

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

16. Feb. 1967

Gesetz: Verordnung über Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner i.d.F. vom 29.12.1937 - RGBI. I, 1417 - [VO 1937] § 3 Abs. 2; Verordnung zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiete des Arbeitsrechts vom 1.9.1939 - RGBI. I, 1683 - [VO 1939] - § 1; Verordnung über Berufsfürsorge für entlassene Soldaten und männliche Angehörige des Reichsarbeitsdienstes im und nach dem Kriege vom 18.9.1940 - RGBI. I, 1241 - [VO 1940] § 1

- Leitsätze: 1. Setzt der aus dem Wehrdienst bzw. der Kriegsgefangenschaft heimkehrende Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber, das gemäß der VO 1939 während der Dauer der Einberufung geruht hat, nicht fort, so kann er von dem Arbeitgeber eines anderen im Anschluß an die Rückkehr begründeten Arbeitsverhältnisses die Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit nach näherer Maßgabe der VO 1940 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 VO 1937 in folgenden Fällen verlangen:
- a) wenn das ruhende Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Entlassung aus dem Wehrdienst bzw. der Kriegsgefangenschaft rechtlich erloschen war;
 - b) wenn die Fortsetzung des ruhenden Arbeitsverhältnisses ungeachtet seines etwaigen rechtlichen Fortbestandes nach den im Zeitpunkt der Entlassung bestehenden betrieblichen Verhältnissen oder aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden und durch den Wehrdienst bedingten Gründen in absehbarer Zeit ausgeschlossen war.
2. Der Fortsetzung des ruhenden Arbeitsverhältnisses entgegenstehende Umstände im Sinne von Nr. 1 b) hat der Arbeitnehmer darzutun und im Zweifelsfall zu beweisen, falls er von dem Arbeitgeber des im Anschluß an die Rückkehr Neubegründeten Arbeitsverhältnisses die Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit begehrt.

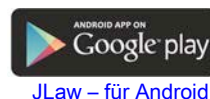
Aktenzeichen: 5 AZR 335/66

Urteil des BAG vom 16. Februar 1967

LAG Düsseldorf



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

kündet am
Februar 1967

. Weinrich,
ierungshauptsekretär
Urkundsbeamter
Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. Februar 1967 durch den Senatspräsidenten Professor Dr. Dr. Boldt, die Bundesrichter Dr. Auffarth und Siara sowie den Bundesarbeitsrichter von Oppen und die Bundesarbeitsrichterin Schäfer für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 30. Juni 1966 - 9 (10) Sa 216/66 - aufgehoben.

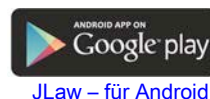
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, die Kriegsdienst- und Gefangenschaftszeit des Klägers auf die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit bei der Beklagten anzurechnen und ihm davon abhängige Vorteile - u.a. ein der Höhe nach unstreitiges Jubiläumsgeld - zu gewähren.

Vor seiner Einberufung zur Deutschen Wehrmacht am 30. November 1940 war der Kläger bei der Julius Sch Söhne KG in Düsseldorf beschäftigt. Im Anschluß an den Kriegsdienst geriet er in russische Gefangenschaft, aus der er am 24. Dezember 1949 entlassen wurde. Vom 25. Dezember 1949 bis zum 29. Januar 1950 war der Kläger krank.

Am 30. Januar 1950 wurde er von der Beklagten als Entlader eingestellt. Zu diesem Zeitpunkt bestand die Julius Sch Söhne KG noch. Der Kläger hat jedoch nach seinem Vorbringen das Arbeitsverhältnis mit diesem Arbeitgeber nicht wieder aufgenommen, weil ihm bei seinem geschwächten Kräftezustand die frühere ausgeübte Arbeit als Umrollgehilfe zu schwer war.

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, die Zeit vom 30. November 1940 bis 24. Dezember 1949 auf die Betriebszugehörigkeit des Klägers anzurechnen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 715,26 DM brutto zu zahlen.

Die Beklagte hält das an sie gerichtete Verlangen für unberechtigt, weil das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem früheren Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Rückkehr noch bestanden habe. In diesem Falle sei sie zur Anrechnung des Wehrdienstes auf die Betriebszugehörigkeit nicht verpflichtet. Sie hat daher beantragt, die Klage abzuweisen.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision zugelassen. Die



Beklagte verfolgt mit diesem Rechtsmittel das Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet, da das Landesarbeitsgericht die rechtlichen Voraussetzungen für die Anrechnung der Wehrdienstzeit des zweiten Weltkrieges auf die Betriebszugehörigkeit unrichtig beurteilt hat.

1. Das Landesarbeitsgericht sieht als maßgebliche Rechtsgrundlage für das Anrechnungsbegehren des Klägers § 1 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über Berufsfürsorge für entlassene Soldaten und männliche Angehörige des Reichsarbeitsdienstes im und nach dem Kriege vom 18. September 1940 (RGBl. I, 1241) - VO 1940 - an, eine Bestimmung, die wie folgt lautet:

"Auf alle Soldaten und männlichen Angehörigen des Reichsarbeitsdienstes, die während des Krieges und später bei der Überleitung in das Friedensverhältnis in Ehren entlassen werden und sich nicht in einem Beschäftigungsverhältnis befinden, das auf Grund des § 1 der Verordnung zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiete des Arbeitsrechts vom 1. September 1939 (Reichsgesetzbl. I S. 1683) fortbesteht, sind die §§ 2 bis 6, 8 bis 11 und 13 bis 18 der Verordnung über Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner in der Fassung vom 29. Dezember 1937 (Reichsgesetzbl. I S. 1417) sinngemäß anzuwenden."

