

Aktenzeichen: 6 AZR 715/77

LAG Baden-Württemberg

Urteil des BAG vom 29. Januar 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB §§ 615, 294, 295; KSchG 1969 § 12

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

6 AZR 715/77

5 Sa 51/77 Baden-Württemberg

Verkündet am
29. Januar 1980

gez. Stöcker,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

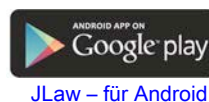
hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 29. Januar 1980 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Auffarth, den Richter Roeper und die Richterin Michels-Holl sowie die ehrenamtlichen Richter Drews und Wendlandt für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 24. Juni 1977 - 5 Sa 51/77 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

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



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



- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten über Gehaltsansprüche des Klägers aus Annahmeverzug gegen die Beklagte. Der Kläger war als Verkaufsfahrer bei der Beklagten beschäftigt. Durch rechtskräftiges Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 24. Mai 1973 ist festgestellt worden, daß die Kündigung der Beklagten vom 28. November 1972 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat. Auch die Kündigung der Beklagten vom 29. Juni 1973 ist unwirksam. Dies ist durch das rechtskräftige Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 28. Februar 1975 festgestellt worden, das das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung in Höhe von 6.450,-- DM zum 31. März 1974 aufgelöst hat.

Mit seiner am 31. Dezember 1974 erhobenen Klage, die Gegenstand dieses Rechtsstreits ist, hat der Kläger von der Beklagten für die Zeit vom 1. Dezember 1972 bis zum 31. März 1974 Gehaltsansprüche nach § 615 BGB wegen Annahmeverzuges geltend gemacht. Er hat sich seinen Zwischenverdienst anrechnen lassen, den er in der Zeit vom 1. Dezember 1972 bis zum 30. August 1973 als selbständiger Versicherungsvertreter für die B - erzielt hat, sowie den Zwischenverdienst als Verkaufsfahrer in der Zeit vom 17. September 1973 bis zum 31. März 1974.

Der Kläger hat vorgetragen, er habe zuletzt bei der Beklagten monatlich durchschnittlich 2.050,-- DM verdient. In den Jahren 1973 und 1974 hätte er monatlich ein um 100,-- DM erhöhtes Fixum und entsprechend monatlich höheres Gehalt erzielt. Die Beklagte sei während der gesamten Zeit in Annahmeverzug gewesen. Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm

DM 1.786,-- brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.1.1973,
DM 1.827,08 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.2.1973,
DM 1.520,82 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.3.1973,
DM 1.624,17 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.4.1973,
DM 1.822,97 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.5.1973,
DM 1.767,81 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.6.1973,
DM 1.493,43 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.7.1973,

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

DM 1.954,51 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.8.1973,
DM 2.150,-- brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.9.1973,
DM 1.269,90 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.10.1973,
DM 389,20 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.11.1973,
DM 389,20 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.12.1973,
DM 389,20 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.1.1974,
DM 489,20 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.2.1974,
DM 489,20 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.3.1974,
DM 489,20 brutto nebst 4 % Zinsen hieraus seit 1.4.1974,
zuzüglich
DM 1.145,69 nebst 4 % Zinsen seit 5.1.1976
zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Kläger könne nicht von einem monatlichen Bruttoverdienst von 2.050,-- DM ausgehen, der sich in den Jahren 1973 und 1974 um jeweils 100,-- DM erhöht hätte. Er hätte in Wirklichkeit bei einer wöchentlichen Stundenleistung zwischen 50 und 60 Stunden nur monatlich 1.650,-- DM brutto verdient. Wenn die Beklagte in anderen Verfahren eine Monatsvergütung von 2.050,-- DM zugestanden habe, sei dies nur geschehen, um die Revisionsgrenze zu erreichen. Außerdem könne nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger, wäre er über den 1. Dezember 1972 hinaus weiter beschäftigt worden, noch wöchentlich 50 bis 60 Stunden gearbeitet hätte. Er habe bereits gegenüber Mitarbeitern geäußert, die Arbeit sei ihm zu schwer. Dafür spreche auch, daß der Kläger ein neues Arbeitsverhältnis als Verkaufsfahrer am 30. September 1974 wieder aufgegeben habe. Außerdem habe er böswillig unterlassen, anderweitig Zwischenverdienst zu erzielen. Er habe sich als selbständiger Versicherungsvertreter ohne Erfolg betätigt, obwohl es ihm leicht möglich gewesen wäre, bereits ab 1. Januar 1973 als Verkaufsfahrer mit höherem Einkommen zu arbeiten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat ausgeführt, der Anspruch sei aus § 615 BGB begründet, denn die Beklagte sei seit dem 1. Dezember 1972 bis zum 31. März 1974 in Annahmeverzug gewesen. Der Höhe nach sei die Klage begründet, denn die Beklagte habe im Verfahren 3 Ca 358/74 Arbeitsgericht Ulm zugestanden, daß der Kläger im November 1972 2.050,-- DM brutto verdient habe. Daß er bei der



