

Aktenzeichen: 6 AZR 43/78

LAG Baden-Württemberg

Urteil des BAG vom 10. Februar 1981

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 615; ZPO §§ 383, 384.

Leitsätze:

K e i n e



6 AZR 43/78

2 Sa 18/77 Baden-Württemberg

Verkündet am
10. Februar 1981

gez. Stöcker

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO am 10. Februar 1981 durch den Vizepräsidenten Professor Dr. Auffarth, die Richter Roeper und Dr. Leinemann sowie die ehrenamtlichen Richter Lehmann und Fischer für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 26. Oktober 1977 - 2 Sa 18/77 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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:

Der 1913 geborene Kläger nimmt die Beklagte, bei der er vom 1. April 1973 bis zur fristlosen Kündigung vom 1. Oktober 1973 als Malermeister mit einem Gehalt von zuletzt 1.600,-- DM brutto monatlich beschäftigt war, auf Zahlung des Gehalts für die Zeit vom 1. Oktober 1973 bis 31. Dezember 1975 aus Annahmeverzug in Anspruch, nachdem rechtskräftig festgestellt worden ist, die fristlose Kündigung sei unwirksam.

Er hat geltend gemacht, er sei vom 1. Oktober 1973 bis 31. Dezember 1975 arbeitslos gewesen. Aus Annahmeverzug sei die Beklagte verpflichtet, ihm für diesen Zeitraum insgesamt 43.200,-- DM brutto zu zahlen. Anrechnen lassen müsse er sich Krankengeld für die Zeit vom 2. bis 13. Oktober 1973 in Höhe von 441,60 DM netto sowie Arbeitslosengeld in Höhe von 2.230,80 DM netto, das er für die Zeit vom 18. Dezember 1973 bis 18. März 1974 erhalten habe. Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm 43.200,-- DM brutto abzüglich 2.672,40 DM netto zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Kläger habe sich bewußt nicht weiter arbeitslos gemeldet. Er habe auch seit seiner Entlassung gegen Entgelt gearbeitet. Insbesondere habe er regelmäßig im Malergeschäft seines Sohnes, des Zeugen Rainer E , mitgearbeitet. Jener habe dafür Verbindlichkeiten des Klägers beglichen, sowie dessen Steuern und Versicherungen bezahlt und die Ehefrau des Klägers unterstützt. Jedenfalls habe der Kläger böswillig unterlassen, anderweitig etwas zu erwerben.

Der Kläger hat erwidert, nach dem 18. März 1974 habe er keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld mehr gehabt. Er habe sich auch immer wieder erfolglos um Arbeit bemüht. Erst zum 1. Januar 1976 habe ihn sein Sohn eingestellt. Der Geschäftsführer der Beklagten, der der Schwiegervater seines Sohnes sei, habe nämlich verhindert, daß ihn sein Sohn zu einem früheren Zeitpunkt eingestellt habe. Er habe zwar hin und wieder den Arbeitern seines Sohnes beim Farbenmischen und anderen Dingen geholfen, ohne jedoch hierfür ein Entgelt zu erhalten. Nur dreimal habe er von seinem Sohn je 50,-- DM erhalten.



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



- 3 -

Das Arbeitsgericht hat nach Einholen einer schriftlichen Auskunft des Arbeitsamtes R und Vernehmung von Zeugen die Beklagte verurteilt, dem Kläger 11.146,67 DM brutto abzüglich 2.230,80 DM netto erhaltenen Arbeitslosengeldes zu zahlen. In den Entscheidungsgründen hat es im wesentlichen ausgeführt, die Beklagte sei durch die vom Kläger am 17. Oktober 1973 erhobene Kündigungsfeststellungsklage in Annahmeverzug geraten und daher grundsätzlich zur Nachzahlung des Gehalts des Klägers verpflichtet. Ein Gehaltsanspruch des Klägers bestehe jedoch nur für die Zeit vom 17. Oktober 1973 bis zum 14. Mai 1974. Aufgrund der Beweisaufnahme stehe fest, daß der Kläger seit 15. Mai 1974 einen Arbeitsplatz bei seinem Sohn zu mindestens den seitherigen Bedingungen gehabt habe.

Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht die Beklagte verurteilt, dem Kläger über den ihm durch das arbeitsgerichtliche Urteil zuerkannten Betrag hinaus weitere 31.200,-- DM brutto für die Zeit vom 15. Mai 1974 bis zum 31. Dezember 1975 zu zahlen.