Diese textliche Fassung dürfe, so meint das Landesarbeitsgericht im einzelnen, nicht dahin verstanden werden, daß die unter die VO 1940 fallenden Arbeitnehmer sich mit ihrem Anrechnungsverlangen nur an ihren früheren Arbeitgeber, mit dem das Arbeitsverhältnis nach der Verordnung zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiete des Arbeitsrechts vom 1. September 1939 (RGBl. I, 1683) - VO 1939 - fortbestehe, halten könnten. Die sinnvolle Auslegung des § 3 Abs. 2 VO 1937, auf den die VO 1940 verweise, führe vielmehr dazu, daß die Anrechnung auch dann stattzufinden habe, wenn der Arbeitnehmer im Anschluß an die Rückkehr aus dem Wehrdienst in einen anderen Betrieb eintrete. Denn die



VO 1940 habe nicht zu einer Schlechterstellung der Soldaten gegenüber der Verordnung über Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner i.d.F. vom 29. Dezember 1937 (RGBl. I, 1417) - VO 1937 - führen wollen. Wäre es anders, so müßte man "absurde Ergebnisse" in Kauf nehmen; es würde nämlich der Soldat, der anschließend an die aktive Wehrdienstpflicht Kriegsdienst geleistet habe, schlechter gestellt, da er bei der engen, vom Landesarbeitsgericht abgelehnten Auslegung der VO 1940 nur noch bei Wiedereintritt in den früheren Betrieb den Anrechnungsanspruch hätte. Die Wendung in § 1 Abs. 1 Satz 1 VO 1940: "... und sich nicht in einem Beschäftigungsverhältnis befinden, das auf Grund des § 1 ... der VO... 1939 ... fortbesteht", enthalte nichts anderes als einen Hinweis darauf, daß das nach der VO 1939 fortbestehende Arbeitsverhältnis dem dieses Arbeitsverhältnis wiederaufnehmenden Soldaten den Anrechnungsanspruch gebe und die Anwendung dieser VO daher entfalle. Diese Soldaten sollten aber nicht gezwungen sein, das ruhende Arbeitsverhältnis fortzusetzen, um sich den Anrechnungsanspruch zu erhalten. Dies entspreche auch der in § 2 VO 1939 normierten freien Kündbarkeit des alten Arbeitsverhältnisses. Im Falle der Rückkehr aus dem Wehrdienst habe also der Soldat nach der VO 1940 dasselbe Wahlrecht wie der Soldat nach der VO 1937: Er könne zwischen dem alten und einem neuen Arbeitgeber wählen, ohne seinen Anrechnungsanspruch zu gefährden. Jede andere Auslegung, so meint das Landesarbeitsgericht abschließend, wäre mit dem Gebot der Gerechtigkeit und dem Prinzip der Rechtsgleichheit unvereinbar.

2. Diese Darlegungen halten den Angriffen der Revision nicht stand. Das Landesarbeitsgericht verkennt die rechtliche Bedeutung der VO 1940 und ihren sachlichen Zusammenhang mit den Berufsfürsorgeregelungen der Verordnungen 1937 und 1939.

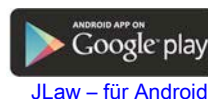
a) Rechtlich zutreffend ist nur der Ausgangspunkt des Landesarbeitsgerichts, daß nämlich als Rechtsgrundlage für das Anrechnungsbegehren des Klägers allein § 1 Abs. 1 Satz 1



VO 1940 in Betracht kommt. Diese Bestimmung ist ebenso wie § 3 Abs. 2 VO 1937 und die VO 1939 noch heute gültiges und anwendbares Recht. Dies ist gefestigte Rechtsprechung des Senats (BAG 13, 79 ff. = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten; AP Nr. 2 zu § 611 BGB ebenda), an der er trotz einzelner in der Literatur geäußerter Bedenken festgehalten hat (Urteil vom 24. März 1966 - 5 AZR 394/65 - zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten). Beide Parteien gehen auch hier von dieser Rechtsprechung aus, von der abzuweichen keine Veranlassung besteht.

b) Unrichtig ist jedoch die Auslegung, die das Landesarbeitsgericht dem § 1 Abs. 1 Satz 1 VO 1940 gegeben hat. Für den Geltungsbereich dieser Vorschrift hat nämlich ihr gesamter Inhalt materiellrechtliche Bedeutung; es ist nicht zulässig, dem Satzteil "und sich nicht in einem Beschäftigungsverhältnis befinden, das auf Grund des § 1... VO 1939... fortbesteht" jegliche dahingehende Bedeutung abzusprechen und seinen rechtlichen Sinn auf den Charakter eines bloßen die Rechtslage nach der VO 1939 erläuternden Hinweises zu beschränken. Eine solche Annahme verbietet sich bereits nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift. Sowohl das positive Tatbestandsmerkmal der Entlassung "während des Krieges und später bei der Überleitung in das Friedensverhältnis" als auch das negative Merkmal des erwähnten Satzteils umschreiben - beide zu gleichwertiger rechtlicher Wirkung durch das Wörtchen "und" verbunden - die rechtlichen Voraussetzungen, die der Gesetzgeber für das Eingreifen der VO 1940 gesetzt hat.

Damit werden Geltungsbereich und zugleich Schutzwirkung der VO 1940 in bestimmter Weise abgegrenzt: Diese Verordnung greift nur ein, wenn der aus dem Wehrdienst bzw. der Kriegsgefangenschaft (vgl. hierzu Urteil des Senats vom 27. Oktober 1966 - 5 AZR 147/66 - demnächst AP Nr. 7 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten) zurückkehrende Soldat sich nicht in einem nach der VO 1939 ruhenden Arbeitsverhältnis und auch noch bei der Rückkehr bestehenden Arbeitsverhältnis befindet. Der recht-



liche Fortbestand eines nach der VO 1939 ruhenden - und zwar eines, wie weiter unten noch darzulegen sein wird, praktisch realisierbaren - Arbeitsverhältnisses schließt daher die Anwendung der VO 1940 aus (so auch Sahmer in der Anmerkung zu AP Nr. 5 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten; Reinecke, BB 1963, 1299).

Dies war auch bisher schon die vom Landesarbeitsgericht nicht genügend beachtete Auffassung des Senats. Bereits in der Entscheidung BAG 13, 79 ff. hat der Senat für die Anwendung der VO 1940 maßgeblich darauf abgestellt, ob das bei der Einberufung gemäß § 1 VO 1939 zunächst ruhende Arbeitsverhältnis nachträglich seinen Bestandschutz verloren hatte und bei der Rückkehr des Einberufenen erloschen war. Ebenso ist in dem Urteil AP Nr. 5 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten unter Nr. 4 als Sinn der VO 1940 festgestellt, den unter der Geltung der VO 1939 Einberufenen, die wegen des späteren Erlöschens ihres Arbeitsverhältnisses die Rechtsvorteile der VO 1939 im Zeitpunkt der Rückkehr ausnahmsweise nicht in Anspruch nehmen konnten, wenigstens die Rechte aus der VO 1937 zukommen zu lassen.

c) Der eingeschränkte Geltungsbereich und damit auch die beschränkte Schutzwirkung der VO 1940 erklären sich aus dem inneren Sachzusammenhang, der zwischen den einzelnen Berufsfürsorgeverordnungen besteht. Der Gesetzgeber hat danach nur jene einberufenen Arbeitnehmer in den Schutz der VO 1940 einbezogen, die nicht bereits durch die Regelung der VO 1939 hinreichend geschützt waren. Um dies zu verdeutlichen, muß näher auf den Geltungsbereich und das Schutzsystem der einzelnen Berufsfürsorgeverordnungen eingegangen werden.

