

Aktenzeichen: 7 AZR 144/79

LAG Niedersachsen

Urteil des BAG vom 13. Mai 1981

Für das Nachschlagewerk:	Ja
Für die Fachpresse:	Ja
Für die Amtliche Sammlung:	Ja

Gesetz: SchwbG § 18 Abs. 3 und Abs. 1, § 15 Abs. 1 und Abs. 2, § 12; BPersVG § 108 Abs. 2; BAT § 54

Leitsätze:

1. Die Zustimmungsfiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG greift jedenfalls dann nicht ein, wenn die Hauptfürsorgestelle über den Antrag des Arbeitgebers auf Zustimmung zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung innerhalb der 10-Tage-Frist des § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG ablehnend entscheidet und hiervon den Arbeitgeber vor Ablauf dieser Frist in irgendeiner Weise, sei es auch nur (fern-) mündlich, unterrichtet (im Anschluß an BAG, Urt. vom 3. Juli 1980 – 2 AZR 340/78 – [demnächst] AP Nr. 2 zu § 18 SchwbG, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).
2. Die Frage, ob die Zustimmungsfiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG bereits dann ausgeschlossen ist, wenn lediglich die ablehnende Entscheidung der Hauptfürsorgestelle fristgemäß getroffen ist, deren Bekanntgabe an den Arbeitgeber jedoch erst nach Fristablauf erfolgt, bleibt unentschieden.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 AZR 144/79

7 Sa 10/78 Niedersachsen

Verkündet am
13. Mai 1981

gez. Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 13. Mai 1981 durch den Vorsitzenden Richter Bichler, die Richter Dr. Becker und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Sponer und Lappe für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 6. Dezember 1978 - 7 Sa 10/78 - wird zurückgewiesen.

Der 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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1922 geborene Kläger ist blind; er ist Schwerbehinderter mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit in Höhe von 100 v.H.. Der Kläger war aufgrund des Arbeitsvertrages vom 16. April 1952 als Masseur im Kreiskrankenhaus Aurich des Beklagten mit einer monatlichen Vergütung von zuletzt 2.212,29 DM brutto beschäftigt.

Am 16. August 1976 lehnte der Kläger die Behandlung einer ambulanten Patientin mit der Begründung ab, die Massage sei nicht von einem Arzt des Kreiskrankenhauses verordnet gewesen. Mit einem am 25. August 1976 bei der Hauptfürsorgestelle eingegangenen Schreiben des Beklagten vom 23. August 1976 beantragte dieser die Zustimmung zur fristlosen Kündigung des Klägers. Die Hauptfürsorgestelle lehnte mit Bescheid vom 6. September 1976, bei dem Beklagten eingegangen am 7. September 1976, die beantragte Zustimmung ab. Bereits am 6. September 1976 war der Beklagte fernmündlich von der Hauptfürsorgestelle von der Ablehnung des Zustimmungsantrages in Kenntnis gesetzt worden.

Mit Schreiben vom 14. September 1976, das dem Kläger am gleichen Tage zuging, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers fristlos. Der Personalrat sowie der Gesamtpersonalrat waren vom Beklagten beteiligt worden. Darüber, ob die Zustimmung des Gesamtpersonalrates vor oder nach Ausspruch der fristlosen Kündigung erteilt worden ist, haben die Vorinstanzen keine Feststellungen getroffen.

Mit der Klage begehrt der Kläger die Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung des Beklagten vom 14. September 1976 nicht aufgelöst worden ist, sondern fortbestehe. Er hat geltend gemacht, daß die Kündigung bereits wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle unwirksam sei. Er hat sich weiterhin auf die angeblich nicht ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrates und des Gesamtpersonalrates berufen. Im übrigen sei der Vorwurf der Arbeitsverweigerung unzutreffend.

