

Aktenzeichen: 2 AZR 744/85

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 6. November 1986
- 2 AZR 744/85 -

I. Arbeitsgericht Schluß-Urteil vom 18. Dezember 1984
Mannheim - 7 Ca 55/84 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 19. September 1985
Baden-Württemberg - 7 Sa 18/85 -

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

Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug nach fristloser Arbeitgeberkündigung

Gesetz: BGB § 615; §§ 293, 295 bis 297; KSchG § 12

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Auch nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Annahmeverzug des Arbeitgebers nach unwirksamer Kündigung muß der Arbeitnehmer während des gesamten Verzugszeitraumes leistungswillig sein (Bestätigung des Senatsurteils BAG 46, 234, 244 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB, zu B II 5 d der Gründe). Die Kürzungsbestimmung des § 12 Satz 4 KSchG kann nicht analog angewendet werden, wenn der Arbeitnehmer nach Ablauf der Wochenfrist des § 12 Satz 1 KSchG das alte Arbeitsverhältnis kündigt und mit dem Arbeitgeber einen neuen Vertrag abschließt.



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

2 AZR 744/85

7 Sa 18/85 Baden-Württemberg

Verkündet am
6. November 1986

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

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:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 19. September 1985 - 7 Sa 18/85 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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

T a t b e s t a n d :

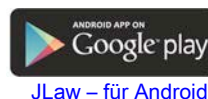
Der Kläger war bei der Beklagten seit 1974 als Arbeiter beschäftigt. Am 13. April 1983 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Die hiergegen vom Kläger erhobene, der Beklagten am 26. April 1983 zugestellte Feststellungsklage hatte in beiden Instanzen Erfolg. Das am 26. Juli 1984 verkündete Urteil des Landesarbeitsgerichts wurde der Beklagten am 2. August 1984 zugestellt. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Der Kläger war nach Ausspruch der Kündigung bis zum 14. März 1984 arbeitslos. Durch Bescheid vom 10. Mai 1983 bewilligte das Arbeitsamt dem Kläger ab 11. Juni 1983 ein Arbeitslosengeld von 220,20 DM wöchentlich.

Am 15. März 1984 ging der Kläger im Rahmen einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme bei der Stadt M ein neues Arbeitsverhältnis ein. Er verdiente dort in den Monaten März bis August 1984 insgesamt 11.172,47 DM brutto.



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



Durch Schreiben ihres Anwalts vom 29. Mai 1984 forderte die Beklagte den Kläger auf, die Arbeit spätestens am 5. Juni 1984 wieder aufzunehmen. Sie stellte klar, daß dies keine Rücknahme der Kündigung bedeute, sondern lediglich ihr "immerhin theoretisch denkbare" Lohnfortzahlungsrisiko mindern solle.

Der Kläger nahm die Arbeit bei der Beklagten nicht mehr auf. Durch Schreiben seiner Prozeßbevollmächtigten vom 25. September 1984 teilte er der Beklagten mit, daß er das Arbeitsverhältnis mit ihr nicht mehr fortsetzen wolle. Die Beklagte antwortete durch Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 5. Oktober 1984, sie betrachte dieses Schreiben als Angebot zur vertraglichen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und nehme dieses Angebot an.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger von der Beklagten zuletzt Lohnfortzahlung aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs für die Zeit vom 14. April 1983 bis 2. September 1984 in Höhe von 25.882,11 DM brutto abzüglich 11.449,98 DM Arbeitslosengeld gefordert. Er hat vorgetragen, die Beklagte schulde ihm für die elf Monate vom Ausspruch der fristlosen Kündigung bis zum Beginn seines neuen Arbeitsverhältnisses (14. April 1983 bis 14. März 1984) insgesamt 24.288,-- DM brutto. Für die Zeit vom 15. März 1984 bis 2. September 1984, dem Zeitpunkt der Rechtskraft des im Kündigungsschutzprozeß ergangenen Urteils des Landesarbeitsgerichts errechne sich eine Lohnforderung von 12.144,-- DM brutto. Hiervon sei der in dem neuen Arbeitsverhältnis in diesem Zeitraum verdiente Lohn von 10.549,89 DM brutto abzuziehen, so daß noch



eine Restforderung von 1.594,11 DM brutto offen sei.

Auf diese Lohnforderung seien 11.449,98 DM Arbeitslosengeld anzurechnen. Er habe vom Arbeitsamt bis 31. Dezember 1983 insgesamt 9.034,38 DM und für die Zeit vom 1. Januar bis 14. März 1984 auf der Basis eines neu festgesetzten Wochenbetrages von 219,69 DM insgesamt (11 Wochen x 219,60 DM =) 2.415,60 DM erhalten.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
25.882,11 DM brutto abzüglich
11.449,98 DM zu zahlen.