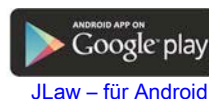
aa) Die erste der Verordnungen, die VO 1937 - ebenso wie ihre Vorgängerin, die VO über Fürsorge für Soldaten und Arbeitsmänner vom 30. September 1936 (RGBl. I, 865) - erfaßt allein solche Arbeitnehmer, die zur Erfüllung der aktiven Dienstpflicht in der Wehrmacht einberufen wurden (§ 1), und diejenigen Soldaten, die über die Dauer der aktiven Dienstpflicht freiwillig länger im aktiven Wehrdienst verblieben (§ 20 Abs. 1), nicht jedoch die zu kurzfristiger Ausbildung



einberufenen Soldaten (§ 20 Abs. 2). Für den erfaßten Personenkreis galt der Grundsatz des gesetzlichen Erlöschens des bisherigen Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt des Eintritts in die Wehrmacht (§§ 1, 7). Dieses Arbeitsverhältnis war und blieb erloschen; es ist zu späterer Zeit keine Vorschrift ergangen, die diese Gesetzesfolge beseitigt hätte (vgl. Bulla in Deutsches Recht 1940, 2094 [2095 unter 2a]).

Das gesamte Schutzsystem der VO 1937 knüpft an dieses gesetzliche Erlöschen des Arbeitsverhältnisses an und hat es zur inneren Voraussetzung. Die entlassenen Soldaten werden danach der besonderen Fürsorge der Arbeitsämter anvertraut, die, ohne daß ein Rechtsanspruch hierauf besteht, in erster Linie die Wiedereinstellung in den früheren Betrieb anstreben sollen (§ 2; vgl. auch § 8). Da ein neues Arbeitsverhältnis - sei es mit dem bisherigen oder einem neuen Arbeitgeber - begründet werden muß, ist es, wenn Nachteile für den einberufenen Soldaten vermieden werden sollen (§ 3 Abs. 1), unerlässlich zu bestimmen, daß die Zeit der erfüllten aktiven Dienstpflicht auf die Betriebszugehörigkeit beim alten wie auch bei einem neuen Arbeitgeber anzurechnen ist (§ 3 Abs. 2). Die Anrechnung in jedem anschließend an die Rückkehr aus dem Wehrdienst begründeten Arbeitsverhältnis ist also allein die Folge des Erlöschens des bisherigen Arbeitsverhältnisses. Damit waren freilich nicht alle durch die wehrdienstbedingte Abwesenheit bedingten nachteiligen Folgen für den Arbeitnehmer ausgeglichen; denn die vor der Einberufung laufende Betriebszugehörigkeit ging ihm nach der Gesetzeslage in jedem Falle verloren, auch dann, wenn er in den alten Betrieb wiedercintrat. Das letztere konnte nur auf Grund einer neuen besonderen Vereinbarung geschehen.

bb) Demgegenüber beschritt die am 7. September 1939 in Kraft getretene VO 1939 einen völlig anderen Weg. Sie bestimmte - ebenso wie jetzt der Sache nach § 1 Abs. 1 ArbPlatzSchutzG -, daß durch die Einberufung zu einer Dienstleistung im Wehrdienst ein bestehendes Arbeitsverhältnis nicht gelöst wird, die beiderseitigen Rechte und Pflichten für die Dauer der Einberufung vielmehr ruhen. Diese Regelung galt für sämtliche



Einberufungsfälle nach dem Inkrafttreten der VO 1939, also auch für Einberufungen, die zur Erfüllung der aktiven Wehrpflicht erfolgten; denn auch diese führten zu "Dienstleistungen im Wehrdienst" im umfassenden Sinn des § 1 Abs. 1 VO 1939 (Bulla, DR 1940, S. 2094; Schelp, RABl. 1940, Teil 5, S. 254 ff. [256]). Das letztere klarzustellen, ist allein der Sinn des § 1 Abs. 2 VO 1940, wonach die §§ 1 und 7 der VO 1937 insoweit nicht gelten, als die Vorschriften der §§ 1 und 2 der VO 1939 eingreifen (vgl. hierzu Schelp, Berufsfürsorge für entlassene Soldaten, 2. Aufl., 1940, S. 8). Für Einberufungen zum aktiven Wehrdienst verlor die VO 1937 daher seit dem 7. September 1939 ihre bisherige Bedeutung.

Ziel der VO 1939 ist daher nicht lediglich die Wiedereingliederung des zurückkehrenden Soldaten in das Berufsleben, sondern vorrangig die Sicherung des bisherigen Arbeitsplatzes. Der einberufene Arbeitnehmer sollte "vor dem wesentlichsten Nachteil, den er durch Wehrdienst erleiden könnte, nämlich dem Verlust seines Beschäftigungsverhältnisses, bewahrt" werden (so Schelp am zuletzt angeführten Ort S. 7; ähnlich Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, 1940, S. 21: "Die Erhaltung des Arbeitsplatzes ist der eindeutige Zweck, der alle Einzelbestimmungen beherrscht und auch für ihre Auslegung und Ergänzung maßgebend sein muß.... Der Einberufene soll die Gewißheit haben, daß er mit der Stätte seiner bisherigen täglichen Arbeit verbunden bleibt, so daß er nach der Rückkehr aus dem Felde, ohne erst darum bitten zu müssen, da weiterarbeiten kann, wo er aufgehört hat.... Daher bleibt das Arbeitsverhältnis des ... Einberufenen bestehen").

