatzanspruch getreten sein.

c) Es kann jedoch noch nicht abschließend beurteilt werden, in welchem Umfang dem Kläger noch ein Abgeltungs- oder Schadenersatzanspruch zusteht.

Nach § 10 Nr. 7 MTV besteht ein Urlaubsanspruch insoweit nicht, als dem Arbeitnehmer für das Urlaubsjahr bereits von einem anderen Arbeitgeber Urlaub gewährt wurde oder abgegolten worden ist. Im vorliegenden Fall ist nicht auszuschließen, sondern eher naheliegend, daß der Kläger in dem am 15. September 1983 begonnenen Arbeitsverhältnis in Italien für die ersten fünf Monate des Jahres 1984 von seinem dortigen Arbeitgeber Urlaub erhalten hat. In diesem Umfang wäre gegenüber dem früheren Arbeitgeber kein Urlaubsanspruch entstanden und damit an seine Stelle auch kein Abgeltungs- oder Schadenersatzanspruch getreten.

Da das Berufungsgericht zu dieser Frage keine Feststellungen getroffen hat, muß ihm Gelegenheit gegeben werden, dies nachzuholen. Der Rechtsstreit muß deshalb auch zur Entscheidung über



-33-

den für 1984 als "Urlaubsgeld" geforderten Betrag an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Hillebrecht Triebfürst Ascheid

Nipperdey Dr. Bobke



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)