- 3 -



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



- 3 -

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung des Beklagten vom 14. September 1976 nicht beendet worden ist, sondern darüber hinaus fortbesteht;
2. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 921,14 DM netto nebst 4 % Zinsen seit dem 18. November 1976 sowie 11.061,45 DM brutto nebst 4 % Zinsen auf 4.424,58 DM für die Zeit vom 18. November bis 26. Dezember 1976, 8,77 % Zinsen auf 4.424,58 DM seit dem 27. Dezember 1976, 8,77 % Zinsen auf 575,42 DM seit dem 2. Februar 1977 und 4 % Zinsen auf 6.061,45 DM seit dem 2. Februar 1977 zu zahlen.

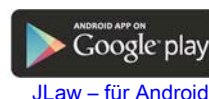
Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Ansicht vertreten, daß die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG als erteilt gelte, da der ablehnende Bescheid erst am 7. September 1976 und damit nach Ablauf der 10-Tage-Frist des § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG bei ihm eingegangen sei. Die telefonische Vorabmitteilung des Bescheides am 6. September 1976 sei rechts- unerheblich. Die Kündigung sei auch nicht wegen eines Fehlers im Beteiligungsverfahren unwirksam. Der Personalrat sei mit Schreiben vom 23. August 1976 über die beabsichtigte fristlose Kündigung unterrichtet worden. Mit einem am 10. September 1976 eingegangenen Schreiben vom 8. September 1976 habe der Personalrat der beabsichtigten fristlosen Kündigung zugestimmt. Der Gesamtpersonalrat sei am 13. September 1976 über die Kündigungsabsicht unterrichtet worden und habe am 14. September 1976 fernmündlich seine Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung erklärt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat ausgeführt, die Kündigung sei bereits wegen Fehlens eines wichtigen Grundes i.S. des § 54 Abs. 1 BAT unwirksam, so daß es dahingestellt bleiben könne, ob die Kündigung wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gemäß § 18 Abs. 1, § 12 SchwbG oder wegen eines Fehlers im Beteiligungsverfahren gemäß § 108 Abs. 2 BPersVG unwirksam sei.

- 4 -



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



- 4 -

Die hiergegen eingelegte Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen mit der Begründung, die Kündigung sei bereits wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle nach § 18 Abs. 1, § 12 SchwbG unwirksam. Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Die Parteien haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten ist unbegründet.

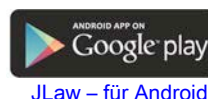
I. Die fristlose Kündigung des Beklagten ist gemäß § 18 Abs. 1, § 12 SchwbG unwirksam, weil die Hauptfürsorgestelle innerhalb von 10 Tagen eine ablehnende Entscheidung i.S. des § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG getroffen hat und daher die Zustimmung nicht gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG als erteilt gilt.

1. Das Landesarbeitsgericht hat die fristlose Kündigung des Beklagten gemäß § 18 Abs. 1, § 12 SchwbG für unwirksam angesehen und hierzu im wesentlichen folgendes ausgeführt: Der Beklagte könne sich auf die Fiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG nicht berufen. Nach dieser Vorschrift gelte die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle nur dann als erteilt, wenn diese eine Entscheidung innerhalb der 10-Tage-Frist nicht getroffen habe. Ein über die Entscheidung innerhalb der 10-Tage-Frist hinausgehendes Fiktionshindernis enthalte das Gesetz mithin nicht. Im vorliegenden Fall habe die Hauptfürsorgestelle jedoch ihre Entscheidung fristgemäß getroffen, denn die Frist des § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG sei angesichts der Tatsache, daß der 4. September 1976 ein Samstag gewesen sei, erst am 6. September 1976 und damit sowohl am Tage der Entscheidung der Hauptfürsorgestelle als auch der telefonischen Mitteilung derselben an den Beklagten abgelaufen (§ 193 BGB). Der Ansicht, die Hauptfürsorgestelle müsse zur Vermeidung des Eintritts

- 5 -



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



der Fiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG ihre ablehnende Entscheidung so treffen, daß diese dem Arbeitgeber innerhalb der 10-Tage-Frist mit Begründung und Rechtsmittelbelehrung zugestellt werde, könne nicht gefolgt werden. Für die Richtigkeit dieser Ansicht enthalte das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Das Gesetz verlange noch nicht einmal die Bekanntgabe der Entscheidung innerhalb der 10-Tage-Frist, um die Fiktionswirkung nicht eintreten zu lassen, sondern stelle allein auf die Tatsache der Entscheidung innerhalb des ohnehin sehr kurz bemessenen Zeitraumes von 10 Tagen ab.