Mit der Revision begehrt die Beklagte, das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg aufzuheben und die Berufung des Klägers zurückzuweisen. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist als unbegründet zurückzuweisen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, durch die Aussage des Zeugen E sei die Feststellung des Arbeitsgerichts erschüttert, der Kläger habe in der Zeit vom 15. Mai 1974 bis zum 31. Dezember 1975 bei seinem Sohn gegen Entgelt gearbeitet das mindestens so hoch gewesen sei wie das bei der Beklagten. Der Zeuge habe zwar bekundet, er habe im April/Mai 1974 neben der von ihm betriebenen Auto-Lackiererei mit allgemeinen Malerarbeiten begonnen, er habe jedoch weiter ausgesagt, er habe dem Kläger gesagt, er könne bei ihm nicht arbeiten. Herr D habe nämlich dem Zeugen fernmündlich mitgeteilt, er wolle den Kläger nicht auf seinen Baustellen sehen. Diesem Begehren habe der Zeuge folgen müssen. Sein Vater habe lediglich



dreimal etwa 50,-- DM bekommen. Er sei jedenfalls nicht bei ihm angestellt gewesen, habe auch keinen Lohn bekommen und sei nicht zur Sozialversicherung angemeldet gewesen. Erst ab 1. Januar 1976 sei sein Vater bei ihm eingestellt worden. Da der Zeuge E ausgesagt habe, er habe seinen Vater praktisch nicht beschäftigen können, erscheine auch die weitere Aussage des Zeugen glaubhaft, sein Vater habe nur ab und zu ausgeholfen und keinen Lohn erhalten. Auch aus der Aussage des Zeugen M folge nicht, daß der Kläger in dem hier interessierenden Zeitraum mehr Entgelt bekommen habe als der Zeuge E eingeräumt habe. Nach dieser Aussage des Zeugen E verliere auch die Veränderungsanzeige des Klägers an das Arbeitsamt R an Bedeutung, nach der der Kläger angegeben habe, er habe seit dem 15. Mai 1974 wieder einen Arbeitsplatz. Maßgebend sei nicht, was der Kläger erklärt, sondern ob er tatsächlich ab 15. Mai 1974 wieder in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe. Dem entspreche auch, daß sich der Kläger am 16. Mai 1974 und in der Folgezeit regelmäßig wieder arbeitssuchend gemeldet habe. Die Aussage des Zeugen Ma sei weniger bedeutend, zumal dieser Zeuge keine Angaben über die Zeit von Ende 1974 bis Oktober 1975 machen können, sondern nur für die Zeit vom 4. August bis zum 31. Dezember 1975, da er nur in dieser Zeit bei der Firma E beschäftigt gewesen sei. Auch der Zeuge Ma gehe in seiner schriftlichen Stellungnahme von diesem Zeitraum aus und halte daher seine anderslautende erstinstanzliche Aussage nicht aufrecht. Insbesondere habe der Zeuge Ma nichts darüber aussagen können, ob der Kläger bezahlt oder unbezahlt gearbeitet habe.

Daß der Kläger nach dem 15. Mai 1974 kein Arbeitslosengeld mehr bezogen habe, spreche nicht zwingend dafür, daß er seitdem in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe. Die Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld richte sich nach der Dauer der die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung innerhalb der Rahmenfrist. Eine Beschäftigungszeit von mindestens 26 Wochen (6 Monaten) begründe eine Anspruchsdauer von nur 78 Tagen (§ 106 Abs. 1 AFG). Für diese Zeit habe der Kläger Arbeitslosengeld bekommen, wie sich aus der Auskunft des Arbeitsamtes R ergebe.



Es sei daher davon auszugehen, daß der Beweis, der Kläger habe in der Zeit vom 15. Mai 1974 bis zum 31. Dezember 1975 bei dem Zeugen E gearbeitet, nicht geführt sei. Dies gehe zu Lasten der Beklagten (BAG AP Nrn. 1 und 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit). In den etwa dreimal gezahlten 50,-- DM Beträgen und in sonstigen unregelmäßigen Leistungen des Zeugen E an seinen Vater habe das Landesarbeitsgericht kein Arbeitsentgelt gesehen.

II. Der Senat ist an diese tatsächlichen Feststellungen gebunden, denn die Verfahrensrügen der Revision greifen nicht durch

1. Ohne Erfolg rügt die Revision, der Zeuge E sei nur auf seine Zeugnisverweigerung wegen persönlicher Beziehung nach § 383 ZPO hingewiesen worden, eine Belehrung nach § 384 ZPO sei dagegen nicht erfolgt. Da der Kläger bei dem Zeugen seinerzeit schwarz gearbeitet habe, hätte sich der Zeuge durch wahrheitsgemäße Beantwortung der Gefahr aussetzen können, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Er wäre daher berechtigt gewesen, die Aussage zu verweigern. Ein entsprechender Hinweis sei ausweislich des Protokolls vom 26. Oktober 1977 unterblieben.

Auf das Zeugnisverweigerungsrecht wegen persönlicher Beziehungen nach § 383 ZPO ist ein Zeuge nach Abs. 2 dieser Vorschrift ausdrücklich hinzuweisen. Bei der Zeugnisverweigerung nach § 384 ZPO fehlt eine entsprechende Hinweispflicht für das Gericht und es heißt auch nur, der Zeuge könne seine Aussage verweigern, während es in § 383 ZPO heißt, der Zeuge sei berechtigt, seine Aussage zu verweigern. In der Literatur (vgl. Klomp in BB 76, 914) wird unter Hinweis auf BGHSt 22, 170 (zu § 136 StPO in der Fassung von 1964) darauf hingewiesen, daß ein Belehrungszwang nach § 136 StPO nicht bestehe. Ein derartiger Hinweis sei oft gar nicht möglich, weil das Gericht nicht übersehen könne, ob der Zeuge etwa durch eine wahrheitsgemäße Aussage sich strafrechtlicher Verfolgung aussetze.