Beklagten wöchentlich weniger als 50 - 60 Stunden gearbeitet hätte, sei nicht erweislich. Es könne auch nicht festgestellt werden, daß der Kläger böswillig unterlassen habe, Zwischenverdienst zu erzielen.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Monatsbeträge, die das Arbeitsgericht dem Kläger zugesprochen hat, um monatlich 50,-- DM gekürzt. Im übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision beantragt die Beklagte, das Urteil des Landesarbeitsgerichts abzuändern, soweit die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden ist. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I. Die Beklagte hat sich seit dem 1. Dezember 1972 in Annahmeverzug befunden.

1. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Beklagte sei am 1. Dezember 1972 in Annahmeverzug geraten, denn der Kläger habe gegen die -unwirksame- Kündigung der Beklagten vom 28. November 1972 die Kündigungsschutzklage erhoben.

2. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß die Beklagte sich ab 1. Dezember 1972 in Annahmeverzug befunden hat, denn ein tatsächliches Angebot (§ 294 BGB) des Klägers war nicht erforderlich, nachdem die Beklagte dem Kläger am 28. November 1972 gekündigt hatte. Ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) war ausreichend (vgl. BAG - Großer Senat - 3, 66 [74] = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG und BAG AP Nr. 18 zu § 615 BGB mit weiteren Nachweisen). In der vom Kläger erhobenen Kündigungsschutzklage liegt im allgemeinen und auch im vorliegenden Fall ein wörtliches Angebot (BAG AP Nr. 26 zu § 615 BGB).

3. Das Landesarbeitsgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, daß die dem Kläger gegenüber erklärte Kündigung unwirksam sei; dies ist rechtskräftig festgestellt worden. Die Revision

- 5 -

wendet sich übrigens auch nicht gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte sei am 1. Dezember 1972 in Annahmeverzug geraten.

II. Das Landesarbeitsgericht ist entgegen der Ansicht der Beklagten zu Recht davon ausgegangen, daß der Annahmeverzug der Beklagten nicht mit ihrem Schriftsatz vom 23. November 1973 im Rechtsstreit 3 Ca 358/78 beendet worden ist, mit dem sie dem Kläger u.a. mitgeteilt hatte, der Kläger möge seine Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, dann werde sie ihn bis zur Entscheidung des Kündigungsverfahrens weiterbeschäftigen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit ausgeführt, die Beklagte habe sich vor dem 23. November 1973 in Annahmeverzug befunden und hätte den Kläger zwar auffordern können, bei ihr weiterzuarbeiten, um den Annahmeverzug zu beenden. Sie hätte ihre Bereitschaft, den Kläger wieder arbeiten zu lassen, jedoch nicht von einem tatsächlichen Leistungsangebot des Klägers abhängig machen dürfen. Abgesehen davon habe der Prozeßbevollmächtigte des Klägers die Beklagte mit seinem Schriftsatz vom 20. Juni 1973 unstreitig aufgefordert, den Kläger weiterzubeschäftigen. Die Beklagte habe darauf mit der erneuten Kündigung vom 29. Juni 1973 reagiert. Nachdem der Kläger dann am 17. September 1973 als Verkaufsfahrer ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen sei, sei es ihm nicht zumutbar gewesen, nünmehr das neue Arbeitsverhältnis zu beenden und bei der Beklagten - eventuell nur bis zur Beendigung des Kündigungsschutzprozesses - wieder zu arbeiten. Schließlich sei ein Arbeitnehmer erst nach rechtskräftiger Entscheidung des Kündigungsrechtsstreits verpflichtet, sich zu entscheiden, ob er nach gewonnenem Prozeß in den Dienst seiner alten Arbeitgeberin zurückkehre oder das inzwischen neu eingegangene Arbeitsverhältnis aufrecht erhalte (§ 12 KSchG).

2. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Hilfsbegründungen des Landesarbeitsgerichts zutreffend sind, zumindest war der Kläger nicht verpflichtet, seine Arbeitsleistung tatsächlich

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 11 ff. UrhG geschützt.

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

anzubieten.

a) Der Senat vermag nicht der Auffassung der Revision zu folgen, das Landesarbeitsgericht habe bei der Beurteilung des Schriftsatzes vom 23. November 1973 die allgemeinen Auslegungsregeln und die §§ 615 und 293 ff. BGB verletzt. Der Schriftsatz vom 23. November 1973 mit der Aufforderung an den Kläger, seine Arbeitsleistung tatsächlich anzubieten, habe den Sinn gehabt, den durch Ablehnung der Arbeitsleistung entstandenen Annahmeverzug zu beenden. Der Kläger sei daher verpflichtet gewesen, seine Arbeitsleistung tatsächlich anzubieten. Zwar beende nach § 295 BGB auch eine einfache Aufforderung, wieder zu arbeiten, den Annahmeverzug. Zur Beendigung des Annahmeverzugs genüge jedoch auch jede anders lautende und auf diese Rechtswirkung gerichtete Willenserklärung.

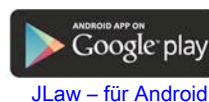
b) Die Beklagte hat in ihrem Schriftsatz vom 23. November 1973 vorgetragen, "Es ist auch nicht richtig, daß sich der Beklagte in Annahmeverzug befindet. Der Kläger hat zwar einmal in einem Schriftsatz dem Beklagten angeboten, weiter für ihn Arbeit zu leisten. Ein schriftliches Angebot genügt jedoch nicht. Der Kläger hat seine Arbeit dem Beklagten tatsächlich anzubieten. Hätte der Kläger dies getan oder tut er dies, hätte nicht entgegengestanden, daß der Beklagte den Kläger bis zur Klärung der Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigung weiterbeschäftigt hätte bzw. weiterbeschäftigt." Diese Erklärung der Beklagten reicht nicht aus, den schon eingetretenen Annahmeverzug zu beenden.

Die Beklagte hat den Kläger nicht aufgefordert, die Arbeit wieder zu beginnen, sondern sie hat ihre Rechtsansicht vorgebracht, der Kläger habe dadurch, daß er schriftlich angeboten hatte, bei ihr zu arbeiten, die Beklagte damals nicht in Annahmeverzug gesetzt. Ein schriftliches Angebot habe nämlich nicht genügt. Der Kläger hätte seine Arbeit tatsächlich anzubieten gehabt. Die Beklagte führt dann belehrend fort, "hätte der Kläger dies getan oder tut er dies, hätte nichts entgegengestanden, daß der Beklagte den Kläger bis zur Klärung der