Die Beklagte hat einen Lohnanspruch von 20.817,23 DM brutto abzüglich 11.449,98 DM anerkannt und beantragt, die weitergehende Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, bis zur Zustellung der Kündigungsschutzklage am 26. April 1983 habe sie sich nicht in Annahmeverzug befunden, weil der Kläger vorher seine Arbeitsleistung nicht angeboten habe. Der bis zu diesem Zeitpunkt geltend gemachte Lohn für 13 Tage in Höhe von 956,80 DM stehe dem Kläger somit nicht zu.

In der Zeit vom 23. April 1983 bis 13. März 1984 sei der Kläger insgesamt 5,5 Wochen nicht leistungsbereit gewesen und fordere den auf diesen Zeitraum entfallenden Lohn von 3.036,-- DM brutto ebenfalls zu Unrecht. Er habe keine Anstrengungen unter-



nommen, eine ihm zumutbare Arbeit zu finden. Deswegen habe ihm das Arbeitsamt für diesen Zeitraum kein Arbeitslosengeld gezahlt. Er habe nämlich insgesamt nur 10.269,70 DM Arbeitslosengeld erhalten. Die Differenz von 1.180,28 DM auf den von ihm behaupteten Auszahlungsbetrag von 11.449,98 DM entspreche dem auf 5,5 Wochen entfallenden Arbeitslosengeld.

Für die Zeit ab 15. März 1984 schulde sie dem Kläger im Hinblick auf den Eintritt in das neue Arbeitsverhältnis keinen Lohn mehr. Insoweit sei die Vorschrift des § 12 Satz 4 KSchG entsprechend anzuwenden. Der Kläger habe, wenn auch nach Ablauf der einwöchigen Äußerungsfrist des § 12 Satz 1 KSchG, in dem Schreiben vom 25. September 1984 die Erklärung abgegeben, das alte Arbeitsverhältnis nicht mehr fortsetzen zu wollen.

Zumindest könne der Kläger jedoch ab 5. Juni 1984 keine Lohnfortzahlung mehr verlangen, weil er ihrer Aufforderung vom 29. Mai 1984, die Arbeit bei ihr wieder aufzunehmen, nicht nachgekommen und damit der Annahmeverzug beendet worden sei.

Das Arbeitsgericht hat dem Kläger durch rechtskräftiges Teilurteil den anerkannten Betrag von 20.817,23 DM brutto abzüglich 11.449,98 DM netto zugesprochen.

Durch Schlußurteil hat das Arbeitsgericht dem Kläger weitere 1.898,30 DM brutto zuerkannt und die weitergehende Klage abgewiesen.



Das Arbeitsgericht hat angenommen, dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Lohnfortzahlungsanspruch in Höhe von insgesamt 33.888,-- DM brutto zu. Es hat ausgeführt, der Kläger könne erst ab 27. April 1983 Lohnfortzahlung beanspruchen. Ihm stünden deshalb für die drei restlichen Arbeitstage des Monats April auf der Basis eines Stundenlohns von 12,-- DM und einer täglichen Arbeitszeit von acht Stunden noch 288,-- DM brutto zu. Für die Zeit vom 1. Mai 1983 bis 31. August 1984 könne der Kläger Verzugslohn fordern. Das Arbeitsgericht hat 33.600,-- DM brutto errechnet, von dem Gesamtbetrag von 33.888,-- DM den vom Kläger bis 31. August 1984 erzielten Arbeitsverdienst von 11.172,47 DM brutto abgezogen und auf den Differenzbetrag von 22.715,53 DM brutto das vom Kläger nach seiner Darstellung bezogene Arbeitslosengeld von 11.449,49 DM netto angerechnet. Es hat angenommen, dieser Lohnanspruch sei in Höhe von 20.817,23 DM durch das Teilanerkennnisurteil erledigt, so daß dem Kläger noch 1.898,30 DM brutto zustünden.