Diese Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses hatte ihre allgemeinen rechtlichen Folgen. So stand es dem zurückkehrenden Soldaten entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht frei, unter Mißachtung der bisherigen rechtlichen Bindungen in einen neuen Betrieb einzutreten. Dies galt nach der Auffassung des angeführten Schrifttums zu Recht als Vertragsbruch (Bulla, aaO, S. 2098; Siebert, aaO, S. 62; Schelp, RABl. 1940, Teil 5, S. 520; Walther in DB 1963, S. 1086 ff.;



so auch für das Arbeitsplatzschutzgesetz Sahmer, ArbPlatz-SchutzG, 2. Aufl., Anm. 16). Dem entsprach die Pflicht des Arbeitgebers, den zurückkehrenden Arbeitnehmer wieder zu beschäftigen (Schelp, Berufsfürsorge für entlassene Soldaten, S. 18).

Die VO 1939 nimmt damit den zentralen Platz in der Berufsfürsorge für Soldaten des zweiten Weltkrieges ein. Sie war von der deutlich erkennbaren Absicht des Gesetzgebers getragen, vom einberufenen Arbeitnehmer alle aus der Abwesenheit folgenden weiteren Nachteile fernzuhalten. Zu diesen zu vermeidenden Folgen gehörte auch die Unterbrechung der Betriebszugehörigkeit durch die wehrdienstbedingte Abwesenheit. Es war daher in damaliger Zeit allgemeine Meinung im Schrifttum, daß sich bereits aus dem Ruhen des Arbeitsverhältnisses im Sinne der VO 1939 die Pflicht des bisherigen Arbeitgebers zur Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit ergab. Dies besonders auszusprechen, hat der Gesetzgeber der VO 1939 im Gegensatz zum Gesetzgeber des Arbeitsplatzschutzgesetzes (§ 6 Abs. 2) für entbehrlich angesehen; es erschien ihm als selbstverständliche Folge des Ruhens (s. Siebert, aaO, S. 55; Schelp, RABl. 1940, Teil 5, S. 520 ff.; Bulla, DR 1940, 2096; offenbar auch Kalckbrenner in AR-Kartei Wehrdienst IA unter IX; ferner Sahmer ArbPlatz-SchutzG, 2. Aufl., Anm. 12, 67 a; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Bd. I, S. 215 und 580 mit Anm. 47; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. I, S. 684 und 712).

Bei dieser Rechtslage bedarf es nicht des Rückgriffs auf die VO 1937, um den Anrechnungsanspruch gegen den bisherigen Arbeitgeber zu begründen. Der Senat hat allerdings in den Entscheidungen BAG 13, 79 ff. und AP Nr. 2 und (demnächst) 7 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten der Ansicht Ausdruck gegeben, der Gesetzgeber habe im Rahmen der VO 1939 die Anwendung des § 3 Abs. 2 VO 1937 als selbstverständlich vorausgesetzt, wie sich aus § 1 Abs. 2 VO 1940 ergebe. Diese Begründung des Anrechnungszwanges erscheint entbehrlich; der Senat hält sie nicht mehr aufrecht, zumal § 1 Abs. 2 VO 1940, wie oben bereits dargelegt, allein das Ziel verfolgt, den Vorrang der



VO 1939 im Hinblick auf Einberufungen zum aktiven Wehrdienst klarzustellen. Jedenfalls läßt sich aber aus der früheren Begründung nicht, wie der Kläger meint, folgern, der Senat habe mit dem Hinweis auf § 3 Abs. 2 VO 1937 dem Arbeitnehmer des ruhenden Arbeitsverhältnisses den Anrechnungsanspruch stets gegen jeden Arbeitgeber zuerkennen wollen, mit dem er nach der Rückkehr ein neues Arbeitsverhältnis erstmals begründe. Dem Senat ging es in den erwähnten Entscheidungen allein darum, die rechtliche Grundlage für die Anrechnungspflicht des bisherigen Arbeitgebers zu schaffen; die weiteren vom Kläger dem Senat unterstellten Folgerungen wären auch mit dem Gesamthalt der erwähnten Urteile, insbesondere BAG 13, 79 ff. und AP Nr. 2 zu § 611 EGB Kriegsdienstzeiten, nicht vereinbar.

cc) In der Praxis zeigte sich bald, daß die Berufsfürsorge für einberufene Arbeitnehmer nicht in allen Fällen auf dem mit der VO 1939 beschrittenen Weg ihr Ziel erreichen konnte. Die Aufrechterhaltung des im Zeitpunkt der Einberufung bestehenden Arbeitsverhältnisses bot dem Arbeitnehmer nämlich dann keine Sicherheit mehr, wenn dieses Arbeitsverhältnis während des Wehrdienstes erlosch und daher die Vermittlung in eine neue Arbeitsstelle notwendig wurde. Dieser Fall konnte beispielsweise eintreten, wenn das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber mit Zustimmung des Treuhänders der Arbeit oder auch vom Arbeitnehmer selbst gekündigt wurde (§ 2 VO 1939), ferner wenn es von vornherein befristet war oder wenn der Betrieb auf Grund von kriegswirtschaftlichen Maßnahmen stillgelegt werden mußte.

In Fällen dieser Art stand der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Rückkehr aus dem Wehrdienst vor der gleichen Situation wie derjenige, dessen Arbeitsverhältnis gemäß §§ 1, 7 VO 1937 durch die Einberufung gesetzlich aufgelöst worden war. Hier und dort war die Rückkehr auf den alten Arbeitsplatz rechtlich nicht erzwingbar; die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses, häufig auch in einem anderen Betrieb, war notwendig. Aus diesem Grund hat die VO 1940 - dies ist der Hauptzweck ihres Erlasses (vgl. hierzu Schelp, Berufsfürsorge für entlassene Soldaten, S. 24 ff.) - das Schutzsystem der VO 1937



für alle jene aus dem Wehrdienst zurückkehrenden Arbeitnehmer übernommen, deren Arbeitsverhältnis zwar nicht sofort durch die Einberufung, sondern erst während des Wehrdienstes aus sonstigen Gründen aufgelöst worden war und die daher nicht auf den alten Arbeitsplatz zurückkehren konnten. Dabei ist dieses Schutzsystem zugleich durch die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 1 VO 1940 – auch für die unmittelbar von der VO 1937 erfaßten Arbeitsverhältnisse – dahin weiter ausgebaut worden, daß auch die sogenannten Vordienstzeiten auf die Betriebszugehörigkeit angerechnet wurden.

