

Aktenzeichen: 7 AZR 525/87

Bundesarbeitsgericht 7. Senat Urteil vom 31. August 1988  
- 7 AZR 525/87 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 5. November 1986  
Bonn - 4/5 Ca 1066/84 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 15. Juni 1987  
Köln - 5 Sa 1251/86 -

-----  
Für die Amtliche Sammlung: Nein  
Für die Fachpresse: Nein  
Für das Bundesarchiv: Nein  
-----

Entscheidungsstichwort:

Fehlende Berufsausübungsgenehmigung und Annahmeverzug

Gesetz: BGB §§ 615, 297; Erstes Gesetz zur Ordnung des Schulwesens  
im Lande Nordrhein-Westfalen (SchOG NW) § 37 Abs. 3 b, § 41

Leitsätze:

K e i n e



7 AZR 525/87

-----  
5 Sa 1251/86 Köln

Verkündet am  
31. August 1988

Stöcker,  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

pp.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. August 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Seidensticker, die Richter Dr. Becker und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtlichen Richter Nehring und Schmalz für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 15. Juni 1987 - 5 Sa 1251/86 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin fordert von der Beklagten Gehaltszahlung wegen Annahmeverzugs.

Die Klägerin, die in Schleswig-Holstein die Erste und Zweite Lehramtsprüfung für Fachlehrer in den Fächern Sport und Technik abgelegt hat, wurde mit schriftlichem Arbeitsvertrag vom 30. September 1980 von der Beklagten, die in Nordrhein-Westfalen ein privates, staatlich anerkanntes Gymnasium mit angegliedertem Internatsbereich betreibt, für die Zeit vom 1. August 1980 bis 31. Juli 1981 als hauptberufliche Lehrerin für das Fach Sport angestellt. Dieser Arbeitsvertrag war vom Schulkollegium beim Regierungspräsidenten in Düsseldorf geprüft und mit einem Vermerk versehen worden, der auf ein Schreiben des Schulkollegiums vom 12. September 1980 verwies. Dieses an die Beklagte gerichtete Schreiben lautete u.a. wie folgt:



"Es wird genehmigt, daß Frau S in der Zeit vom 1.8.1980 bis 31.7.1981 22 Wochenstunden Unterricht in dem Fach Sport aushilfsweise an Ihrer Schule erteilt."

Unter dem 27. Oktober 1981 schlossen die Parteien erneut einen befristeten Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. August 1981 bis 31. Juli 1982, nachdem das Schulkollegium wiederum eine entsprechende Genehmigung erteilt hatte. Durch Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 14. April 1983 - 8 Sa 1029/82 -, das rechtskräftig wurde, ist festgestellt worden, daß das seit dem 1. August 1980 bestehende Arbeitsverhältnis über den 31. Juli 1982 hinaus unbefristet fortbesteht.

Seit dem 1. August 1982 ist die Klägerin (mit Ausnahme der Zeit vom 25. Mai bis 8. Juli 1983) von der Beklagten nicht beschäftigt worden. Am 7. Oktober 1983 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Wegen dieser Kündigung ist zwischen den Parteien ein Rechtsstreit anhängig; ein Urteil liegt jedoch (soweit ersichtlich) bisher nicht vor. Am 8. Mai 1984 und am 11. Mai 1984 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut fristlos, vorsorglich fristgerecht zum 31. Juli 1984; u.a. über die Rechtswirksamkeit dieser Kündigungen wird im vorliegenden Rechtsstreit gestritten.

Außerdem (und dies allein ist Gegenstand des vorliegenden Revisionsverfahrens) verlangt die Klägerin von der Beklagten aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges Gehaltszahlung für die Zeit vom 16. Februar 1984 bis zum 11. Februar 1986. Insoweit hat die Klägerin im ersten Rechtszuge beantragt,