Gegen dieses Schlußurteil hat nur die Beklagte Berufung eingelegt. Sie hat weiter vorgetragen, der Kläger trage die Darlegungslast auch für das Bestehen seiner Leistungsbereitschaft. Abgesehen davon habe sie hierzu ausreichend vorgetragen. Der Kläger habe nicht substantiiert bestritten, während 5,5 Wochen nicht leistungsbereit gewesen zu sein. Es sei davon auszugehen, daß er sich in diesem Zeitraum in seinem Heimatland Italien aufgehalten habe. Für die Zeit nach dem Beginn seines neuen Arbeitsverhältnisses sei sie auch deshalb nicht zur Lohnfortzahlung verpflichtet, weil der Kläger, wie sich aus dem Schreiben seiner



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



Anwälte vom 25. September 1984 ergebe, stets entschlossen gewesen sei, bei dem neuen Arbeitgeber zu verbleiben. Er sei deshalb ihr gegenüber vertraglich verpflichtet gewesen, durch rechtzeitige Erklärung nach § 12 Satz 1 KSchG die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit ihr herbeizuführen. Wegen der Nichterfüllung dieser Vertragspflicht stehe ihr gegen den Kläger ein Schadenersatzanspruch zu.

Der Kläger hat im Berufungsverfahren keine Anträge gestellt.

Die Beklagte hat beantragt, unter Abänderung des Schluurteils des Arbeitsgerichts die über das Teilanerkenntnisurteil hinausgehende Klage in vollem Umfang abzuweisen und hierüber durch Versäumnisurteil zu erkennen.

Das Landesarbeitsgericht hat durch Endurteil die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

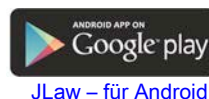
E n t s c h e i d u n g s g r  n d e :

Die Revision ist unbegründet.

I. Streitgegenstand in der Revisionsinstanz ist noch ein Restlohnanspruch des Klägers in Höhe von 1.898,30 DM brutto aus der Zeit vom 27. April 1983 bis 2. September 1984, den das Ar-



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



beitsgericht dem Kläger in dem Schlußurteil zugesprochen hat.

Bereits in der Berufungsinstanz ist nur noch über diesen Anspruch gestritten worden. Wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, brauchte nicht geprüft zu werden, ob die Berechnungsmethode des Arbeitsgerichts richtig war, weil keine der insoweit jeweils möglicherweise beschwerten Parteien gegen das Schlußurteil Berufung eingelegt hat.

Dieser Restlohnanspruch entfällt auf die Zeit vom 27. April 1983 bis 2. September 1984. Das Arbeitsgericht hatte einen Lohnfortzahlungsanspruch für die Zeit vom 13. April 1983 bis zur Zustellung der Kündigungsschutzklage am 27. April 1983 verneint. Da der Kläger keine Berufung gegen das Schlußurteil eingelegt hat, sind Ansprüche für diesen Zeitraum rechtskräftig aberkannt.

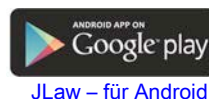
Im Revisionsverfahren ist deshalb nur noch zu prüfen, ob die Einwendungen berechtigt sind, die die Beklagte gegen die für die Zeit vom 27. April 1983 bis 2. September 1984 geltend gemachten Ansprüche erhoben hat.

II. Die Revision rügt zu Unrecht, dem Kläger stehe für die Zeit vom 27. April 1983 bis 14. März 1984 für 5,5 Wochen kein Lohnfortzahlungsanspruch zu, weil insoweit wegen fehlender Leistungsbereitschaft kein Annahmeverzug bestanden habe.

1. Das Berufungsgericht hat diesen Einwand im wesentlichen mit folgender Begründung nicht durchgreifen lassen:



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



Die Beklagte mache insoweit geltend, daß der Kläger in diesem Zeitraum nicht leistungsbereit gewesen sei und deshalb schon kein Annahmeverzug bestanden habe. Zwar müsse nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 297 BGB auch das subjektive Leistungsvermögen des Schuldners während des gesamten Verzugszeitraums vorliegen. Ob dieser Ansicht zu folgen sei, könne dahingestellt bleiben. Denn auch nach dieser Rechtsprechung entfielen die Voraussetzungen des Annahmeverzugs nur bei nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung oder nachträglichem Unvermögen des Arbeitnehmers zur Leistung, nicht aber bereits bei bloßem Fehlen seines Leistungswillens. Der Leistungswille müsse vielmehr nur im Zeitpunkt des Dienstleistungsangebots vorhanden sein. Darüber hinaus dürfte es nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Leistungswillen des Arbeitnehmers ohnehin nicht mehr ankommen, weil danach der Arbeitgeber ohne ein Dienstleistungsangebot des Arbeitnehmers nach § 296 BGB in Annahmeverzug gerate, wenn der Arbeitgeber ihm keinen Arbeitsplatz zuweise.

In einer Hilfsbegründung hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, die Beklagte habe aber auch zum Fehlen eines Leistungswillens des Klägers nicht hinreichend vorgetragen. Sei der subjektive Leistungswille des Arbeitnehmers als Voraussetzung für den Annahmeverzug aus § 297 BGB herzuleiten, so treffe den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen dieser Voraussetzung. Das Vorbringen der Beklagten hierzu beschränke sich aber auf Vermutungen.