- 7 -



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



- 7 -

Rechtswirksamkeit der Kündigung weiterbeschäftigt hätte bzw. weiterbeschäftigt." Die Beklagte belehrt in diesem Schriftsatz zunächst den Kläger und verlangt, bevor sie ihn weiterbeschäftige, ein tatsächliches Angebot. Nur unter dieser Bedingung oder Voraussetzung war sie bereit, den Kläger weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat auf diese Weise klar zum Ausdruck gebracht, ihr genüge das schriftliche Angebot des Klägers nicht. Nur wenn der Kläger tatsächlich seine Arbeit anbiete, werde sie ihn – jedoch nur bis zur Klärung der Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigung – weiterbeschäftigen. Abgesehen davon, daß nach Ausspruch der Kündigung das wörtliche Angebot nach § 295 BGB ausreicht, den Annahmeverzug auszulösen und ein tatsächliches Angebot nach § 294 BGB nicht erforderlich ist und die Beklagte durch einseitige Erklärung die Rechtslage nicht zu Lasten des Klägers zu verändern vermag, bedeutete es für den Kläger eine unzumutbare Kränkung nach Ausspruch der Kündigung vom 28. November 1972 und nach Ausspruch der zweiten Kündigung als Reaktion darauf, daß der Kläger weiter seine Arbeit angeboten hatte, nunmehr seine Arbeitsleistung tatsächlich anbieten zu sollen (nach Blomeyer Anmerkung AP Nr. 26 zu § 615 BGB unter B 1 ist gar häufig ein wörtliches Angebot der Leistung für den Arbeitnehmer herabwürdigend). Im vorliegenden Falle geht es nicht um die Frage, ob der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung wörtlich anzubieten habe, dies ist unstreitig geschehen, sondern um die Frage, ob er die Arbeitsleistung auch tatsächlich anzubieten hat.

Selbst wenn man annehmen wollte, der Kläger sei auf den Schriftsatz der Beklagten vom 23. November 1973 gehalten gewesen, die Beklagte auf ihren unzutreffenden rechtlichen Standpunkt hinzuweisen (vgl. BAG AP Nr. 28 zu § 615 BGB), so ändert dies am Ergebnis nichts, denn der Kläger hat durch seinen Anwalt auf diesen Schriftsatz der Beklagten reagiert. Mit einem Schreiben vom 7. Dezember 1973 hat der Kläger

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

- 8 -



- 8 -

darauf hingewiesen, daß er nicht mehr tun könne als schriftlich seine Arbeitskraft anzubieten und daß ihm im übrigen nicht zugemutet werden könne, seine vor kurzem gefundene Arbeitsstelle wieder zu kündigen, um sich auf eine nunmehr überraschend von der Beklagten angebotene Interimslösung einzulassen.

Bei dieser Rechtslage kommt es auf die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Frage der Zumutbarkeit, die Tätigkeit als Verkaufsfahrer aufzugeben, nicht entscheidend an. Der Senat neigt zu der Ansicht, daß dem Kläger im Verhältnis zur Beklagten nicht zum Nachteil gereichen kann, wenn er - schon mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 615 Satz 2 BGB - zwischenzeitlich ein anderes Arbeitsverhältnis eingegangen ist. Die Beklagte hätte eine Zeit lang auf die Wiederaufnahme der Arbeit durch den Kläger warten müssen, zumal dieser das Zwischenarbeitsverhältnis nur unter Einhaltung der Kündigungsfrist beenden konnte (vgl. Anm. von Schnorr von Carolsfeld zu AP Nr. 28 zu § 615 BGB).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Hilfserwägungen des Landesarbeitsgerichts im Zusammenhang mit § 12 KSchG zutreffend sind. Ein Fall des § 12 KSchG liegt nicht vor. Weder hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis fortbesteht - es hat vielmehr das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst - noch hat der Kläger eine Erklärung nach § 12 KSchG abgegeben.

III. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, bei der Berechnung der Höhe der Klagforderung sei davon auszugehen, der Kläger habe 1972 2.000,-- DM brutto verdient.

1. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit ausgeführt, aus einer Fotokopie der Lohnsteuerkarte 1972 habe sich ergeben, daß der Kläger vom 1.1. bis zum 26.11.1972 also für nahezu 11 Monate einen Bruttoarbeitslohn von 22.000,-- DM erhalten habe. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte - der Kläger habe Lohnabrechnungen aus dem Jahr 1972 nicht mehr vorlegen können und die Beklagte habe sich geweigert, Lohnunterlagen vorzulegen - sei das Gericht

- 9 -



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

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

davon ausgegangen (§ 287 ZPO), daß der Kläger, wäre er von der Beklagten nicht entlassen worden, bei dieser 2.000,-- DM brutto monatlich (Fixum und Provision) verdient hätte.

2. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind rechtlich nicht zu beanstanden. Insoweit werden auch von der Revision keine Rügen erhoben. Es ist demnach mit dem Landesarbeitsgericht davon auszugehen, daß der Kläger in der Vergangenheit bis zur Kündigung monatlich 2.000,-- DM brutto verdient hat.

Ob das Landesarbeitsgericht zu Recht von nur 2.000,-- DM brutto monatlich ausgegangen ist und nicht, wie das Arbeitsgericht, 2.050,-- DM brutto hätte annehmen müssen, bedarf keiner Erörterung, denn der Kläger hat gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts kein Rechtsmittel eingelegt. Es steht daher rechtskräftig fest, daß der Kläger zumindest nicht mehr als 2.000,-- DM monatlich bei der Beklagten im Jahre 1972 verdient hat.

IV. Auch die übrigen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Höhe der Klageforderung halten der rechtlichen Überprüfung stand.

Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, daß sich die Höhe der Forderung des Klägers aus § 615 BGB nach dem bemißt, was der Kläger, wäre ihm nicht gekündigt worden, voraussichtlich bei der Beklagten verdient hätte. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht von der Fälligkeit der einzelnen Monatsgehälter bei tatsächlich geleisteter Arbeit ausgegangen und davon, daß auch die voraussichtlich gezahlten Provisionen und Zulagen usw. zu zahlen sind (vgl. BAG AP Nr. 23 zu § 615 BGB und A. und G. Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 11 KSchG Anm. 5).

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger hätte wäre ihm nicht gekündigt worden, im Jahre 1973 ein um 100,-- DM erhöhtes Fixum monatlich erhalten und im Jahre 1974 ein um weitere 100,-- DM erhöhtes Fixum. Er hätte also im Jahre 1973

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



- 10 -

2.100,-- DM und im Jahre 1974 2.200,-- DM monatlich verdient. Es hat insoweit ausgeführt, die Beklagte habe nichts dafür vorgetragen, daß der Kläger, wäre ihm nicht gekündigt worden, die vereinbarten Erhöhungen seines Fixums um jeweils 100,-- DM in den Jahren 1973 und 1974 nicht erhalten hätte.

Ohne Erfolg rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe die Beweislast verkannt.

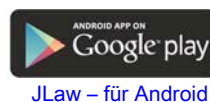
Das Landesarbeitsgericht hat als unstreitig dargestellt, daß die monatlichen Erhöhungen des Fixums um 100,-- DM vereinbart worden seien. An diese Feststellungen ist der Senat gebunden, denn sie hätten nur mit einer Tatbestandsberichtigung angegriffen werden können (BAG 8, 156 [159] = AP Nr. 13 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche). Dies ist nicht geschehen und kann nunmehr nach Fristablauf auch nicht mehr nachgeholt werden (§ 320 Abs. 1 und 2 ZPO). Ist demnach mit dem Kläger die Erhöhung seines Fixums um jeweils 100,-- DM monatlich für die Jahre 1973 und 1974 vereinbart worden, so ist mit dem Landesarbeitsgericht davon auszugehen, daß der Kläger diese Erhöhung auch ohne die Kündigung bekommen hätte, weil die Beklagte keine Einzelheiten dafür vorgetragen hat, aus welchem Grund dies nicht geschehen wäre. Sie ist insoweit darlegungs- und beweisbelastet. Wenn eine spätere Änderung des Vertrages behauptet wird, so ist dies von dem zu beweisen, der aus der Änderung Rechte herleitet (vgl. Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., § 282 Anm. I 5).