2. Entgegen der Ansicht der Revision enthält das angefochtene Urteil insoweit keine Rechtsfehler, als es davon ausgegangen ist, daß die Zustimmungsfiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG im Streitfall nicht eingreift und daher die Kündigung des Beklagten wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle nach § 12 SchwbG unwirksam ist. Es kann daher offenbleiben, ob die Kündigung darüber hinaus auch wegen nicht ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrates und des Gesamtpersonalrates gemäß § 108 Abs. 2 BPersVG oder mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes i.S. des § 54 BAT unwirksam ist.

a) Der Streitfall erfordert keine abschließende Stellungnahme zu der Streitfrage, ob die Zustimmungsfiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG auch dann eingreift, wenn die Hauptfürsorgestelle zwar ihre (ablehnende) Entscheidung innerhalb der 10-Tage-Frist trifft, die Entscheidung dem Arbeitgeber aber erst nach Fristablauf bekanntgegeben wird (vgl. zu dieser Streitfrage KR-Etzel § 18 SchwbG Rz 16, wonach eine alsbaldige Absendung einer fristgerecht getroffenen Entscheidung für den Nichteintritt der Zustimmungsfiktion ausreicht; ebenso Braasch, SchwbG in Maus, Handbuch des Arbeitsrechts VII B § 18 Anm. 27; a.A. Gröninger, SchwbG, § 18 Anm. 4 a; Rewolle, SchwbG, § 18 Anm. I sowie BB 1977, 202 [203]; Weber, SchwbG, § 18 Anm. 2; Wilrodt/Neumann, SchwbG, 5. Aufl., § 18 Anm. 19). Der Senat schließt sich dem vom Zweiten Senat im Urteil vom 3. Juli 1980 - 2 AZR 340/78 - ([demnächst] AP Nr. 2 zu § 18 SchwbG, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) vertretenen Standpunkt an, wonach die Zustimmungs-



- 6 -

fiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG jedenfalls dann nicht eintritt, wenn die Hauptfürsorgestelle ihre fristgemäß getroffene Entscheidung dem Arbeitgeber innerhalb der 10-Tage-Frist des § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG in irgendeiner Weise, und sei es auch nur mündlich (telefonisch) bekanntgibt [zu II 2. d bb der Gründe]: Der Zweite Senat hat in diesem Urteil offengelassen, ob für die Frage der Wahrung der 10-Tage-Frist die Zustellung oder zumindest der Zugang einer schriftlichen Erklärung der Hauptfürsorgestelle erforderlich ist. Diese Frage ist nach der Ansicht des erkennenden Senats zu verneinen.

Soweit im Schrifttum eine schriftliche, eine fernschriftliche oder telegrafische Bekanntgabe (so Wilrodt/Neumann, aa0; Rewolle, aa0; Weber, aa0) oder die Zustellung des ablehnenden Bescheides mit Rechtsmittelbelehrung (so Gröninger, aa0) vor Ablauf der 10-Tage-Frist gefordert wird, um den Eintritt der Zustimmungsfiktion zu verhindern, ist diese Ansicht weder mit der Systematik des Gesetzes noch mit der Entstehungsgeschichte noch mit dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zu vereinbaren.