2. Der Hauptbegründung des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt auch voraus, daß der Arbeitnehmer während der gesamten Verzugsdauer leistungswillig ist.

a) Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß die Beklagte mit dem Einwand des fehlenden Leistungswillens des Klägers eine Voraussetzung des Annahmeverzugs leugnen und sich nicht auf die Anrechnungsvorschrift des § 615 Satz 2 BGB berufen will. Auch die Revision geht hiervon aus.

b) Kommt der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste in Verzug, hat er nach § 615 Satz 1 BGB für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung fortzuzahlen. Gemäß § 293 BGB setzt der Verzug des Gläubigers voraus, daß er die ihm angebotene Leistung des Schuldners nicht annimmt. Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. zuletzt Urteil vom 27. Januar 1975 - 5 AZR 404/74 - AP Nr. 31 zu § 615 BGB, m. w. N.) mußte der Arbeitnehmer grundsätzlich auch nach unberechtigter Kündigung des Arbeitgebers diesem nach § 295 Satz 1 BGB die weitere Arbeitsleistung wörtlich anbieten, um ihn in Annahmeverzug zu setzen.

aa) Wie das Bundesarbeitsgericht weiter in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, setzt der Annahmeverzug neben dem Leistungsangebot auch einen ernsthaften Leistungswillen und die objektive Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers voraus. Dies folgt aus § 297 BGB. Danach kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn



der Schuldner zur Zeit des Angebots außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Dies ist nicht nur der Fall, wenn der Arbeitnehmer, z. B. wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, objektiv die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Daran fehlt es vielmehr auch, wenn der Schuldner nicht leistungsbereit ist. Denn auch ein leistungsunwilliger Schuldner setzt sich selbst außerstande, die geschuldete Leistung zu bewirken (BAG Urteil vom 7. Juni 1973 - 5 AZR 563/72 - AP Nr. 28 zu § 615 BGB; ferner Urteile vom 10. Mai 1973 - 5 AZR 493/72 - AP Nr. 27 zu § 615 BGB und vom 18. Dezember 1974 - 5 AZR 66/74 - AP Nr. 30 zu § 615 BGB, zu 2 b, bb der Gründe sowie Urteil vom 27. März 1974 - 5 AZR 258/73 - AP Nr. 15 zu § 242 BGB Auskunftspflicht, zu III 1 b der Gründe).

bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat das Bundesarbeitsgericht bereits mehrfach ausgesprochen, daß auch der Leistungswille des Arbeitnehmers nicht nur im Zeitpunkt des Leistungsangebots, sondern für die gesamte Dauer des Annahmeverzugs vorhanden sein muß (BAG Urteil vom 18. Dezember 1974, aaO; ferner Urteil vom 27. März 1974, aaO).

Das Berufungsgericht verweist zu Unrecht auf das Urteil des Senats vom 21. Mai 1981 (BAG 35, 324 = AP Nr. 32 zu § 615 BGB). Diese Entscheidung befaßt sich zum Annahmeverzug des Arbeitgebers (zu II 1 der Gründe) nur mit der Frage, auf welche Weise der Arbeitgeber den Annahmeverzug beenden kann. Auch wenn, wie der Senat nunmehr in dem Urteil vom 14. November 1985 (2 AZR 98/84, NZA 86, 637, auch zur Veröffentlichung in der Amt-



lichen Sammlung des Gerichts bestimmt) entschieden hat, der Annahmeverzug nur dann endet, sofern der Arbeitgeber das bisherige Arbeitsverhältnis als fortbestehend betrachtet, kann daraus nichts für die Frage des Fortbestehens des Leistungswillens des Arbeitnehmers auch nach dem Leistungsangebot als eine Voraussetzung für den Annahmeverzug des Arbeitgebers hergeleitet werden. Nach der Grundnorm des § 293 BGB setzt der Annahmeverzug ein Leistungsangebot des Schuldners und dessen Ablehnung durch den Gläubiger voraus. Die folgenden Vorschriften der §§ 294 bis 296 BGB haben Art, Inhalt und Entbehrlichkeit des Leistungsangebots zum Gegenstand. Nach § 297 BGB gehören zum Annahmeverzug auch die Fähigkeit und der Wille des Schuldners, die geschuldete Leistung zu erbringen. Erklärt der Arbeitgeber somit, er wolle den Arbeitnehmer aufgrund des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses weiterbeschäftigen und an der Kündigung nicht mehr festhalten, so nimmt er (nunmehr) die vertraglich vom Arbeitnehmer geschuldete und angebotene Leistung an. Damit entfällt die Ablehnung des Leistungsangebots als eine der Voraussetzungen des Annahmeverzugs nach § 293 BGB. Hiervon unberührt bleibt somit die Frage, ob der Arbeitnehmer leistungswillig sein muß, solange der Arbeitgeber seine Arbeitsleistung nicht annimmt. Dies bestimmt sich allein nach § 297 BGB.