Die VO 1940 trägt also den Charakter einer die Berufsfürsorge der VO 1939 ergänzenden Rechtsquelle (Sahmer Anm. zu AP Nr. 5 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten unter 3 b). Ihr Schutzbereich beginnt erst da, wo der Schutzzweck der VO 1939 versagt. Im Vordergrund stand für den Gesetzgeber aber nach wie vor die Erreichung des Schutzzweckes der VO 1939; dies geht mit aller Deutlichkeit aus den "Richtlinien über Berufsfürsorge für entlassene Soldaten, männliche Angehörige des Reichsarbeitsdienstes usw. im und nach dem Kriege" (als Anlage zur VO 1940 in RGBL. I, S. 1242 veröffentlicht) hervor, die – ungeachtet ihrer rechtlichen Natur – jedenfalls Aufschluß über die gesetzgeberischen Beweggründe geben. Danach ist entsprechend der VO 1939 die Rückkehr in den früheren Betrieb oder Zivilberuf die Regel (vgl. Vorspruch und Nr. I, 1 der Richtlinien). Den Schutz der VO 1940 soll hingegen derjenige erhalten, der nach der Rückkehr aus dem Wehrdienst nicht mehr in den früheren Betrieb zurückkehren kann (vgl. Nr. I, 2 und 3). Die Richtlinien widerlegen deutlich die Meinung des Klägers, die VO 1940 habe ein neues System der Berufsfürsorge geschaffen, indem sie ohne Rücksicht auf das frühere Arbeitsverhältnis die Wiedereingliederung aller heimkehrenden Soldaten in das Wirtschafts- und Berufsleben erstrebe und zu diesem Zwecke die Anrechnung der Wehrdienstzeit in jedem neubegründeten Arbeitsverhältnis vorsehe. In Wahrheit hat die VO 1940 an den Grundsätzen des bisher geltenden Berufsfürsorgerechts nichts geändert, sie vielmehr nur dadurch ergänzt, daß sie die Soldaten mit ruhenden, im



Zeitpunkt der Rückkehr jedoch nicht mehr realisierbaren Arbeitsverhältnissen in den Schutzbereich der VO 1937 einbezog und diesen Schutzbereich zugleich durch die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 2 ausdehnte.

d) Es zeigt sich also, daß die Verordnungen 1939 und 1940 sachlich zwar eng miteinander verbunden sind, ihr Anwendungsbereich jedoch scharf voneinander abgegrenzt ist. Mit Vorrang gilt für alle ihrem Inkrafttreten nachfolgenden Einberufungsfälle die VO 1939, die auf den Schutz des bestehenden Arbeitsverhältnisses hinzielt; mit Vorrang besteht daher auch der Anspruch auf Anrechnung der Betriebszugehörigkeit gegen den Arbeitgeber des nach der VO 1939 ruhenden Arbeitsverhältnisses. Erst wenn der Schutz der VO 1939 versagt, weil die Rückkehr auf den alten Arbeitsplatz nicht möglich ist, greift der Schutz der VO 1940 ein; auch dann erst kommt die Anrechnung der Wehrdienstzeit im Betrieb eines neuen Arbeitgebers als eine die VO 1939 ergänzende Sicherung des Arbeitnehmers in Frage.

Die gegenteilige Ansicht des Landesarbeitsgerichts, das ohne Rücksicht auf die durch die VO 1939 geschaffene Rechtslage die Anrechnung auch in dem anschließend an die Rückkehr neubegründeten Arbeitsverhältnis für geboten hält, beruht letzten Endes auf dem Mißverständnis, daß die VO 1940 einen allgemeinen selbständigen Anspruch auf Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit gewähre. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Anrechnung in ihrer jeweiligen Gestalt ist vielmehr nur ein vom Schutzsystem jeder der Berufsfürsorgeverordnungen abhängiger Teil und in diesem Sinne von sekundärer Bedeutung. Innerhalb des Systems der VO 1939 ist sie die Folge der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses. Innerhalb des Systems der Verordnungen 1937 und 1940 ist sie die Folge des Wegfalls der früheren Arbeitsverhältnisse und der Notwendigkeit der Begründung neuer Arbeitsverhältnisse. Es liegt auf der Hand, daß im letzteren Falle auch die Anrechnungspflicht des Arbeitgebers eines neuen Arbeitsverhältnisses bestimmt werden mußte. Diese Pflicht kann nach dem Gesagten jedoch nicht über den Bereich ausgedehnt werden,



in dem der heimkehrende Soldat vor der Notwendigkeit steht, ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen. Es steht demnach nicht in der freien EntschlieÙung des heimkehrenden Arbeitnehmers, die Anrechnungslast auf den Arbeitgeber eines neu begründeten Arbeitsverhältnisses dadurch zu übertragen, daß er das bisher ruhende Arbeitsverhältnis nicht fortsetzt (so auch Sahmer, Anm. zu AP Nr. 5 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten; Reinecke, BB 1963, 1299; a.A. Hucko, BB 65, 291; Schade, BB 63, 860).

Die Berufsfürsorgeverordnungen haben damit, wenn man sie insgesamt betrachtet, in bezug auf die Anrechnung der Wehrdienstzeit eine zusammenhängende, in sich sinnvoll gegliederte Regelung getroffen. Dabei kann es möglicherweise zu für den Arbeitnehmer unerwünschten Folgen kommen, indem die Wehrdienstzeit unberücksichtigt bleibt, wenn er ohne zureichenden Grund das ruhende Arbeitsverhältnis nach der Rückkehr nicht fortsetzt. Dieses Ergebnis ist vom Gesetzgeber jedoch gewollt. Ausgeschlossen sind jedenfalls "absurde Ergebnisse", die das Landesarbeitsgericht befürchtet. Der vom Landesarbeitsgericht angeführte Fall des Soldaten, der nach seiner aktiven Dienstzeit Kriegsdienst leistet, ist, wenn die Einberufung vor dem 7. September 1939 erfolgte, unmittelbar durch die VO 1937 geregelt und wird, falls die Einberufung später erfolgte, sinnvoll entweder von der VO 1939 oder - unter den Voraussetzungen der VO 1940 - mittelbar gleichfalls von der VO 1937 erfaßt. Es ist ferner auch nur aus der Vernachlässigung des dargelegten Gesamtzusammenhanges der Berufsfürsorgeverordnungen erklärlich, wenn das Landesarbeitsgericht ausführt, die VO 1940 habe "natürlich" nicht zu einer Verschlechterung der Rechtslage für viele Soldaten gegenüber der VO 1937 führen wollen. Eine solche Erwägung liegt außerhalb jeder denkbaren Möglichkeit; denn die VO 1940 hat gerade, um von der VO 1939 offen gelassene Lücken zu schließen, einen bestimmten Personenkreis vollständig in den durch die VO 1937 gewährten Schutz einbezogen.

