

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die Amtliche Sammlung! Nein

Gesetz: BGB §§ 615, 295, 297; HGB § 63; ZPO § 529; ArbGG § 67

Leitsatz:

Teilt ein Arbeitnehmer nach einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen fristlosen Kündigung mit, daß er krank ist, und wehrt er sich alsdann in einer Klage gegen die Kündigung, so muß er das Ende der Arbeitsunfähigkeit anzeigen und seine Dienste anbieten, wenn er Zahlungsansprüche wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers geltend machen will (Bestätigung von BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB).

Aktenzeichen: 5 AZR 404/74

Urteil des BAG vom 27. Januar 1975

LAG Berlin



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



5 AZR 404/74

3 Sa 23/74 Berlin

Urteilstenor zugestellt
am 27. Januar 1975

gez. Möckel,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 22. Januar 1975 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Siara und Dr. Heither sowie die ehrenamtlichen Richter Döring und Dr. Hirt für Recht erkannt:

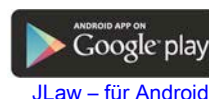
1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 28. Juni 1974 - 3 Sa 23/74 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Gemäß Vertrag vom 8. März 1972 trat der Kläger ab 1. April 1972 als Reisender in den Dienst der beklagten Firma. Die vereinbarte Vergütung betrug 1.500,-- DM nebst gestaffelter Provision. Nach dem Vertrag war der Kläger als sog. Springer eingesetzt, so daß sein Tätigkeitsbereich in den verschiedensten Bezirken Westdeutschlands einschließlich West-Berlin und auch im Ausland liegen konnte.

Anfang Dezember 1972 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31. März 1973. Nach Ausspruch der Kündigung bat er um sofortige Gewährung von Resturlaub. Die Beklagte gewährte ihm den Resturlaub nicht, erteilte ihm vielmehr am 7. Dezember 1972 die Anweisung, durch Hausbesuche auf dem Kurfürstendamm in Berlin - und zwar hausnummerweise, beginnend ab Hausnummer 1 - einen Testmarkt für die Artikel der Beklagten durchzuführen. Der Kläger beanstandete durch Anwaltsschreiben vom 7. Dezember 1972 die Arbeitsanweisung als nicht vertragsgerecht und forderte die Beklagte weiter auf, ihm wieder den Firmenwagen zu überlassen, ohne den er die Arbeit nicht weiter verrichten könne. Nach § 8 Nr. 3 des Vertrages hatte die Beklagte dem Kläger einen Firmenwagen zur Verfügung zu stellen. Die Beklagte erwiderte mit Schreiben vom 8. Dezember 1972, sie fasse die Nichtaufnahme der Tätigkeit laut der Anweisung vom 7. Dezember 1972 als Arbeitsverweigerung auf. Sie forderte den Kläger nochmals auf, spätestens am 11. Dezember 1972 um 8.00 Uhr im Firmenbüro zu erscheinen; anderenfalls sei sie gezwungen, die fristlose Kündigung auszusprechen.

Der Kläger kam dieser Aufforderung nicht nach. Darauf erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 11. Dezember 1972 die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Sie erhielt daraufhin vom Kläger ein ärztliches Attest, in der Arbeitsunfähigkeit vom 11. bis voraussichtlich zum 22. Dezember 1972 bescheinigt war.

Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger zunächst die Feststellung begehrt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 11. Dezember 1972 nicht aufgelöst sei. Ferner fordert er Gehaltszahlung in Höhe von 6.000,-- DM für die Monate Dezember 1972 bis März 1973 unter Anrechnung

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

von 43,55 DM netto, ferner Unkostenerstattung in Höhe von 810,50 DM.