c) Nach der neueren Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 9. August 1984, BAG 46, 234 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB; Urteil vom 21. März 1985 - 2 AZR 201/84 - AP Nr. 35 zu § 615 BGB) bedarf es nach einer unberechtigten fristlosen oder ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers allerdings keines wörtlichen Lei-



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 Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, deren Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, nämlich der Einrichtung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes und der Zuweisung der Arbeit, damit der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung erbringen kann. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, bei Zugrundelegung dieser Ansicht dürfte es auf den Leistungswillen des Schuldners für Begründung und Fortbestand des Annahmeverzugs nicht mehr ankommen. Der Senat hat in dem Urteil vom 9. August 1984 (aaO, zu B II 5 d der Gründe) ausdrücklich ausgesprochen, der Arbeitnehmer müsse den Arbeitgeber nach § 295 Satz 2 BGB in a l l e n Fällen zur Vornahme dieser Mitwirkungshandlung auffordern, in denen der Arbeitgeber nicht erkennen könne, ob und von welchem Zeitpunkt an der Arbeitnehmer leistungsbereit u n d - w i l l i g sei (ebenso Urteil vom 21. März 1985, aaO, zu B III 1 der Gründe).

An dieser Ansicht ist auch festzuhalten. Leistungsfähigkeit und Leistungswille des Arbeitnehmers sind als weitere Voraussetzungen des Annahmeverzugs in § 297 BGB normiert. Bedarf es nach der nunmehrigen Rechtsprechung gemäß § 296 Satz 1 BGB für die Begründung des Annahmeverzugs keines Leistungsangebots des Arbeitnehmers, weil der Arbeitgeber die nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung nicht vornimmt, so kommt der Arbeitgeber nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 297 BGB gleichwohl



nicht in Annahmeverzug, wenn der Schuldner zu der für die Handlung des Gläubigers (hier für die Zuweisung von Arbeit) bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Hieraus folgt, daß die in § 297 BGB geregelten weiteren Voraussetzungen des Annahmeverzugs und somit die subjektive Leistungsbereitschaft des Schuldners unabhängig von einem Leistungsangebot sind.

3. Das Berufungsgericht hat jedoch in seiner Hilfsbegründung ohne Rechtsfehler angenommen, die Beklagte habe das Fehlen des Leistungswillens des Klägers für die umstrittene Zeitdauer von 5,5 Wochen nicht hinreichend dargetan.

a) Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon ausgegangen, der Arbeitgeber habe darzulegen und zu beweisen, daß der Arbeitnehmer zur Leistung außerstande gewesen und deshalb ein Annahmeverzug nicht eingetreten oder nachträglich beendet worden sei. Dies ergibt sich aus der Fassung des § 297 BGB und gilt deshalb auch für das Fehlen oder den nachträglichen Wegfall der subjektiven Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers (vgl. BAG Urteil vom 18. August 1961 - 4 AZR 132/60 - AP Nr. 20 zu § 615 BGB). Auch die Revision geht von dieser Verteilung der Darlegungslast aus.

b) Die Beklagte hat in erster Instanz vorgetragen, der Kläger habe in der Zeit vom 23. April 1983 bis 14. März 1984 "insgesamt 5,5 Wochen gefehlt". Wie ihr weiteres Vorbringen ergibt, hat sie dies aus dem Umstand gefolgert, der Kläger habe entgegen seiner Behauptung in diesem Zeitraum nicht 11.449,98 DM, sondern



nur 10.269,70 DM Arbeitslosengeld erhalten und die Differenz von 1.180,70 DM entspreche einem Zeitraum von 5,5 Wochen. Selbst wenn man aber hiervon und von der weiteren Behauptung der Beklagten ausgeht, dem Kläger sei das Arbeitslosengeld verweigert worden, weil er sich in Italien aufgehalten habe, wäre damit ein fehlender Leistungswille des Klägers nicht ausreichend dargetan.

