

4
u

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: BGB § 615, § 295 Satz 1, §§ 297, 611 Gratifikation;
 KSchG §§ 7, 8, § 21 Abs. 1 Satz 2

Leitsätze:

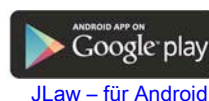
1. Ein Annahmeverzug des Arbeitgebers, dem der Arbeitnehmer nach unwirksamer außerordentlicher Kündigung durch den Arbeitgeber seine Arbeitsleistung angeboten hat, wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Arbeitnehmer im Rechtsstreit über die Unwirksamkeit der Kündigung einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung im Sinne von §§ 7, 8 KSchG zunächst gestellt und dann zurückgenommen hat.
2. Hätte ein Arbeitnehmer ohne Annahmeverzug des Arbeitgebers von diesem eine Weihnachtsgratifikation erhalten, so ist eine solche nach § 615 Satz 1 BGB auch während des Annahmeverzuges des Arbeitgebers zu zahlen.

Aktenzeichen: 5 AZR 200/62

Urteil des BAG vom 18. Januar 1963 LAG Hamburg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Sa 102/61 Hamburg

Urteilstenor zugestellt
am 18. Januar 1963

bez. Weinrich,

Regierungsobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 17. Januar 1963 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt, die Bundesrichter Dr. Stumpf und Dr. Holschemacher sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Blome und Döring für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 4. April 1962 – 1 Sa 102/61 – wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

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

- 2 -



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



Tatbestand:

1. Der Kläger war früher als selbständiger Finanzierungskaufmann tätig. Im November 1959 trat er als kaufmännischer Angestellter (Sachbearbeiter) in die Dienste der Beklagten, die in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ein Finanzierungsunternehmen betreibt und weniger als fünf Arbeitnehmer beschäftigt. Als Arbeitsentgelt waren ein Monatsgehalt von 800,-- DM sowie eine 20 %ige Gewinnbeteiligung vereinbart. Außerdem hatte der Kläger das Recht, unter bestimmten Voraussetzungen Geschäftsanteile der Beklagten zu erwerben. Sein Gehalt hat der Kläger bis einschließlich Juli 1960 erhalten.

2. Am 23. August 1960 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos mit der Begründung, er habe sich bestimmter, hier nicht weiter interessierender Verfehlungen schuldig gemacht. In einem daraus entstandenen Rechtsstreit hat auf die am 14. September 1960 eingereichte Klage des Klägers das Arbeitsgericht Hamburg durch rechtskräftig gewordenes Urteil vom 17. Januar 1961 - 4 Ca 408/60 - festgestellt, daß die außerordentliche fristlose Kündigung vom 23. August 1960 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst hat. In den Urteilsgründen hat das Arbeitsgericht jedoch ausgeführt, die außerordentliche fristlose Kündigung vom 23. August 1960 sei in eine fristgerechte ordentliche Kündigung zum 30. Juni 1961 umzudeuten.

3. Nach Abschluß des Kündigungsrechtsstreites hat der Kläger in dem vorliegenden Verfahren mit der Mitte April 1961 eingereichten Klage Zahlung der pfändungsfreien Gehaltsteile im Betrage von je 659,05 DM für die Monate August 1960 bis zum 30. Juni 1961 nebst einer Weihnachtsgratifikation für 1960 in Höhe eines Monatsgehaltes im Gesamtbetrag von 7.908,60 DM nebst einer Reihe von Zinsen verlangt. Er hat geltend gemacht, nach Ausspruch der fristlosen Kündigung vom 23. August 1960 habe er der Beklagten seine Dienste angeboten. Ein böswilliges Unterlassen einer anderweitigen Verwendung seiner Arbeitskraft liege nicht vor. Er habe versucht, zusammen mit anderen Fachleuten,