aa) Nach der Ansicht des Zweiten Senats (aa0) bietet der Wortlaut des § 18 Abs. 3 SchwbG, insbesondere die Verwendung des Begriffes "Entscheidung" statt "Bescheid" noch kein wesentliches Auslegungskriterium. Im Schrifttum (Braasch, aa0 und KR-Etzel, aa0) wird in diesem Zusammenhang aber zu Recht darauf hingewiesen, daß nach dem Gesetzeswortlaut nur gefordert werde, daß die Hauptfürsorgestelle ihre Entscheidung innerhalb der 10-Tage-Frist zu treffen habe, dagegen nicht angeordnet sei, daß die Entscheidung innerhalb dieser Frist dem Arbeitgeber zugestellt werden müsse (ebenso ArbG Oldenburg, 12. Juli 1979 - 1 Ca 527/79 -, EzA § 18 SchwbG Nr. 2). Der Wortlaut des § 18 Abs. 3 Satz 1 SchwbG entspricht insoweit der in § 15 Abs. 1 SchwbG verwandten Terminologie. Auch dort wird durch die Formulierung "soll die Entscheidung ... treffen" (in Form einer Sollvorschrift) eine behördeninterne Entscheidungsfrist festgelegt.

- 7 -



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



bb) Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung enthält das Schwerbehindertengesetz jedoch bei der außerordentlichen Kündigung in § 18 Abs. 3 Satz 2 eine Zustimmungsfiktion für den Fall, daß die Hauptfürsorgestelle nicht innerhalb der 10-Tage-Frist entscheidet. Insoweit handelt es sich um eine - dem Beschleunigungsbedürfnis Rechnung tragende - Sondervorschrift (lex specialis) für den Bereich der außerordentlichen Kündigung. Dabei ist zu beachten, daß die Zustimmungsfiktion an den behördeninternen Entscheidungsvorgang, nicht dagegen an eine bestimmte Form der Bekanntgabe anknüpft. Für diese Auslegung des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG spricht die inhaltliche Ausgestaltung der Absätze 1 und 2 des § 15 SchwbG, in denen zwischen dem "Treffen der Entscheidung" (= behördeninterner Vorgang) und der "Zustellung der Entscheidung" (= Bekanntgabe des behördeninternen Vorgangs) unterschieden wird. Angesichts der als Spezialregelung für die außerordentliche Kündigung zu wertenden Bestimmung des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG kann daher auch nicht angenommen werden, daß aufgrund der in § 18 Abs. 1 SchwbG enthaltenen Verweisungsregelung in entsprechender Anwendung des § 15 Abs. 2 Satz 1 SchwbG eine Zustellung der Entscheidung der Hauptfürsorgestelle vor Ablauf der 10-Tage-Frist zu fordern ist (so Gröninger, aaO). Die allgemeine Verweisungsregelung des § 18 Abs. 1 SchwbG greift nämlich nur ein, "soweit sich aus den folgenden Bestimmungen nichts Abweichendes ergibt".

cc) Neben den aufgezeigten systematischen Gesichtspunkten geht aus der Entstehungsgeschichte des § 18 SchwbG hervor, daß der Hauptfürsorgestelle die 10-Tage-Frist als Entscheidungszeitraum zur Verfügung stehen soll. Dies ergibt sich insbesondere daraus, daß auf Antrag des Bundesrates die für die Entscheidung der Hauptfürsorgestelle im Regierungsentwurf (BT-Drucks. 7/656, Begründung zu Art. I Nr. 22 b) vorgesehene Frist von einer Woche gerade deshalb auf zehn Tage verlängert worden ist, weil es regelmäßig nicht möglich sei, innerhalb einer Woche das Anhörungsverfahren durchzuführen und eine Entscheidung zu treffen. Durch das Erfordernis einer schriftlichen Bekanntgabe innerhalb der 10-Tage-Frist würde der aus verwaltungspraktischen Gründen verlängerte Entscheidungszeitraum nicht



- 8 -

unerheblich gekürzt mit der Folge, daß die vom Gesetzgeber mit der Fristverlängerung beabsichtigte Ausdehnung des zeitlichen Entscheidungsspielraumes wieder in etwa auf das im Regierungsentwurf vorgesehene zeitliche Maß reduziert würde (vgl. KR-Etzel § 18 SchwbG Rz 16 sowie ArbG Oldenburg, 12. Juli 1979 - 1 Ca 527/79 -, EzA § 18 SchwbG Nr. 2).