2. Zu der Frage, ob sich das Einkommen des Klägers im Dezember 1972 und in den Jahren 1973 und 1974 verringert hätte, hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, es sei nicht ersichtlich, daß der Kläger, wäre ihm nicht gekündigt worden, in der Zeit ab 1. Dezember 1972 weniger Arbeitsstunden geleistet hätte als vorher. Dies folge auch nicht etwa daraus, daß der Kläger gegenüber einem Mitarbeiter erklärt habe, die Arbeit bei der Beklagten sei ihm zu schwer und das folge auch nicht daraus, daß der Kläger seine Arbeit als Verkaufsfahrer wieder aufgegeben habe; der Kläger verlangt Gehalt nach § 615 BGB nur bis einschließlich März 1974.

- 11 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht habe nicht mit berücksichtigt, daß der Kläger kurz vor der Kündigung seinen Abkehrwillen gezeigt hat, für den es nur die eine Erklärung gebe, daß dem Kläger die Arbeitsbedingungen bei der Beklagten nicht mehr gepaßt hätten. Weiter hätte das Landesarbeitsgericht nach Ansicht der Revision berücksichtigen müssen, daß der Kläger in der Zeit vom 1. Januar 1973 bis zum 17. September 1973 als Versicherungsvertreter nur sehr wenig und hauptsächlich nicht körperlich habe arbeiten müssen und deshalb seine Tätigkeit als Verkaufsfahrer am 17. September 1973 ausgeruht und in guter körperlicher Verfassung habe beginnen können und dennoch nach verhältnismäßig kurzer Zeit die Tätigkeit dort wieder aufgegeben habe. Hätte das Landesarbeitsgericht dies alles berücksichtigt, wäre es zur Feststellung gekommen, daß der Kläger voraussichtlich in der Zeit nach Kündigung weniger lange gearbeitet und auch weniger verdient hätte. Abgesehen davon sei es nach der Arbeitszeitordnung unzulässig, einen Arbeitnehmer wöchentlich länger als 48 Stunden zu beschäftigen. Eine Vereinbarung, nach der der Kläger wöchentlich 50 bis 60 Stunden hätte arbeiten müssen, sei daher unzulässig.

Diese Rügen haben keinen Erfolg. Der Senat ist an die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts gebunden, denn sie ist rechtlich möglich und verstößt nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungsregeln (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 580 ZPO und BAG 14, 206 = AP Nr. 4 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluß). Es kommt auch nicht darauf an, ob die vom Tatrichter getroffenen Feststellungen und die daraus gezogenen Schlußfolgerungen zwingend sind. Das Landesarbeitsgericht braucht zudem nicht alles, was es für unerheblich hält, ausdrücklich zu erörtern und sich mit jeder Einzelheit ausführlich auseinanderzusetzen. Es genügt, wenn sich aus der Begründung ergibt, daß eine sachentsprechende Beurteilung im Sinne des § 286 ZPO überhaupt stattgefunden hat (vgl. BAG 5, 221 [224] = AP Nr. 6 zu § 4 TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung). Diesen Erfordernissen entspricht die Beweiswürdigung

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



und die Würdigung des Parteivorbringens im angefochtenen Urteil.

Das Landesarbeitsgericht hat mit vertretbaren Erwägungen dargelegt, aus welchem Grunde es angenommen hat, daß der Kläger ohne die Kündigung nicht weniger Arbeitsstunden als vorher gearbeitet hätte. Selbst wenn das Landesarbeitsgericht in seine Überlegungen einbezogen hätte, der Kläger habe kurz vor der Kündigung seinen Abkehrwillen gezeigt, so folgt doch daraus noch nicht, daß er, falls er bei der Beklagten weiter tätig gewesen wäre, dort weniger lange gearbeitet hätte. Es mag sein, daß dem Kläger die Arbeitsbedingungen bei der Beklagten nicht mehr gepaßt haben, jedoch folgt auch daraus nicht, daß er aus diesem Grunde weniger lang bei der Beklagten gearbeitet hätte. Die Erwägungen des Landesarbeitsgerichts sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Versuch der Revision, ihre eigenen Erwägungen anstelle der Erwägungen des Landesarbeitsgerichts zu setzen, hat keinen Erfolg. Die tatsächlichen Besonderheiten des Einzelfalles unterliegen allein der Würdigung des Tatrichters, die, sofern sie vertretbar sind, einer abweichenden Beurteilung des Revisionsgerichts entzogen sind (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 3 BUrtG Rechtsmißbrauch).