Seiner Darstellung nach war er insgesamt vier Wochen, also über den 22. Dezember 1972 hinaus krank. Nach der Gesundheitsbeschreibung sei er zunächst bei seinen Eltern in Westdeutschland geblieben. Bei der Beklagten habe er sich nicht gemeldet, weil die Beklagte die fristlose Entlassung nicht zurückgenommen habe. Sein Bruder habe sich allerdings am 7. oder 8. Januar 1973 in seinem Auftrag an die Beklagte gewandt und ihr telefonisch mitgeteilt, der Kläger sei unterwegs nach Berlin und werde sich am nächsten Tage bei der Firma melden. Der Prokurist der Beklagten, Herr K , habe erwidert, das sei nicht nötig, da der Kläger fristlos entlassen sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat Widerklage auf Herausgabe von Arbeitsunterlagen erhoben.

Durch Teilurteil hat das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung der Beklagten festgestellt und hat die Beklagte weiter verurteilt, an den Kläger Gehalt für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit bis zum 6. Januar 1973 in Höhe von 1.833,33 DM unter Anrechnung von 43,55 DM netto zu zahlen. Ferner ist die Beklagte verurteilt worden, an den Kläger Auslagenersatz in Höhe von 810,50 DM netto zu leisten. Die weitergehenden Gehaltsansprüche hat das Arbeitsgericht abgewiesen, weil der Kläger nach der Wiederherstellung seiner Gesundheit seine Dienste der Beklagten nicht wieder angeboten habe.

Gegen dieses Teilurteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Er erstrebt die Verurteilung der Beklagten zu weiteren Gehaltszahlungen über den 7. Januar 1973 hinaus bis zum 31. März 1973 in Höhe von 4.166,67 DM brutto.

Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter, soweit das Landesarbeitsgericht dem Anspruch auf Gehaltszahlung über das Teilurteil des Arbeitsgerichts hinaus stattgegeben hat.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

1a) Das Landesarbeitsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Klageanspruch für den noch streitig gebliebenen Zeitraum allein auf die Vorschrift des § 615 BGB gestützt werden kann. Es hat sich dabei hinsichtlich der Voraussetzungen des Annahmeverzugs zu Recht der Entscheidung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 26. August 1971 - 2 AZR 301/70 - angeschlossen (AP Nr. 26 zu § 615 BGB mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von W. Blomeyer). Der Zweite Senat hat dort [zu V der Gründe] entschieden, in der Erhebung der Kündigungsschutzklage liege im allgemeinen das zur Herbeiführung des Annahmeverzuges erforderliche wörtliche Angebot der Arbeitsleistung nach § 295 BGB. Das sei jedoch ausnahmsweise dann nicht anzunehmen, wenn der Kläger in der Kündigungsschutzklage selbst vortrage, arbeitsunfähig zu sein. Dann müsse er nach der Wiedergenesung seine Arbeitsleistung erneut wörtlich anbieten.

Der erkennende Senat ist mit dem Zweiten Senat der Ansicht, daß der Arbeitnehmer nach vorangegangener arbeitgeberseitiger Kündigung des Arbeitsverhältnisses dann durch ein besonderes wörtliches Angebot seine Arbeitsbereitschaft anzuzeigen hat, wenn er nach seinen eigenen Angaben zur Zeit der Erhebung der Kündigungsschutzklage nicht arbeitsfähig war. Dies ist deshalb so, weil sich bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers für die Arbeitspflicht und den Lohnanspruch andere rechtliche Folgen ergeben.

b) Solange der Arbeitnehmer krank ist, braucht er nach vorangegangener Kündigung des Arbeitsverhältnisses die Leistung zur Herbeiführung des Annahmeverzuges nicht anzubieten; der Arbeitgeber kann ein solches Angebot nicht erwarten. Der Arbeitnehmer braucht nur die ihm zur Sicherung des Lohnfortzahlungsanspruchs erforderlichen Anzeigen über Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit zu machen (vgl. § 3 Abs. 1 LohnFG, der jedenfalls hinsichtlich der Anzeigepflicht sinngemäß auch für Angestellte gilt). Der Arbeitgeber muß wissen, wie lange der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist; denn so lange kann der Arbeitnehmer Lohnzahlung nach Maßgabe der Lohnfortzahlungsvorschriften, mithin bis zu sechs Wochen, beanspruchen. Zu Recht hat daher das Arbeitsgericht den zuerkannten Teil des Lohnanspruchs - mit Ausnahme des 7. und 8. Dezember 1972 - aus