e) Die Gesamtregelung der Berufsfürsorgeverordnungen macht ferner deutlich, daß ihr Ziel lediglich darauf gerichtet ist,



Nachteile zu vermeiden, die dem Arbeitnehmer aus der wehrdienstbedingten Abwesenheit erwachsen könnten (so zutreffend Sahmer aaO). Dies sprechen die erwähnten Richtlinien zur VO 1940 in ihrem Vorspruch deutlich dahin aus, daß die Entlassenen "gegenüber ihren nichteinberufenen Kameraden betrieblich oder beruflich keinen Nachteil erleiden" sollen. Mit dieser beschränkten Zielsetzung wäre es unvereinbar, jedem zurückkehrenden Arbeitnehmer ohne nachteilige Folgen für die Anrechnung der Wehrdienstzeit zu gestatten, in ein neues Arbeitsverhältnis zu treten. Dadurch würden sie gegenüber den nichteinberufenen Arbeitnehmern bevorzugt, weil sie nämlich die einen jeden treffenden allgemeinen Kriegsfolgen - etwa solche bei der Wohnungsbeschaffung - zum Anlaß nehmen könnten, ohne Gefährdung der Anrechnung den bisherigen Betrieb zu verlassen. Der nichteinberufene Arbeitnehmer, der aus den gleichen Gründen den Arbeitsplatz wechselt, könnte dies jedoch nur unter Verlust der bisher erdienten Betriebsangehörigkeit tun. Auch diese Erwägungen lassen es nicht zu, dem Landesarbeitsgericht auf dem Wege der uneingeschränkten Anrechnung der Wehrdienstzeit in jedem nach der Rückkehr erstmals begründeten Arbeitsverhältnis zu folgen.

f) Der Standpunkt des Landesarbeitsgerichts läßt sich auch nicht mit dem Hinweis auf § 2 VO 1939 rechtfertigen. Diese Vorschrift läßt zwar das Recht des Arbeitnehmers unberührt, das ruhende Arbeitsverhältnis durch Kündigung zu beenden. Die Kündbarkeit war für diese einberufenen Arbeitnehmer sogar erleichtert; denn in diesem Falle galten nicht die Kündigungsbeschränkungen nach § 1 der Verordnung über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels vom 1. September 1939 - RGBI. I, 1685 -, da die Einberufenen für den Arbeitseinsatz nicht frei waren (Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 17. Oktober 1939; s. Siebert, Arbeitsverhältnis und Kriegsdienst, S. 153). Es ist auch, wie bereits dargelegt, richtig, daß das Erlöschen des ruhenden Arbeitsverhältnisses infolge arbeitnehmerseitiger Kündigung zur Anwendung der VO 1940 im Falle der Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Wehrdienst führt.

Daraus läßt sich jedoch nicht folgern, der Arbeitnehmer



könne nach der Rückkehr in einen neuen Betrieb eintreten, ohne Auswirkungen auf die Anrechnung der Wehrdienstzeit hinnehmen zu müssen. Dies erscheint nach dem Wortlaut der VO 1940 und dem dargelegten Zusammenhang der Berufsfürsorgeverordnungen ausgeschlossen. Der Gesetzgeber - das kommt hinzu - ging offenbar davon aus, daß das Erlöschen des ruhenden Arbeitsverhältnisses infolge einer arbeitnehmerseitigen Kündigung ein verhältnismäßig seltener und nur durch besonders wichtige Interessen des abwesenden Arbeitnehmers ausgelöster Fall sei; es erschien daher gerechtfertigt, hier dem heimkehrenden Arbeitnehmer, der infolge seiner Abwesenheit in der Zwischenzeit ein neues Arbeitsverhältnis nicht hatte begründen können, den Schutz der VO 1940 nicht zu versagen. Beendete er jedoch erst nach der Rückkehr aus dem Wehrdienst - soweit dies nach den dann wieder eingreifenden Kündigungsbeschränkungen überhaupt möglich war - das an sich fortsetzbare ruhende Arbeitsverhältnis, so war seine Lage nicht anders als die jedes anderen nicht einberufenen Arbeitnehmers, der zum gleichen Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis kündigte; auch dieser verlor die beim bisherigen Arbeitgeber erworbene Betriebszugehörigkeit.

3. Der Senat kann auch nicht auf dem Wege ausdehnender Auslegung der VO 1940 zu dem Ergebnis der uneingeschränkten Anrechnung der Wehrdienstzeit in jedem anschließend an die Rückkehr des Arbeitnehmers Neubegründeten Arbeitsverhältnis gelangen. Die zur Zeit des Erlasses der Verordnungen 1939 und 1940 bestehenden Verhältnisse haben sich später zwar grundlegend geändert; der damalige Gesetzgeber hat das katastrophale Ende des Krieges und die damit verbundenen Folgen nicht vorausgesehen. Auch sind die einberufenen Arbeitnehmer vielfach weit über die Vorstellungen des Gesetzgebers hinaus durch die wehrdienstbedingte Abwesenheit von ihrem Arbeitsplatz und dem Berufsleben ferngehalten worden.