- 3 -

ebenfalls ein Finanzierungsunternehmen aufzubauen, was für die hier in Betracht kommende Zeit jedoch ohne geschäftlichen und finanziellen Erfolg geblieben sei.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag geltend gemacht, sie sei nicht in Annahmeverzug geraten, weil der Kläger in der Korrespondenz vor Beginn des Kündigungsprozesses selbst zum Ausdruck gebracht habe, daß es ihm unzumutbar und er deshalb nicht gewillt sei, seine Arbeit bei der Beklagten fortzusetzen. Ein Annahmeverzug, so hat die Beklagte weiter geltend gemacht, scheide auch deshalb aus, weil der Kläger in dem Kündigungsprozeß zunächst einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer entsprechenden Abfindung gestellt habe. Es ist unstreitig, daß der Kläger in dem Kündigungsprozeß einen solchen Antrag zunächst gestellt, jedoch dann in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 10. Januar 1961 im Hinblick darauf zurückgenommen hat, daß § 21 Abs. 1 Satz 2 KSchG eine solche Lösungsmöglichkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 KSchG für Arbeitsverhältnisse in einem sogenannten Kleinbetrieb, wie er bei der Beklagten gegeben war, nicht vorsieht. Die Beklagte hat schließlich behauptet, dem Kläger sei es nicht möglich gewesen, seine Dienste der Beklagten tatsächlich zur Verfügung zu stellen, weil er sich eine selbständige Existenz aufgebaut habe. Sie hat weiter behauptet, in der hier in Betracht kommenden Zeit habe der Kläger eine angemessene anderweitige Tätigkeit als Angestellter aufnehmen können, was er böswillig unterlassen habe.

4. Das Arbeitsgericht hat der Klage nur teilweise, das Landesarbeitsgericht jedoch in vollem Umfang entsprochen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte das Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Für die Zeit vom 1. August 1960 ab bis zum Ausspruch der außerordentlichen und fristlosen Kündigung vom 23. August 1960 ist in tatsächlicher Beziehung mangels gegenteiliger

- 4 -

**JLaw – Gesetze und Urteile**Kostenlos [\(mobile App\)](#)

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht und nach allgemeinen Erfahrungen davon auszugehen, daß der Kläger in dieser Zeit für die Beklagte tatsächlich die ihm vertragsgemäß obliegende Leistung erbracht hat. Für die bis dahin geleisteten Dienste muß die Beklagte daher das mit dem Kläger vereinbarte Gehalt in dem der Leistung seiner Dienste entsprechenden Teilumfang bezahlen. Das ergibt sich aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag selbst. Denn die in einem Arbeitsvertrag enthaltene Zusage einer monatlichen Arbeitsvergütung besagt nach den Auslegungsmaßstäben der §§ 133, 157 BGB auch, daß im Falle einer Einstellung der Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers die bis dahin geschenehen vertragsgemäßen Arbeiten in einem entsprechenden Teilumfang zu vergüten sind. Soweit § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt, daß selbst für den Fall einer **w i r k s a m e n** außerordentlichen fristlosen Kündigung der Gekündigte einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil seiner Vergütung verlangen kann, ist das nur eine selbstverständliche Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes, daß die vertragsgemäß geleistete Arbeit eines Arbeitnehmers, die vor der wirksamen oder vergeblich versuchten Beendigung eines Arbeitsverhältnisses geleistet worden ist, im entsprechenden Umfang kraft des Arbeitsvertrages in jedem Falle zu vergüten ist. Wenn § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB das nur für den Fall der **w i r k s a m e n** außerordentlichen Kündigung ausdrücklich ausspricht, so muß das zudem um so mehr gelten, wenn - wie hier - nur eine unwirksame außerordentliche Kündigung stattgefunden hat.

II. Für die Zeit vom 23. August 1960 ab bis zum 30. Juni 1961 ergibt sich die Zahlungsverpflichtung der Beklagten dem Grunde nach aus § 615 Satz 1 BGB, weil die Beklagte sich in dieser Zeit mit der Annahme der Dienste des Klägers im Verzug befunden hat. Das ergibt sich im einzelnen aus folgendem:

1. Mit dem Ausspruch der - wie rechtskräftig feststeht - unwirksamen außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 23. August 1960 hatte die Beklagte gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß sie die Annahme der Dienste des Klägers ablehne (vgl.

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BAG [Gr.S] 3, 66 [74] = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG; BAG 10, 202 [205] = AP Nr. 18 zu § 615 BGB). Demnach genügte gemäß § 295 Satz 1 BGB ein wörtliches Angebot der Dienste durch den Kläger, um die Beklagte in Annahmeverzug zu versetzen.