Zumindest ist aus dem Tatbestand des Urteils des Landesarbeitsgerichts nicht ersichtlich, ob der Zeuge auf das Zeugnisverweigerungsrecht aus sachlichen Gründen (§ 384 ZPO) oder aus persönlichen Gründen (§ 383 ZPO) hingewiesen worden ist;



aus der Anlage des Protokolls ebenfalls nicht. Wäre der Zeuge nach Ansicht der Revision unvollkommen belehrt worden, so hätte es eines Antrags auf Tatbestandsberichtigung bedurft (vgl. AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). Ein derartiger Antrag ist nicht gestellt worden und kann wegen Fristablaufs auch nicht mehr gestellt werden. Demnach bleibt der Hauptangriff der Revision auf die Glaubhaftigkeit der Bekundungen des Zeugen E erfolglos.

Im übrigen greift die Revision lediglich die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts an, indem sie die Erwägungen im angefochtenen Urteil durch eigene Erwägungen ersetzt. Die Nachprüfungsmöglichkeit der Revisionsinstanz beschränkt sich aber darauf, ob das Landesarbeitsgericht die Grenzen und Voraussetzungen der richterlichen Überzeugung gewahrt hat (BAG 5, 221 [224] = AP Nr. 6 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung). Diesen Erfordernissen genügt die Beweiswürdigung im angefochtenen Urteil, denn das Landesarbeitsgericht hat sich sorgfältig mit den einzelnen Zeugenaussagen auseinandergesetzt und abgewogen, welchen Zeugenaussagen der Vorzug zu geben sei.

2. Ebenfalls erfolglos bleiben die Angriffe der Revision gegen die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe nicht böswillig unterlassen, anderweitig seine Dienste zu verwenden.

a) Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß vom böswilligen Unterlassen, anderweitig einen Erwerb zu erzielen, nur gesprochen werden könne, wenn der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände – Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolgen für den Arbeitgeber – vorsätzlich untätig geblieben ist oder die Aufnahme der Arbeit verhindert hat (BAG AP Nrn. 1 und 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit). Die Beklagte hat nach dem angefochtenen Urteil selbst nicht behauptet, daß dem Kläger Stellenangebote bekannt gewesen oder ihm Stellen angeboten worden seien oder er derartige Angebote abgelehnt habe. Die abstrakte Möglichkeit, eine andere derartige Anstellung zu finden, reicht für die Annahme einer böswilligen Unterlassung nicht aus.

b) Die Beklagte hat gegen die Feststellung im Urteil, sie selbst habe nicht behauptet, dem Kläger seien Stellenangebote bekannt gewesen, oder ihm seien von Inserenten selbst Stellen angeboten worden, die er abgelehnt habe, keinen Antrag auf Tatbestandsberichtigung gestellt. Der Senat ist daher an diese Feststellung im angefochtenen Urteil gebunden, nach der die Beklagte selbst derartige schlüssige Behauptungen nicht aufgestellt habe (AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers).

c) Ohne Erfolg bleibt der Hinweis der Revision, das Landesarbeitsgericht habe sich mit einem Teil des Vortrags der Beklagten nicht beschäftigt, es habe unterlassen, sich mit dem Hinweis der Beklagten auseinanderzusetzen, daß der Kläger von Beginn seiner Tätigkeit für die Beklagte selbständiger Malermeister und im Besitz einer eingerichteten Malerwerkstatt mit allem Zubehör gewesen sei. Das Gericht braucht sich nicht mit jeder einzelnen Parteibehauptung ausdrücklich auseinanderzusetzen (BAG 5, 221 [224] = AP Nr. 6 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tarifloohnerhöhung). Aus dem Vorbringen der Beklagten geht nicht zwingend hervor, daß es dem Kläger möglich und zumutbar gewesen wäre, wieder einen eigenen Malerbetrieb zu eröffnen.

d) Die Rüge, es sei Beweis dafür angeboten worden, daß in der damaligen Zeit die Malerbetriebe in jenem Bezirk voll beschäftigt gewesen seien und der Kläger, wenn er wieder selbständig gearbeitet hätte, ausreichende Einkünfte bezogen haben würde, ist unzulässig. Derartige Prozeßrügen scheitern, wenn die Revisionsbegründung weder nach Schriftsatz noch, was bei umfangreichen Schriftsätzen erforderlich wäre, gar nach Seitenzahl genau die vorinstanzliche Fundstelle von Beweisanträgen angegeben hat (BAG 12, 328 [331] = AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag).

3. Entgegen der Ansicht der Revision war der Kläger nicht gehalten, um den Beklagten in Annahmeverzug zu setzen oder in Annahmeverzug zu halten, nach rechtskräftiger Entscheidung über



- 8 -

die Unwirksamkeit der Kündigung seine Arbeitskraft erneut anzubieten (vgl. BAG AP Nr. 20 zu § 615 BGB).

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

gez.: Dr. Auffarth Roeper Dr. Leinemann

Lehmann Fischer