Die veränderten Verhältnisse haben nach dem Kriege dazu geführt, daß das Schutzsystem der VO 1939 in weit geringerem Maße wirksam geworden ist, als es sich der Gesetzgeber seinerzeit vorgestellt hat. Das zentrale Anliegen der VO 1939



und hiermit des gesamten Berufsfürsorgerechts, nämlich die Weiterbeschäftigung des heimkehrenden Arbeitnehmers auf dem alten Arbeitsplatz, ist weithin gegenstandslos geworden; nicht zuletzt hat die veränderte Situation auch viele Arbeitnehmer bewogen, nicht den Schutz der VO 1939 in Anspruch zu nehmen. Die berufliche Existenz der heimkehrenden Arbeitnehmer ist also in weitem Umfange - und zwar ohne daß das Bedürfnis nach einer näheren gesetzlichen Regelung auftauchte - nicht durch Rückkehr in den alten Betrieb, sondern durch Neueingliederung in das Arbeitsleben gesichert worden. Das, was für den Gesetzgeber die Regel war und die Anrechnung der Wehrdienstzeit im Rahmen der VO 1939 bestimmte, erscheint daher in der späteren Entwicklung mehr als Ausnahme mit der Folge, daß die auf den Ausnahmefall abgestellte Regelung der VO 1940 für die rechtliche Beurteilung der Anrechnungsfrage weithin maßgebend geworden ist.

Dies alles kann jedoch für den Richter kein hinreichender Grund sein, von den Einschränkungen des Geltungsbereichs der VO 1940 abzusehen. Denn dies könnte nicht lediglich durch ausdehnende Auslegung der VO 1940 geschehen, sondern wäre nur im Wege einer Abänderung des Schutzsystems der Berufsfürsorgeverordnungen und der in ihnen enthaltenen Anrechnungsregelungen möglich. Hierzu ist der Richter nicht befugt. Er kann nicht diese Anrechnungsregelungen aus dem Gesamtzusammenhang des Berufsfürsorgerechts lösen und ihnen - dem Grundgedanken und dem Schutzzweck der Verordnungen zuwider - selbständigen Charakter geben. Dies könnte, da jetzt nach dem Ablauf von für die Betriebszugehörigkeit erheblichen Zeiten das Verlangen nach einer Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit offenbar größer geworden ist, nur durch den Gesetzgeber geschehen.

4. Die vorstehend erörterten grundlegend veränderten Verhältnisse geben dem Senat jedoch Anlaß, die Anwendung der VO 1940 nicht in jedem Fall von dem rechtlichen Erlöschen des nach der VO 1939 ruhenden Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Wehrdienst abhängig zu machen. Es gibt zahlreiche Fälle - sie haben sich mit zunehmender Dauer



des Krieges und der Wehrdienstzeit einschließlich Kriegsgefangenschaft vermehrt -, in denen das ruhende Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Rückkehr des Arbeitnehmers zwar rechtlich nicht erloschen bzw. sein rechtlicher Fortbestand zweifelhaft war, in denen seine Aktivierung jedoch durch die während des Wehrdienstes eingetretene Sachlage ausgeschlossen war. Solche Fälle lagen vor, wenn der Betrieb des bisherigen Arbeitgebers mehr oder minder zerstört oder sonst von den Kriegsfolgen betroffen war; dies machte es dem Arbeitgeber unmöglich, den Arbeitnehmer auf dem früheren oder einem gleichwertigen Arbeitsplatz zu beschäftigen. Zu denken ist auch an die vielen Fälle, in denen der heimkehrende Soldat durch Einwirkungen des Krieges bzw. der Kriegsgefangenschaft gesundheitlich stark gelitten hatte und ihm deshalb ein Arbeitsplatz im bisherigen Betrieb nicht zugewiesen werden konnte. Es ist zweifelhaft und - vor allem im Falle der gesundheitlichen Schädigung des Arbeitnehmers - eher zu verneinen, ob in solchen Fällen das ruhende Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Rückkehr erloschen war (gegen letzteres vor allem Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 7. Aufl., Bd. I, S. 530) und damit unmittelbar die Voraussetzungen der VO 1940 vorlagen. Jedenfalls gibt es aber in der Praxis nicht selten Fälle, in denen die Beteiligten aus den dargelegten Gründen ein in absehbarer Zeit nicht fortsetzbares Arbeitsverhältnis zunächst als rechtlich existent behandelt und erst im Zeitpunkt der Rückkehr des Arbeitnehmers durch Kündigung oder Vereinbarung aufgelöst haben.

Arbeitsverhältnisse dieser Art - also solche, deren Fortsetzung ungeachtet ihres etwaigen rechtlichen Fortbestandes nach den im Zeitpunkt der Rückkehr des Arbeitnehmers bestehenden betrieblichen Verhältnissen oder aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden und durch den Wehrdienst bedingten Gründen in absehbarer Zeit ausgeschlossen war - müssen nach dem Schutzzweck der VO 1940 als nicht mehr fortbestehend im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 behandelt werden. Denn der Schutzzweck dieser Verordnung geht allgemein dahin, dann Lücken zu schließen, wenn das ruhende Arbeitsverhältnis seinen



Bestandschutz verliert und keine Grundlage mehr für die Anrechnung des Wehrdienstes bilden kann. Sachverhalte der geschilderten Art lassen sich zwanglos unter die Beispiele einordnen, die die Richtlinien zur VO 1940 in Nr. I, 2 als Anwendungsfälle dieser Verordnung aufzählen; auch bei ihnen "kann" der heimkehrende Soldat nicht mehr in den früheren Betrieb zurückkehren. Die Richtlinien erwähnen sie offenbar nur deshalb nicht als Beispielsfälle, weil im September 1940 nicht mit weitgehenden Betriebszerstörungen und Millionen von Verwundungen und Gesundheitsschädigungen durch die Kriegsgefangenschaft gerechnet wurde. Auch die beschränkte Ausgleichsfunktion der Berufsfürsorgeverordnungen bleibt gewahrt, wenn man in dem dargelegten Umfang Arbeitsverhältnisse, die im Zeitpunkt der Rückkehr für absehbare Zeit nicht realisierbar waren, als nicht mehr fortbestehende im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 VO 1940 behandelt.

5. Unbegründet ist jedoch die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe, auch wenn man hier die grundsätzliche Zulässigkeit der Anrechnung bejahe, zu Unrecht die Wehrdienstzeit bei der für Arbeitsjubiläen maßgeblichen Dauer der Betriebszugehörigkeit berücksichtigt. Die Revision meint, bei Arbeitsjubiläen und allen damit verbundenen Ehrungen und materiellen Zuwendungen könne man nur die tatsächlich erworbene, nicht aber eine im Wege der Anrechnung lediglich unterstellte Betriebszugehörigkeit zugrunde legen.