§ 63 HGB hergeleitet. Ist der Arbeitnehmer auch nach Ablauf des Lohnfortzahlungszeitraums von sechs Wochen weiterhin arbeitsunfähig, so bleibt seine Arbeitspflicht aufgehoben; wegen fehlenden Leistungsvermögens kann er den Arbeitgeber gemäß § 297 BGB nicht in Annahmeverzug setzen. Damit scheidet für diesen Zeitraum § 615 BGB als Anspruchsgrundlage aus mit der Folge, daß kein Lohnanspruch mehr besteht, so daß der Arbeitgeber sich mit der Frage der Anrechenbarkeit anderweitigen Verdienstes überhaupt nicht zu befassen braucht (§ 615 Satz 2 BGB).

c) Sobald der Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig wird, ändert sich die Rechtslage. Jetzt kann der Arbeitnehmer einen Lohnanspruch wegen Annahmeverzuges des Arbeitgebers aus § 615 BGB herleiten. Dies hat erhebliche Folgen für die Rechtsverteidigung des Arbeitgebers. Der Anspruch aus § 615 BGB setzt voraus, daß der Arbeitnehmer leistungsfähig und leistungsbereit ist. Anderweitige Einkünfte sind nach Maßgabe von § 615 Satz 2 BGB anzurechnen. Deshalb hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran, zu erfahren, von wann an der Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig ist und ob er alsdann seine Dienste anbietet (so auch W. Blomeyer, AP aaO [zu II C 1 seiner Anm.]).

Es wird auch nichts unbilliges von dem Arbeitnehmer verlangt, wenn er nach der Genesung seine Arbeitsbereitschaft anzeigen muß, falls er Zahlungsansprüche geltend machen will. Meistens wird er das Leistungsangebot mit der Anzeige über das Ende der Arbeitsunfähigkeit verbinden können, die nach den Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ohnehin zu machen ist. Je nach den Umständen des Falles kann in einer solchen Anzeige auch ein Angebot der Dienste gesehen werden.

2a) Trotz seines zutreffenden rechtlichen Ausgangspunktes hat das Landesarbeitsgericht im Streitfall ein Angebot der Arbeitsleistung durch den Kläger nach der Wiedergenesung für entbehrlich gehalten. Es hat dazu ausgeführt:

Der Kläger hätte seine Arbeitsleistung nur anbieten müssen, wenn für ihn der Anschein bestanden hätte, daß die Beklagte zumindest bereit gewesen wäre, mit ihm über eine Klärung des vorgesehenen Arbeitseinsatzes bis zum Vertragsablauf am 31. März 1973 auch nur zu verhandeln. Es dürfte nicht übersehen werden, daß sich der Kläger zulässigerweise bei seinen Ange-



- 6 -

hören in Westdeutschland aufhielt, wo er auch den größeren Teil seiner Tätigkeit vertragsgemäß auf Weisung der Beklagten ausgeführt habe. Die ihm in Berlin durch die Arbeitsanweisung vom 7. Dezember 1972 zugewiesene Tätigkeit habe er, wie das rechtskräftige Urteil des Arbeitsgerichts über die Kündigungsschutzklage klargestellt habe, für nicht in vollem Umfang vertragsgerecht und zumutbar halten können. Demgemäß habe er im Hinblick auf die ihm gezeigte Haltung der Beklagten davon ausgehen müssen, daß diese ihn auch nach der Wiederherstellung seiner Gesundheit nur in gleicher Weise beschäftigen werde. Bei dieser Situation wäre es Sache der Beklagten gewesen, dem Kläger mitzuteilen, er solle sich nach der Wiedergenesung zur Erörterung des künftigen Arbeitseinsatzes bei ihr melden. Ohne eine derartige Verständigungsbereitschaft habe der Kläger davon ausgehen können, daß er weiterhin mit der ihm unzumutbar erscheinenden Arbeit beauftragt und "nach dem beiderseits gezeigten Verhalten jedes Arbeitsangebot sowieso vergeblich sein würde".