Sollte dem Kläger wegen eines Auslandsaufenthalts von 5,5 Wochen aufgrund dieser Vorschrift sowie der hierzu ergangenen Ausführungsbestimmungen der §§ 3 und 6 der Aufenthalts-Anordnung der Bundesanstalt für Arbeit vom 3. Oktober 1979 (ANBA S. 1388) kein Arbeitslosengeld gezahlt worden sein, so kann daraus nicht gefolgert werden, er sei gegenüber der Beklagten nicht leistungsbereit gewesen. 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, aaO). Die Beklagte hat nicht vorgetragen, zu welcher Zeit der Kläger abwesend gewesen sein soll; sie hat nur die Dauer der Abwesenheit angegeben. Verreiste er erst nach längerer Dauer des Rechtsstreits vor einem Angebot der Beklagten auf Weiterbeschäftigung, dann konnte er davon ausgegangen sein, daß die Beklagte auch für diese Zeit seine Arbeitsleistung ablehne und den Verlust des Arbeitslosengeldes in Kauf genommen haben. Aus diesem Verhalten allein läßt sich jedenfalls nicht schlußfolgern, er sei gegenüber der Beklagten nicht leistungswillig gewesen (ähnlich Senatsurteil vom 11. Juli 1985 - 2 AZR 106/84 -, zu B II 3 der Gründe, n. v.).



III. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, daß dem Kläger auch für die Zeit vom 14. März bis 2. September 1984 gegen die Beklagte Lohnfortzahlungsansprüche aus § 615 Satz 1 BGB zustehen.

1. Den Einwand der Beklagten, der Kläger könne in entsprechender Anwendung des § 12 Satz 4 KSchG Lohnfortzahlung nur bis zum Beginn seiner neuen Beschäftigung am 14. März 1984 fordern, hat das Berufungsgericht mit Recht für unbegründet angesehen.

a) Nach § 12 Satz 1 KSchG kann ein Arbeitnehmer, der im Kündigungsschutzprozeß obsiegt und inzwischen ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist, binnen einer Woche nach Rechtskraft des Urteils durch Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei diesem verweigern. Mit dem Zugang der Erklärung erlischt das alte Arbeitsverhältnis (§ 12 Satz 3 KSchG). In einem solchen Fall kann der Arbeitnehmer nach § 12 Satz 4 KSchG Zahlung des entgangenen Verdienstes nur für die Zeit zwischen der Entlassung und dem Tag des Antritts des neuen Arbeitsverhältnisses verlangen. Diese Vorschriften gelten nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG auch für außerordentliche Kündigungen.

Danach setzt die unmittelbare Anwendung des § 12 Satz 4 KSchG voraus, daß der Arbeitnehmer die Nichtfortsetzungserklärung innerhalb der einwöchigen Frist des § 12 Satz 1 KSchG abgibt. Der Gesetzgeber hat dem Arbeitnehmer ein einseitiges Gestaltungsrecht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem alten Ar-



beitgeber eingeräumt (BAG Urteil vom 19. Oktober 1972 - 2 AZR 150/72 - AP Nr. 1 zu § 12 KSchG 1969). Bei der für die Ausübung dieses Rechts vorgeschriebenen einwöchigen Frist handelt es sich um eine materiell-rechtliche Ausschußfrist, deren Versäumung zum Erlöschen dieses Rechts führt (vgl. Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 12 Rz 13; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 12 Rz 11; KR-Becker, 2. Aufl., § 12 KSchG Rz 25). Der Arbeitnehmer kann deshalb nach Fristablauf von diesem Gestaltungsrecht nicht mehr im Sinne des § 12 Satz 4 KSchG Gebrauch machen. Die in dieser Vorschrift festgelegte Verkürzung des Nachzahlungszeitraumes bis zum Zeitpunkt der Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses gilt nur dann, wenn das alte Arbeitsverhältnis durch eine fristgerechte Nichtfortsetzungserklärung beendet wird (KR-Becker, aaO, Rz 30, 34; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 14).

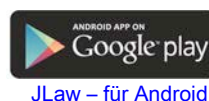
Im vorliegenden Fall war die in dem Schreiben der Prozeßbevollmächtigten des Klägers vom 25. September 1984 enthaltene Erklärung, daß er das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten nicht mehr fortsetzen wolle, verspätet, weil das Urteil des Berufungsgerichts im Kündigungsschutzprozeß am 3. September 1984 rechtskräftig geworden ist. Nachdem die Revision nicht zugelassen worden war, wurde es nach Ablauf der einmonatigen Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde, die mit der am 2. August 1984 bewirkten Zustellung des Urteils begann (§ 72 a Abs. 2 Satz 1 ArbGG), formell rechtskräftig. Der letzte Tag der Beschwerdefrist fiel auf den 2. September 1984, einen Sonntag. Die formelle Rechtskraft des Berufungsurteils trat somit am 3. Sep-



tember 1984 ein (§ 222 Abs. 2 ZPO).

b) Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, kann § 12 Satz 4 KSchG nicht entsprechend angewendet werden, wenn der Arbeitnehmer von dem Gestaltungsrecht des § 12 Satz 1 KSchG keinen Gebrauch macht, sondern das alte Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung bzw. Aufhebungsvertrag beendet.

aa) Spricht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine unwirksame Kündigung aus und beschäftigt er ihn nicht weiter, so gerät er in Annahmeverzug und muß dem Arbeitnehmer nach § 615 Satz 1 BGB den Lohn bis zur Beendigung des Annahmeverzugs fortzahlen. Diesen Anspruch verliert er nicht dadurch, daß er während des Kündigungsrechtsstreits ein neues Arbeitsverhältnis eingeht. Denn er ist nach § 615 Satz 2 BGB gehalten, sich um eine zumutbare anderweitige Arbeit zu bemühen, um den Verlust oder die Minderung des Lohnfortzahlungsanspruchs durch Anrechnung des fiktiven Verdienstes zu vermeiden. Andererseits muß er damit rechnen, daß er nach Obsiegen im Kündigungsschutzprozeß seine Arbeitskraft dem alten Arbeitgeber wieder zur Verfügung stellen muß. Zur Lösung dieses Interessenkonflikts gewährt ihm das Gesetz in § 12 KSchG in seinem Interesse ein Wahlrecht zwischen dem alten und dem neuen Arbeitsverhältnis, durch dessen Ausübung er sich ohne Einhaltung von Kündigungsfristen mit sofortiger Wirkung (Zugang der Nichtfortsetzungserklärung) von dem alten Arbeitsverhältnis lösen kann (BAG Urteil vom 19. Oktober 1972, aaO). Macht er von diesem Recht Gebrauch, so bestünde sein Lohnfortzahlungsanspruch nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 615, 293 ff. BGB bis zum



Zugang der Nichtfortsetzungserklärung weiter; nach § 615 Satz 2 BGB müßte er sich nur den im neuen Arbeitsverhältnis bis dahin erzielten Verdienst anrechnen lassen. Für diesen Fall schneidet das Gesetz in § 12 Satz 4 KSchG jedoch den Lohnfortzahlungsanspruch für die Zeit vom Antritt des neuen Arbeitsverhältnisses bis zum Erlöschen des alten Arbeitsverhältnisses aus Vereinfachungsgründen ab (BAG Urteil vom 19. Juli 1978 - 5 AZR 748/77 - AP Nr. 16 zu § 242 BGB Auskunftspflicht, zu III 1 a der Gründe; Herschel/Löwisch, aaO, § 12 Rz 9; Hueck, aaO, § 12 Rz 6). Es handelt sich somit um eine Ausnahmegvorschrift von der Grundnorm des § 615 BGB.

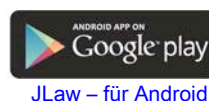
bb) Diese Vorschrift kann nicht entsprechend angewendet werden, wenn der Arbeitnehmer von dem Wahlrecht des § 12 Satz 1 KSchG keinen Gebrauch macht, sondern sich nach Ablauf der einwöchigen Erklärungsfrist von dem alten Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung oder Aufhebungsvertrag löst.

Die entsprechende Anwendung einer Norm setzt voraus, daß das Gesetz lückenhaft ist und es sich bei der Gesetzeslücke um eine "planwidrige" Unvollständigkeit des Gesetzes handelt (vgl. BAG 28, 152, 155 = AP Nr. 2 zu § 15 KSchG 1969, zu II 2 a der Gründe). Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, fehlt es für die vorstehend bezeichneten Fallgestaltungen an einer Gesetzeslücke.

§ 12 KSchG eröffnet dem Arbeitnehmer lediglich die Möglichkeit, bei Vorliegen der dort festgelegten Voraussetzungen das



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



alte Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu beenden, ohne daß ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegen müßte. Die übrigen Gestaltungsmittel, das bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzprozesses in seinem Bestand unstrittene alte Arbeitsverhältnis zu beenden, werden durch diese Vorschrift nicht berührt. Der Arbeitnehmer kann somit das alte Arbeitsverhältnis auch durch ordentliche Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist lösen oder mit dem alten Arbeitgeber einen Aufhebungsvertrag schließen (KR-Becker, aaO, § 12 Rz 28; Stahlhacke, aaO).