dd) Die Einräumung eines durch Zustellungsfristen ungeschmäler-ten Entscheidungszeitraumes von zehn Tagen entspricht auch dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Die Hauptfürsorgestelle hat innerhalb des 10-Tage-Zeitraumes eine Reihe von Pflichten zu erfüllen, um eine sachgerechte Entscheidung über den Antrag des Arbeitgebers treffen zu können. So muß sie innerhalb der Frist Stellungnahmen des zuständigen Arbeitsamtes, des Betriebsrates oder Personalrates und des Vertrauensmannes der Schwerbehinderten einholen, den schwerbehinderten Arbeitnehmer anhören und auf eine gütliche Einigung hinwirken (§ 18 Abs. 1 SchwbG in Verbindung mit § 14 Abs. 2 und Abs. 3 SchwbG). Bei einer Kürzung der 10-Tage-Frist durch Zustellungsfristen wäre die ordnungsgemäße Durchführung des Zustimmungsvorgangs erheblich in Frage gestellt (so zutreffend KR-Etzel, aaO sowie Braasch, aaO). Durch eine fernmündliche Bekanntgabe der fristgemäß getroffenen behördlichen Entscheidung wird demgegenüber der zeitliche Entscheidungsspielraum der Hauptfürsorgestelle voll gewahrt und damit dem Anliegen des Gesetzgebers, die ordnungsgemäße Durchführung des Zustimmungsvorgangs in einem angemessenen zeitlichen Rahmen zu gewährleisten, Rechnung getragen. Durch eine derartige Auslegung des Gesetzes werden auch die Interessen des Arbeitgebers nicht unsachgemäß beeinträchtigt. Dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit wird auch durch eine fernmündliche Vorabmitteilung einer fristgemäß getroffenen behördlichen Entscheidung Rechnung getragen. Die fernmündliche Vorabmitteilung führt auch nicht zu einer Verlängerung des auf zehn Tage begrenzten behörden-internen Zustimmungsvorgangs.

b) Zu der Frage, ob die Zustimmungsfiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG bereits dann ausgeschlossen ist, wenn lediglich die ablehnende Entscheidung der Hauptfürsorgestelle fristge-

- 9 -



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



mäß getroffen ist, deren Bekanntgabe an den Arbeitgeber jedoch erst nach Fristablauf erfolgt, bedarf es keiner abschließenden Stellungnahme. Der Senat neigt insoweit der von Etzel (KR-Etzel, aaO) vertretenen Ansicht zu, wonach es für den Nichteintritt der Zustimmungsfiktion ausreicht, wenn die Hauptfürsorgestelle die fristgerecht getroffene Entscheidung alsbald zustellen läßt.

c) Eine Anwendung der oben (unter I 2 a) dargestellten Grundsätze führt im Streitfall zu dem Ergebnis, daß der Eintritt der Zustimmungsfiktion des § 18 Abs. 3 Satz 2 SchwbG durch die am letzten Tage der 10-Tage-Frist (6. September 1976) erfolgte fernmündliche Bekanntgabe der am gleichen Tage getroffenen ablehnenden Entscheidung der Hauptfürsorgestelle verhindert worden ist. Der Umstand, daß der förmliche Bescheid vom 6. September 1976 dem Beklagten erst am 7. September 1976 und damit nach Ablauf der 10-Tage-Frist zugestellt worden ist, vermag nichts daran zu ändern, daß es bereits durch die fristgemäße fernmündliche Bekanntgabe der ablehnenden Entscheidung nicht zu einem Eintritt der mit der Zustimmungsfiktion verbundenen Rechtsfolgen gekommen ist. Die von dem Beklagten gleichwohl mit Schreiben vom 14. September 1976 ausgesprochene außerordentliche Kündigung ist daher wegen fehlender Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gemäß § 18 Abs. 1, § 12 SchwbG unwirksam.