2. Ein solches wörtliches Angebot der Dienste ist darin zu sehen, daß der Kläger sich gegen die Wirksamkeit der Kündigung vom 23. August 1960 gewandt und dagegen mit einer entsprechenden Klage auf Feststellung deren Unwirksamkeit vorgegangen ist (vgl. BAG 10, 202 [205,206] = AP Nr. 18 zu § 615 BGB).

a) Soweit die Revision geltend macht, ein Arbeitsangebot durch den Kläger liege deshalb nicht vor, weil er in der Korrespondenz vor dem Kündigungsprozeß es abgelehnt und als unzumutbar bezeichnet habe, seine Arbeit bei der Beklagten fortzusetzen, kann ihr nicht gefolgt werden. Eine dahin gehende Äußerung hat der Kläger ausweislich des Schreibens seines Prozeßbevollmächtigten vom 19. August 1960 nur v o r dem Ausspruch der Kündigung vom 23. August 1960 im Zuge der damals zwischen den Parteien aufgetretenen Differenzen gemacht. Er hat jedoch in dem erwähnten Schreiben vom 19. August 1960 ausdrücklich seine Dienstbereitschaft erklärt.

b) Soweit die Revision weiter anführt, ein Arbeitsangebot durch den Kläger sei deshalb nicht gegeben, weil er im Zuge des von ihm angestrebten Kündigungsrechtsstreites zunächst auch einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung gestellt hatte, hat das Landesarbeitsgericht diese Ansicht mit Recht als unzutreffend bezeichnet. Derjenige, der auf Feststellung der Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung klagt und - im Wege des sogenannten uneigentlichen Eventualantrages (vgl. BAG 7, 304 [312] = AP Nr. 55 zu § 1 KSchG) für den Fall seines Obsiegens mit seiner Feststellungsklage - auch einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung stellt, begehrt mit einem solchen Auflösungsantrag einen richterlichen Gestaltungsakt, der auf den Zeitpunkt der mißlungenen außer-



- 6 -

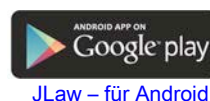
ordentlichen Kündigung zurückwirkt, wenn ihm stattgegeben wird (BAG 5, 354 ff. [359,360] = AP Nr. 11 zu § 13 KSchG). Wenn dem Auflösungsantrag entsprochen wird, scheidet mit dessen Rechtskraft ein Annahmeverzug des Arbeitgebers mit den Folgen aus § 615 Satz 1 BGB, § 9 KSchG nachträglich - nämlich rückwirkend auf den Zeitpunkt der Auflösung - begrifflich aus, weil ein Annahmeverzug nur in einer Zeit möglich ist, in der ein Arbeitsverhältnis besteht (vgl. BAG 7, 4 [19] = AP Nr. 1 zu § 15 KSchG; vgl. auch BAG Nr. 2 zu § 15 KSchG; BAG 8, 172 [180] = AP Nr. 5 zu § 15 KSchG). Es entspricht jedoch nicht der Interessenlage eines zu Unrecht gekündigten Arbeitnehmers und daher auch nicht seinem erkennbaren Parteiwillen, anzunehmen, daß er schon mit einem bloßen Auflösungs a n t r a g selbst zum Ausdruck bringe, er wolle seine Dienste dem Arbeitgeber künftig nicht mehr anbieten. Es muß in Betracht gezogen werden, daß ein Auflösungsantrag - wie im vorliegenden Fall wegen § 21 Abs. 1 Satz 2 KSchG - unzulässig und daß sein Erfolg ungewiß sein kann. Es kann sich im Laufe eines Kündigungsrechtsstreites auch aus sonstigen Gründen - z.B. wegen Verständigungsbereitschaft der Parteien - als zweckmäßig erweisen, den Auflösungsantrag zurückzunehmen. Wollte man annehmen, schon mit dem Stellen eines Auflösungsantrages bringe der Arbeitnehmer zum Ausdruck, er biete seine Arbeit dem Arbeitgeber nicht mehr an, würde ein auf die Wahrnehmung seiner etwaigen Annahmeverzugsrechte bedachter Arbeitnehmer zudem leicht dazu verleitet werden, seinen Auflösungsantrag möglichst spät zu stellen, was ihm nach § 7 Abs. 1 letzter Satz KSchG bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz ohne weiteres möglich ist. Mit diesen riskanten und prozeßunökonomischen Folgen will aber der Gesetzgeber das Stellen eines Auflösungsantrages in keinem Fall belasten. Das Gesetz gestattet vielmehr dem Arbeitnehmer, seine Dienste dem Arbeitgeber in einer den Annahmeverzug begründenden Weise anzubieten und daneben auch einen Auflösungsantrag zu verfolgen. Den Rechtsverlust seiner Ansprüche aus einem Annahmeverzug des Arbeitgebers soll der Arbeitnehmer erst hinnehmen müssen, wenn seinem Auflösungsantrag tatsächlich rechtskräftig und mit rückwirkender Kraft stattgegeben wird und er eine Abfindung erhält. Das ist die - vom Gesetz erkennbar gestattete -