b) Diese Darlegungen erscheinen nicht frei von Rechtsirrtum. Das Landesarbeitsgericht stellt nicht fest, die Arbeit nach der Anweisung vom 7. Dezember 1972 sei objektiv vertragswidrig und dem Kläger unzumutbar gewesen. Damit hätte es sich ohne eigene Erwägungen auch mit der Ansicht des Arbeitsgerichts in Widerspruch gesetzt, das die Arbeitsanweisung als durch § 4 des Arbeitsvertrages gedeckt und sogar als sinnvoll bezeichnet. Das Arbeitsgericht hat der Beklagten nur entgegengehalten, sie hätte die Interessenlage vor Ausspruch der Kündigung näher klären sollen, weil der Kläger die Arbeitsanweisung angesichts aller Umstände, auch wegen der Verweigerung des erbetenen Urlaubs, habe als "schikanös" empfinden können.

Das Landesarbeitsgericht sieht vielmehr allein schon die fehlende Initiative der Beklagten zur Beilegung und Klärung der aufgetretenen Zwistigkeiten als hinreichenden Grund für den Kläger an, seine Dienste nicht anzubieten. Dies kann aber nicht ausreichen, wenn man die oben dargelegten Gründe berücksichtigt, die ein solches Angebot erforderlich machen. Diese Gründe müßten allenfalls dann zurücktreten, wenn die Beklagte an objektiv vertragswidrigen und unzumutbaren Vertragsbedingungen festgehalten

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](#)

- 7 -

und hierüber von vornherein jede Verhandlung verweigert hätte. Dies ist hier vom Landesarbeitsgericht bisher nicht festgestellt; das Schreiben der Beklagten vom 8. Dezember 1972 könnte im Gegenteil für eine Verständigungsbereitschaft sprechen. Hielt sich im Streitfall die Arbeitsanweisung im Vertragsrahmen, so war dem Kläger - vor allem nach den infolge der einmonatigen Erkrankung veränderten Verhältnissen - die geringe Mühe zuzumuten, seine Wiederherstellung und damit seine Arbeitsbereitschaft anzuzeigen.

3. Das angefochtene Urteil war damit aufzuheben. Zugleich war der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Dort ist zu prüfen, ob der Kläger, wie er behauptet, am 7. oder 8. Januar 1973 seine Wiederherstellung angezeigt habe, von der Beklagten aber zurückgewiesen worden sei. Der Senat ist nicht, wie die Revision meint, berechtigt, dieses Vorbringen deshalb als verspätet zurückzuweisen, weil der Kläger es entgegen § 67 ArbGG nicht in der Berufungsbegründung vorgebracht hat. Das Recht, neues tatsächliches Vorbringen in der Berufungsinstanz als verspätet zurückzuweisen, kann nach § 529 ZPO, § 67 ArbGG allein vom Berufungsgericht wahrgenommen werden. Mit der Revision kann nur die Nichtzulassung neuen Vorbringens gerügt werden (Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 19. Aufl., § 529 Bem. III 7). Für die jetzt vor dem Landesarbeitsgericht anstehende Verhandlung ist das Beweisangebot jedenfalls nicht zurückzuweisen, weil eine Verzögerung dadurch nicht zu befürchten ist (BAG AP Nr. 5 zu § 529 ZPO [zu 1 der Gründe]).

gez. Dr. Hilger

Siara

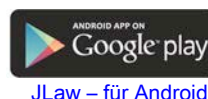
Dr. Heither

Döring

Dr. Hirt



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

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