II. Das Landesarbeitsgericht hat den Beklagten im Ergebnis zu Recht dazu verurteilt, dem Kläger aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges (§ 615 Satz 1 BGB) die der Höhe nach unstreitige Vergütung für die Zeit vom 14. September 1976 (Zugang der fristlosen Kündigung) bis 31. Januar 1977 nebst Zinsen (§§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu zahlen. Entgegen der Ansicht der Revision befand sich der Beklagte auch in dem Zeitraum zwischen Zugang der fristlosen Kündigung (14. September 1976) und dem Zeitpunkt der Klageerhebung (7. Oktober 1976) in Annahmeverzug.

1. Das Landesarbeitsgericht hat unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts ausgeführt, daß in



- 10 -

der jahrzehntelangen bisherigen Arbeitsleistung ein konkludentes Angebot des Klägers zu sehen sei. Es seien keine Anhaltspunkte dafür gegeben, daß der Kläger auch nur vorübergehend nicht zur Fortsetzung seiner Arbeit bereit gewesen sei. Der Beklagte habe auch keinen Anlaß für eine entsprechende Annahme gehabt.

In den vom Landesarbeitsgericht insoweit ausdrücklich in Bezug genommenen Entscheidungsgründen des arbeitsgerichtlichen Urteils wird folgendes ausgeführt: Der Kläger habe dem Beklagten klar und deutlich zu verstehen gegeben, daß er die fristlose Kündigung nicht hinnehmen werde, und dem Beklagten dadurch seine Arbeitskraft angeboten, daß er anläßlich des Versuches der Hauptfürsorgestelle zur Herbeiführung einer gütlichen Einigung der Parteien in dem am 31. August 1976 stattgefundenen Gespräch, an dem seitens des Beklagten u.a. der Verwaltungsleiter des Krankenhauses, Herr B , und Herr Kreisverwaltungsdirektor S teilgenommen hätten, im einzelnen erläutert habe, weshalb seiner Ansicht nach ein Grund für die geplante fristlose Kündigung nicht vorläge. Da in der fristlosen Kündigung zugleich die Erklärung des Beklagten läge, daß er die Arbeitsleistung nicht annehmen werde, sei das wörtliche Arbeitsangebot des Klägers als ausreichend zur Herbeiführung des Annahmeverzuges des Beklagten anzusehen (§§ 293, 295 BGB).

2. Der Beklagte rügt ohne Erfolg, das Landesarbeitsgericht habe seinen Beweisantrag übergangen, wonach der Kläger weder tatsächlich noch wörtlich irgendein Angebot zur Fortsetzung seiner Dienste abgegeben habe.

Abgesehen davon, daß diese Verfahrensrüge unzulässig ist, weil der Beklagte nicht mitgeteilt hat, in welchem Schriftsatz sich dieser Beweisantrag befindet (vgl. BAG 12, 328 [331] = AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag [zu I 1 a der Gründe]), greift die Rüge aus einem weiteren Grund nicht durch. Die von dem Landesarbeitsgericht durch Bezugnahme auf das arbeitsgerichtliche Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen hinsichtlich des Gesprächs vom 31. August 1976 hätte der Beklagte nur mit einem fristgebundenen Antrag auf

- 11 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Tatbestandsberichtigung (§ 320 ZPO) und nicht mit einer Revisionsrüge angreifen können (vgl. BAG AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). Einen derartigen Antrag hat der Beklagte nicht gestellt. Der Senat ist daher gemäß § 561 Abs. 2 ZPO an die (durch Bezugnahme auf das Urteil des Arbeitsgerichts erfolgte) Feststellung des Landesarbeitsgerichts gebunden, der Kläger habe am 31. August 1976 gegenüber dem Beklagten im einzelnen erläutert, weshalb seiner Ansicht nach ein Grund für die geplante fristlose Kündigung nicht vorliege.