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

- 7 -



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



JLaw – für Android

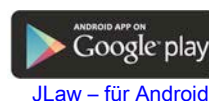


JLaw – für iOS

Rechtsbedingung, unter der der Auflösungsantrag gestellt wird und die einen Annahmeverzug des Arbeitgebers solange zuläßt, als nicht rechtskräftig und rückwirkend auf Auflösung erkannt ist.

c) Zu Unrecht greift schließlich die Revision die Annahme des Landesarbeitsgerichts an, der Kläger sei gar nicht in der Lage gewesen, entsprechend seinem Angebot bei der Beklagten tätig zu werden, falls diese es angenommen hätte. Es ist an sich zutreffend, daß auch ein wörtliches Arbeitsangebot nach § 295 Satz 1 BGB nur dann einen Annahmeverzug des Arbeitgebers zu begründen vermag, wenn der Arbeitnehmer auch tatsächlich in der Lage ist, seine Arbeitsleistungen zu erbringen, falls der Arbeitgeber sie annehmen würde (§ 297 BGB). Das Landesarbeitsgericht hat aber in tatsächlicher Beziehung festgestellt, der Kläger sei ohne weiteres in der Lage gewesen, seine der Beklagten angebotenen Dienste auch tatsächlich zu erbringen, falls diese sie angenommen hätte. Es hat dazu im einzelnen ausgeführt, dem Kläger sei es ohne weiteres möglich und er sei auch willens gewesen, den von ihm in Angriff genommenen Aufbau einer selbständigen Existenz jederzeit abubrechen, falls die Beklagte auf seine Dienste zurückgriff. An diese von der Revision nicht mit Verfahrensrügen im Sinne von § 554 Abs. 3 Ziffer 2 b ZPO angegriffenen tatsächlichen Feststellungen ist die Revisionsinstanz gebunden (§ 561 Abs. 2 ZPO).

3. Hat somit nach allem das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, daß sich die Beklagte in der Zeit vom 23. August 1960 bis zum 30. Juni 1961 in Annahmeverzug befunden hat, so stehen ihm für diese Zeit die von ihm verfolgten Gehaltsansprüche zu. Auch die von ihm begehrte Weihnachtsgratifikation kann der Kläger nach § 615 Satz 1 BGB verlangen (vgl. BAG AP Nr. 6 zu § 615 BGB; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, 9. Aufl., § 615 Anm. 14). Denn der Arbeitnehmer soll während des Annahmeverzuges des Arbeitgebers vergütungsmäßig so gestellt werden, wie wenn er gearbeitet hätte. Die Beklagte hätte nur geltend machen können, im Falle der Arbeit wäre der Kläger aus sachlichen Gründen von der Gratifikations-



zahlung ausgenommen worden. Eine solche Darstellung hat die Beklagte jedoch nicht gegeben.