Dies ist im Hinblick auf die mit Arbeitsjubiläen in der Regel verbundenen materiellen Zuwendungen, insbesondere Geldleistungen, nicht richtig. Es ist, wie oben dargelegt, das Ziel der Berufsfürsorgeverordnungen, zu vermeiden, daß die Einberufenen gegenüber den nichteinberufenen Arbeitnehmern betrieblich und beruflich irgendwelche Nachteile erleiden (vgl. Vorspruch der Richtlinien zur VO 1940). Es ist daher zunächst sicher, daß im nach der VO 1939 ruhenden und später fortgesetzten Arbeitsverhältnis die Ruhenszeit rechtlich uneingeschränkt, also auch im Hinblick auf Arbeitsjubiläen, als Teil der Betriebszugehörigkeit anzusehen ist. Nichts anderes kann dann aber für Anrechnungen gelten, die sich nach der



VO 1940 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 VO 1937 regeln; denn die VO 1940 will nach ihrem Grundgedanken nicht den Schutz einschränken, den einberufene Arbeitnehmer nach der VO 1939 erhalten.

Die Rechtslage entspricht demnach im wesentlichen derjenigen, die jetzt nach dem Arbeitsplatzschutzgesetz vom 30. März 1957 (Fassung vom 26. März 1965 - BGBl. I, 170) besteht. Auch dort ist anerkannt, daß die Ruhenszeit (§ 1 Abs. 2) uneingeschränkt, also auch im Hinblick auf Arbeitsjubiläen gemäß § 6 Abs. 2, auf die Betriebszugehörigkeit anzurechnen ist (Sahmer, ArbPlatzSchutzG, 2. Aufl., Anm. 67). Nichts anderes gilt auch für den - in gewisser Weise der VO 1940 vergleichbaren - Anrechnungsfall des § 11 Abs. 1 ArbPlatzSchutzG; nach dieser Vorschrift ist die Anrechnungsvorschrift des § 6 Abs. 2 nämlich ohne Einschränkung auch dann anzuwenden, wenn der entlassene Soldat im Anschluß an den Grundwehrdienst oder eine Wehrübung als Arbeitnehmer eingestellt wird und anschließend sechs Monate lang dem Betrieb angehört (Sahmer, aaO, Anm. 109).

6. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts, das ohne Rücksicht auf das Fortbestehen eines nach der VO 1939 ruhenden und fortsetzbaren Arbeitsverhältnisses die Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit in einem vom Arbeitnehmer eingegangenen neuen Arbeitsverhältnis zuläßt, verletzt damit durch unrichtige Anwendung der VO 1940 das Recht (§ 73 ArbGG) und muß daher aufgehoben werden (§ 564 Abs. 1 ZPO).

Gemäß § 565 Abs. 1 ZPO war der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Eine abschließende Entscheidung durch den Senat gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO kommt nicht in Betracht, da die Sache zur Endentscheidung nicht reif ist. Es bedarf nämlich einer Stellungnahme des Tatrichters zu dem Vorbringen des Klägers, er habe wegen seines in der Gefangenschaft zerrütteten Gesundheitszustandes die Tätigkeit als Umrollhilf im früheren Betrieb nicht fortsetzen können und statt dessen die leichtere Arbeit als Entlader im



Betrieb der Beklagten angenommen. Sollte dies richtig sein, so ist es nicht ausgeschlossen, daß das frühere Arbeitsverhältnis als nicht fortbestehend anzusehen wäre und damit die Anrechnung der Wehrdienstzeit auf der Grundlage der VO 1940 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 VO 1937 stattfinden müßte.

Bei der Erörterung dieses Sachverhaltes wird das Landesarbeitsgericht folgendes beachten müssen: Der Kläger kann aus in seinem persönlichen Bereich liegenden Gründen anstelle des Arbeitgebers des früheren Arbeitsverhältnisses den neuen Arbeitgeber, also die Beklagte, nur dann in Anspruch nehmen, wenn sein durch Wehrdienst bzw. Kriegsgefangenschaft zerrütteter oder geschwächter Gesundheitszustand die Wiederaufnahme der ihm im alten Betrieb nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses obliegenden Tätigkeit für absehbare Zeit unzumutbar gemacht hat. In dieser Hinsicht wird auch zu prüfen sein, ob der Kläger, möglicherweise nur vorübergehend, bis zur Wiederherstellung seiner Leistungsfähigkeit, auch eine leichtere seinem Kräftezustand angemessene Arbeit im bisherigen Betrieb hätte erhalten können. Es wird sich insoweit möglicherweise also nicht vermeiden lassen, auf die Beschäftigungslage des früheren Betriebes im Jahre 1949 näher einzugehen.

Beweisschwierigkeiten, die bei den weiteren Erörterungen auftreten sollten, müssen bei der gegebenen Rechtslage zu Lasten des Klägers gehen; denn die Inanspruchnahme eines anderen als des Arbeitgebers des ruhenden Arbeitsverhältnisses ist nach der gesetzlichen Regelung ein Ausnahmetatbestand, dessen Voraussetzungen der Arbeitnehmer in vollem Umfang darzutun und gegebenenfalls zu beweisen hat. Dies erfordert auch der Grundsatz der Beweisnähe, da allein der Arbeitnehmer, jedenfalls nicht aber der neue Arbeitgeber, Auskunft über die Gründe geben kann, die für die Nichtfortsetzung des ruhenden Arbeitsverhältnisses maßgebend gewesen sind.

Hinzuweisen ist schließlich noch auf folgendes: Der bisherige Vortrag des Klägers läßt nicht erkennen, ob er sich überhaupt nach der Rückkehr aus der Gefangenschaft bei seinem bisherigen Arbeitgeber zurückgemeldet und den Versuch gemacht hat, in den alten Betrieb in einem seinen Kräftezustand berück-



- 21 -

sichtigenden Weise wieder eingegliedert zu werden. Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, so wäre darin nach allgemeiner Lebenserfahrung eine freiwillige Aufgabe des bisherigen Arbeitsplatzes zu erblicken, es sei denn, daß der Kläger die Zwecklosigkeit aller dahinzielenden Bemühungen dartut und beweist. Eine solche freiwillige Aufgabe des alten Arbeitsverhältnisses kann aber in keinem Fall eine Anrechnungspflicht auf der Grundlage der VO 1940 auslösen.

gez. Dr. Boldt

von Oppen

Dr. Auffarth

E. Schäfer

Siara



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

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