3. Angesichts dieser tatsächlichen Feststellungen ist es entgegen der Ansicht der Revision nicht rechtsfehlerhaft, daß das Landesarbeitsgericht angenommen hat, der Beklagte habe sich ab dem 14. September 1976 (Zugang der fristlosen Kündigung) in Annahmeverzug befunden.

a) Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in dem Beschluß vom 26. April 1956 (BAG 3, 66 [74] = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG [zu II 1 der Gründe]) entschieden, daß ein Arbeitgeber bei einer gemäß § 9 Abs. 1 MuSchG unwirksamen fristlosen Kündigung nur dann in Annahmeverzug gerät, wenn die gekündigte Arbeitnehmerin arbeitswillig und arbeitsbereit ist und durch ihr Arbeitsangebot den Arbeitgeber in Annahmeverzug setzt. Nach der Ansicht des Großen Senats (aaO) liegt in der bis zur Entlassung geleisteten Arbeit grundsätzlich das Angebot weiterer Arbeitsleistung für die Zeit nach der unwirksamen fristlosen Kündigung, ohne daß es eines nochmaligen besonderen Arbeitsangebotes bedürfte. Voraussetzung sei allerdings, daß der Arbeitnehmer ausdrücklich oder schlüssig (durch sein Verhalten) zu erkennen gebe, er erkenne die Kündigung nicht an. Als ausreichender Protest gegen die Wirksamkeit der Kündigung wird von dem Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung (vgl. etwa BAG 10, 202 und BAG 14, 156 = AP Nr. 18 und 23 zu § 615 BGB; AP Nr. 26 und 31 zu § 615 BGB [zu 1 a der Gründe]) die Erhebung der Kündigungsschutzklage angesehen. Im Schrifttum (vgl. insbesondere W. Blomeyer, Anm. zu BAG AP Nr. 26 und Nr. 31 zu § 615 BGB m.w.N.) ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach in der Erhebung der Kündigungsschutzklage grundsätzlich die konkludente Erklärung der Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit des Arbeit-



- 12 -

nehmers zu sehen ist, unter Hinweis darauf, daß es sich insoweit um eine Fiktion handele, kritisiert worden.

b) Der vorliegende Sachverhalt bietet keinen Anlaß, grundsätzlich zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen in den Fällen einer unwirksamen fristlosen Kündigung auf ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers verzichtet werden kann (vgl. hierzu W. Blomeyer, aaO; MünchKomm-Walchshöfer § 295 Rdnr. 6; Schaub, ZIP 1981, 347 [348]; Schnorr v. Carolsfeld, Anm. zu BAG AP Nr. 28 zu § 615 BGB; Söllner, Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit; Stehl, ArbuR 1967, 44 ff.). Da der Kläger nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, an die der Senat gemäß § 561 Abs. 2 ZPO gebunden ist, in dem Gespräch am 31. August 1976 gegen die Berechtigung einer beabsichtigten fristlosen Kündigung protestiert hat, lag in der bis zur Entlassung geleisteten Arbeit das Angebot weiterer Arbeitsleistung für die Zeit nach der fristlosen Kündigung. Irgenwelche Umstände, aus deren Vorliegen auf das Fehlen der Leistungsbereitschaft oder Leistungsfähigkeit des Klägers in der Zeit zwischen Zugang der fristlosen Kündigung und Erhebung der Feststellungsklage geschlossen werden könnte, sind weder ersichtlich noch von dem Beklagten dargelegt worden. Es kann daher dahinstehen, ob auch beim Fehlen eines Protestes des Arbeitnehmers gegen eine beabsichtigte fristlose Entlassung der Arbeitgeber bereits mit Zugang der außerordentlichen Kündigung oder erst mit Zustellung der Feststellungsklage in Annahmeverzug gerät. Der Senat erwägt in den zuletzt genannten Fällen in Fortführung der Entscheidung des Fünften Senats vom 10. Juli 1969 - 5 AZR 323/68 - (BAG 22, 111 = AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit), die Vorschrift des § 296 BGB anzuwenden, und zwar mit der Maßgabe, daß wegen des Unterlassens einer kalendermäßig festgelegten Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers (Nichtzurverfügungstellung des Arbeitsplatzes ab dem Zeitpunkt des Zuganges der fristlosen Kündigung) ein wörtliches Angebot bei einem leistungsbereiten und leistungsfähigen Arbeitnehmer entbehrlich ist (ebenso Söllner, Anm. zu AP Nr. 2 zu § 615 BGB Kurzarbeit [unter 3]).

- 13 -



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