4. Die dem Kläger nach § 615 Satz 1 BGB somit zustehenden Bezüge sind nur zu kürzen, wenn er sich gemäß § 615 Satz 2 BGB entgegenhalten lassen muß, er habe in der hier in Betracht kommenden Zeit einen Zwischenverdienst böswillig unterlassen oder anderweitigen Verdienst erzielt.

a) Im Hinblick auf § 615 Satz 2 BGB hat das Landesarbeitsgericht angenommen, ein böswilliges Unterlassen im Sinne des § 615 Satz 2 BGB liege nur dann vor, wenn dem Arbeitnehmer ein Vorwurf daraus gemacht werden könne, daß er während des Annahmeverzuges vorsätzlich untätig gewesen sei oder die Aufnahme der Arbeit bewußt verhindert habe. Außerdem müsse eine Möglichkeit des Tätigwerdens überhaupt bestanden haben, und die Tätigkeit müsse für den Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zumutbar gewesen sein.

b) Diese Annahme des Landesarbeitsgerichts begegnet keinen rechtlichen Bedenken (vgl. statt aller: BAG 6, 306 ff. = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Böswilligkeit). Der Kläger war grundsätzlich berechtigt, anstelle der Aufnahme einer abhängigen Tätigkeit den Aufbau eines eigenen Geschäftes zu versuchen. Nur wenn ein solches Vorhaben völlig unrealistisch gewesen wäre, könnte man von einem böswilligen Unterlassen sprechen. Unter den hier gegebenen Umständen - frühere Selbständigkeit des Klägers als Finanzierungskaufmann, maßgebliche Position bei der Beklagten - konnte der Kläger aber durchaus versuchen, sich eine selbständige Existenz zu schaffen. Der Einwand der Revision, der Arbeitnehmer könne sich nicht auf Kosten des Arbeitgebers selbständig machen, geht fehl. Die Revision verkennt, daß der Kläger gerade durch die unrechtmäßige fristlose Entlassung in die Situation gebracht worden ist, einer anderweitigen Tätigkeit nachzugehen. Der Hinweis der Revision auf die allgemeine Arbeitsmarktlage rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Beklagte hätte im einzelnen Arbeitsgelegenheiten für den Kläger dartun müssen. Ebensowenig wie sich der Arbeitnehmer allgemein auf eine



schlechte Arbeitsmarktlage berufen kann, kann der Arbeitgeber auf eine gute Arbeitsmarktlage verweisen. Er muß vielmehr konkrete Nachweise erbringen. Das kann die Beklagte nicht mehr in der Revisionsinstanz nachholen. Ihre dahingehende Rüge aus § 139 ZPO ist unzulässig. Denn für eine ordnungsgemäße Rüge des § 139 ZPO wäre es erforderlich gewesen, daß die Beklagte die aufklärungsbedürftigen Fragen benannt und die Antworten, die sie hierauf erteilt hätte, im einzelnen dargelegt hätte. An solchen Darlegungen hat es die Beklagte aber fehlen lassen.

Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen daher die Annahme des Landesarbeitsgerichts, daß der Kläger einen anderweitigen Erwerb nicht böswillig unterlassen hat.

c) Mit Recht ist das Landesarbeitsgericht auch weiter davon ausgegangen, die Beklagte sei darlegungs- und beweispflichtig dafür, daß der Kläger in der hier in Betracht kommenden Zeit anderweitige Einkünfte erzielt habe (vgl. statt aller: BAG 6, 306 [310] = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Böswilligkeit). Gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe jedoch einen entsprechenden Beweis nicht erbringen können, hat die Revision keine Verfahrensrügen erhoben. Es muß deshalb die Behauptung des Klägers, er habe in der fraglichen Zeit keine Einnahmen gehabt, zu Grunde gelegt werden.

4. Damit ergibt sich, daß die dem Kläger nach § 615 Satz 1 BGB zustehenden Bezüge nicht aus dem Gesichtspunkt des § 615 Satz 2 BGB zu kürzen sind.

III. Die zu Ziffer I und II dieser Entscheidungsgründe dargelegte Rechtslage führt insgesamt zu der Pflicht der Beklagten, ab August 1960 bis zum 30. Juni 1961 die vom Kläger verfolgten - rechnerisch nicht weiter streitigen - Bezüge in vollem Umfang zu zahlen. Da das Landesarbeitsgericht diese Folge ausgesprochen hat, macht das die Zurückweisung der Revision notwendig.

gez. Dr. Boldt Dr. Stumpf Dr. Holschemacher
Döring Blome