Macht der Arbeitnehmer von dem gesetzlichen Wahlrecht des § 12 Satz 1 KSchG keinen Gebrauch, so bestimmen sich die Rechtsfolgen für die Vergütungsansprüche gegen den alten Arbeitgeber, wie ausgeführt, nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 615, 293 ff. BGB. Da das alte Arbeitsverhältnis fortbesteht, kann der Arbeitnehmer grundsätzlich Lohnfortzahlung bis zur anderweitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers oder Auflösungsvertrag verlangen. Da er zur Vermeidung von Rechtsnachteilen (§ 615 Satz 2 BGB) ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist, ist er gemäß § 275 Abs. 1 und 2 BGB von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei, weil er das durch Eingehung des neuen Arbeitsverhältnisses eingetretene Unvermögen, die Arbeitsleistung gegenüber dem alten Arbeitgeber zu erbringen, nicht zu vertreten hat. Er behält seinen Vergütungsanspruch aus Annahmeverzug nach § 615 Satz 1 BGB. § 297 BGB steht nicht entgegen, weil aus der Eingehung des neuen Arbeitsverhältnisses nicht das Fehlen der Leistungsbereitschaft gegenüber dem



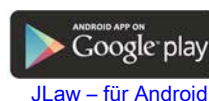
alten Arbeitgeber hergeleitet werden kann (im Ergebnis ebenso Herschel/Löwisch, aaO, § 12 Rz 13, die § 285 BGB - Schuldnerverzug - anwenden; KR-Becker, aaO, § 12 KSchG Rz 20; ferner Hueck, aaO, § 12 Rz 4). Verweigert der Arbeitnehmer die Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses auf Dauer oder hat er mit dem neuen Arbeitgeber eine außergewöhnlich lange Kündigungsfrist vereinbart, entfällt nunmehr der Annahmeverzug des alten Arbeitgebers und damit der Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers wegen fehlender Leistungsbereitschaft gemäß § 297 BGB.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, daß hinsichtlich der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers aus Annahmeverzug keine Gesetzeslücke besteht, wenn der Arbeitnehmer von dem Wahlrecht des § 12 Satz 1 KSchG keinen Gebrauch macht. Die Beschränkung des Lohnfortzahlungsanspruchs auf die Zeit bis zum Antritt eines neuen Arbeitsverhältnisses in § 12 Satz 4 KSchG stellt sich vielmehr als Ausnahmeregelung dar, deren Folgen den Arbeitnehmer treffen, der sich durch die Ausübung des gesetzlichen Wahlrechts vorzeitig aus dem alten Arbeitsverhältnis lösen will (zutreffend Stahlhacke, aaO). Es besteht kein sachlicher Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer oder beide Arbeitsvertragsparteien außerhalb des Regelungsbereichs des § 12 Satz 1 KSchG nicht beachtet hat und diese Tatbestände vergütungsrechtlich entsprechend § 12 Satz 4 KSchG behandeln wollte.

Kommt somit eine entsprechende Anwendung des § 12 Satz 4 KSchG nicht in Betracht, braucht auf die vom Berufungsgericht



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



gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift dargelegten Bedenken (vgl. dazu auch KR-Becker, aaO, § 12 Rz 3 a) nicht eingegangen zu werden.

2. Ohne Erfolg macht die Revision weiter geltend, dem Kläger stehe für die Zeit nach Antritt des neuen Arbeitsverhältnisses ein Lohnfortzahlungsanspruch deshalb nicht mehr zu, weil er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, von seinem Wahlrecht nach § 12 Satz 1 KSchG Gebrauch zu machen und die Beklagte deshalb gegen ihn einen Schadensersatzanspruch in Höhe der eingeklagten Lohndifferenz habe. Wie ausgeführt, stehen dem Arbeitnehmer neben diesem Wahlrecht die sich aus den allgemeinen Vorschriften ergebenden Gestaltungsmöglichkeiten zur Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses zu. Macht er von seinem Recht zur ordentlichen Kündigung dieses Arbeitsverhältnisses Gebrauch, so handelt er grundsätzlich nicht rechtsmißbräuchlich (vgl. Herschel, Anm. zu AP Nr. 2 zu § 12 KSchG, unter 2 a). Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber, wie vorliegend die Beklagte, geltend macht, mit dem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag abschließt.

3. Das Berufungsgericht hat unter Bezugnahme auf die Gründe des arbeitsgerichtlichen Urteils auch zutreffend angenommen, daß der Annahmeverzug der Beklagten nicht durch die in dem Schreiben vom 29. Mai 1984 enthaltene Aufforderung zur Wiederaufnahme der Arbeit am 5. Juni 1984 beendet worden ist, weil die Beklagte an der Kündigung festgehalten hat. Dies stimmt mit der Rechtspre-



chung des Senats (Urteil vom 14. November 1985, aaO) überein und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

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](#)