Auch der Hinweis der Revision auf die Schranken der wöchentlichen Arbeitszeit nach der Arbeitszeitordnung zwingt nicht dazu, von einer geringeren wöchentlichen Arbeitszeit auszugehen. Nach der Arbeitszeitordnung wird nicht abgestellt auf die wöchentliche Arbeitszeit, sondern in § 3 AZO ist lediglich bestimmt, daß die regelmäßige werktägliche Arbeitszeit die Dauer von 8 Stunden nicht überschreiten darf. Ob der Kläger fünf oder sechs Tage in der Woche gearbeitet hat, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Bei sechstägiger Arbeitszeit wäre also als regelmäßige Arbeitszeit eine Wochenarbeitszeit von 48 Stunden stets zulässig. Abgesehen davon kann nach § 5 AZO die Arbeitszeit um zwei Stunden täglich ausgedehnt werden, z.B. für Arbeiten zur Reinigung und Instandhaltung, soweit sich diese Arbeiten während des regelmäßigen Betriebes nicht ohne Unterbrechung oder erhebliche Störungen ausführen lassen. Derartige Arbeiten kommen auch

in Betracht bei Fuhrunternehmungen, etwa im Zusammenhang mit dem Reinigen und Instandsetzen und dem Betanken von Kraftfahrzeugen (vgl. Denecke-Neumann, AZO, 9. Aufl., § 5 Anm. 5). Einer besonderen Ermächtigung zur Durchführung der Vor- und Abschlußarbeiten außerhalb der Arbeitszeit bedarf es regelmäßig nicht; nur in Streitfällen hat das Gewerbeaufsichtsamt zu bestimmen, ob es sich um Vor- und Abschlußarbeiten handelt (vgl. Denecke-Neumann, aaO, § 5 Anm. 16).

Das Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe wöchentlich 50 bis 60 Stunden mit Rücksicht auf die Arbeitszeitordnung überhaupt nicht arbeiten dürfen, ist ohne den Vortrag von weiteren Einzelheiten für die Tätigkeit des Klägers als Verkaufsfahrer nicht schlüssig. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob dieses Vorbringen auch an dem Grundgedanken des in sich widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) scheitert. Denn wenn die Beklagte lange Zeit vom Kläger eine 50 bis 60 stündige Arbeitszeit verlangt hat, erscheint es bedenklich, wenn sie im Prozeß im Zusammenhang mit § 615 BGB vorträgt, der Kläger könne einen entsprechenden Lohn nicht verlangen, weil sie unzulässigerweise eine dermaßen lange Arbeitszeit von ihm verlangt hätte.

Im Zusammenhang mit der Dauer der hypothetischen Arbeitszeit, die der Kläger ohne Kündigung bei der Beklagten gearbeitet hätte, meint die Revision, das Landesarbeitsgericht hätte insoweit die Beweislast verkannt. Die Höhe der vereinbarten Vergütung im Sinne des § 615 BGB sei eine klagbegründende Tatsache und müsse vom Kläger bewiesen werden. Wenn keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, daß der Arbeitnehmer nach Beginn des Annahmeverzuges in einem anderen Umfang gearbeitet hätte, würde es freilich genügen, wenn der Arbeitnehmer den Beweis über die Höhe seiner zuvor verdienten Vergütung erbringe. Dieses gelte jedoch im vorliegenden Fall nicht, weil der Kläger vor der Kündigung nicht im normalen Umfang gearbeitet habe und die Beklagte Tatsachen vorgetragen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 8a ff. UrhG geschützt.



habe, die Zweifel begründeten, ob der Kläger nach Beginn des Annahmeverzuges im gleichen Umfang wie zuvor gearbeitet hätte.

Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß die Beklagte beweisbelastet für die von ihr behauptete Änderung der Arbeitsbedingungen sei, insbesondere der vom Kläger geleisteten Arbeitszeit. Wenn eine spätere Änderung des Vertrages behauptet wird, so ist dies von dem zu beweisen, der aus der Änderung Rechte herleitet (vgl. Stein-Jonas-Pohle, ZPO, 19. Aufl., § 282 Anm. I 5). Das gesamte Vorbringen der Beklagten deutet zwar auf die Möglichkeit hin, enthält aber keinen typischen Geschehensablauf, aus dem prima facie auf eine Verkürzung der Arbeitszeit geschlossen werden könnte. Es ist zu bedenken, daß der Kläger bis zum Ausspruch der Kündigung längere Zeit 50 bis 60 Stunden wöchentlich gearbeitet hat. Es spricht nichts dafür, daß er von sich aus während des ungekündigten Bestehens des Arbeitsverhältnisses versucht hätte, die Arbeitszeit zu reduzieren.

V. Dem Kläger kann nicht vorgeworfen werden, er hätte es böswillig unterlassen, anderweitig (mehr) zu verdienen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Kläger habe es nicht böswillig unterlassen, Zwischenverdienst zu erzielen. Ihm könne nicht vorgeworfen werden, daß er versucht habe, sich als Versicherungsvertreter zu betätigen und erst verhältnismäßig spät wieder als Verkaufsfahrer tätig geworden sei. Die Beklagte habe nämlich nicht dargelegt, daß dem Kläger zu einem früheren Zeitpunkt eine freie Arbeitsstelle als Verkaufsfahrer bekannt gewesen sei.

2. Diese Ausführungen sind auch unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision rügt ohne Erfolg, der Kläger habe deshalb sich nicht um eine Stelle als Verkaufsfahrer bemüht, weil er nur noch eine leichtere und selbständige Tätigkeit hätte übernehmen wollen. Erst als er mit seinem Versuch, sich als Versicherungsvertreter selbständig zu machen, gescheitert sei, habe er sich um die Stelle eines Verkaufsfahrers umgesehen und auch alsbald eine

- 15 -

entsprechende Tätigkeit gefunden.

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine Untätigkeit als Böswilligkeit einem Arbeitnehmer insbesondere vorzuwerfen, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände - Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber - dennoch untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit verhindert. Die Absicht, den Arbeitgeber zu schädigen, ist nicht erforderlich. Es ist aber nicht schon als böswillig zu bezeichnen, wenn der Arbeitnehmer irgendwie fahrlässig von den objektiven Umständen - Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber - keine Kenntnis hatte (vgl. BAG 6,306 [309] = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Böswilligkeit). Die Beklagte hat zwar vorgetragen, der Kläger habe nicht die Absicht gehabt, sogleich wieder als Verkaufsfahrer zu arbeiten, sondern versucht, sich als Versicherungsvertreter selbständig zu machen; sie hat jedoch auch in diesem Zusammenhang nicht vorgetragen, daß dem Kläger die Möglichkeit, gleich als Verkaufsfahrer zu arbeiten, bekannt gewesen sei. Die Beklagte ist insoweit darlegungs- und beweisbelastet (vgl. BAG, aaO, mit weiteren Nachweisen).

VI. Der Höhe nach, d.h. hinsichtlich des Rechenwerks im einzelnen, hat die Beklagte auch in der Revision das Zahlenwerk des Klägers und des Landesarbeitsgerichts nicht bestritten. Sie hat die Klagforderung lediglich dem Grunde nach in der Weise angegriffen und bestritten, daß sie sich der Höhe nach ermäßigt hätte. Dieses Vorbringen ist im einzelnen geprüft worden. Es ist nicht begründet (vgl. die Ausführungen oben zu II - V). Da das Rechenwerk im einzelnen nicht beanstandet worden ist, bedarf es auch nicht der Überprüfung durch den Senat.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

gez.: Dr. Auffarth Richter am Bundesarbeitsgericht Roeper Michels-Holl
 befindet sich in Urlaub
 und ist verhindert zu
 unterschreiben

Dr. Auffarth



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