1. ... (betrifft die Kündigung vom 8.5.1984)
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 10.235,44 DM brutto nebst 4 % Zinsen seit 24. Mai 1984 zu zahlen.
3. ... (betrifft die Kündigung vom 11.5.1984)
4. die Beklagte weiter zu folgenden Zahlungen zu verurteilen:
  - 12.037,16 DM brutto nebst 4 % Zinsen ab 04.09.1984
  - 12.037,16 DM brutto nebst 4 % Zinsen ab 03.12.1984
  - 12.565,16 DM brutto nebst 4 % Zinsen ab 19.04.1985
  - 9.615,84 DM brutto nebst 4 % Zinsen ab 28.06.1985
  - 9.315,84 DM brutto nebst 4 % Zinsen ab 05.11.1985
  - 9.315,85 DM brutto nebst 4 % Zinsen ab 20.01.1986
  - 3.105,28 DM brutto nebst 4 % Zinsen ab 28.01.1986
  - 4.254,08 DM brutto ab 24.04.1986.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie meint, sich nicht im Annahmeverzug befunden zu haben, selbst wenn das Arbeitsverhältnis fortbestehen sollte. Denn der Klägerin fehle die gemäß § 41 Abs. 2 des Ersten Gesetzes zur Ordnung des Schulwesens im Lande Nordrhein-Westfalen (SchOG NW) erforderliche Genehmigung der staatlichen Schulaufsichtsbehörde. Diese Genehmigung habe nur bis zum 31. Juli 1982 befristet vorgelegen; seitdem dürfe also die Klägerin bei der Beklagten nicht unterrichten und die Beklagte die Klägerin nicht als Lehrerin beschäftigen.

Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil vom 5. November 1986 die Zahlungsklage (Klageanträge 2 und 4) abgewiesen, da sich die Beklagte nicht in Annahmeverzug befunden habe. Von dieser Klageabweisung ausgenommen hat das Arbeitsgericht einen Betrag von



2.897,48 DM brutto (Sonderzuwendung 1983), der in dem Klageantrag zu 2 enthalten ist, da diese Forderung (ebenso wie die Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigungen vom 8. und 11. Mai 1984) von der vorgreiflichen Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigung vom 7. Oktober 1983 abhinge.

Die gegen dieses Teilurteil gerichtete Berufung der Klägerin ist vom Landesarbeitsgericht zurückgewiesen worden. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag zu 2 in Höhe von 7.337,79 DM nebst Zinsen sowie ihren Klageantrag zu 4 weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet. Denn das Landesarbeitsgericht hat das Vorliegen eines Annahmeverzuges der Beklagten und damit die Begründetheit der Zahlungsansprüche der Klägerin zu Recht verneint.

1. Der erkennende Senat hat durch (unveröffentlichtes) Urteil vom 26. März 1986 - 7 AZR 592/84 - in einem Rechtsstreit zwischen denselben Parteien und bei völlig gleichgelagertem Sachverhalt die ebenfalls auf Annahmeverzug gestützten Vergütungsansprüche der Klägerin für die Zeit vom 1. August 1982 bis 7. Oktober 1983 abgewiesen. Zwar entfaltet dieses Urteil für den vorliegenden Rechtsstreit weder Rechtskraft noch irgendeine Art von innerprozessualer Bindungswirkung, da der vorliegende Rechtsstreit Ge-



haltsansprüche für die Zeit ab 16. Februar 1984 und damit einen anderen Streitgegenstand betrifft. Indessen hat auch die erneute Überprüfung im vorliegenden Revisionsverfahren ergeben, daß an der rechtlichen Beurteilung im Senatsurteil vom 26. März 1986 festzuhalten ist.

In diesem Urteil hatte der Senat die im Berufungsurteil erfolgte Klageabweisung mit der Begründung bestätigt, die Klägerin habe gegen die Beklagte keine Ansprüche aus Annahmeverzug, da sie nach dem 31. Juli 1982 nicht mehr im Besitz der zur Ausübung der Lehrertätigkeit an einer Ersatzschule erforderlichen Genehmigung der Schulaufsichtsbehörde und damit außerstande gewesen sei, die vereinbarte Leistung zu bewirken (§ 615 Satz 1, § 297 BGB). Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug des Gläubigers schlossen sich gegenseitig aus (BAG Urteil vom 6. März 1974 - 5 AZR 313/73 - AP Nr. 29 zu § 615 BGB, zu I 1 der Gründe). Nach § 41 Abs. 2 des Ersten Gesetzes zur Ordnung des Schulwesens im Lande Nordrhein-Westfalen vom 8. April 1952 - SchOG NW - (GV NW 1952, 61) bedürften Lehrer an Ersatzschulen im Lande Nordrhein-Westfalen zur Ausübung ihrer Tätigkeit der Genehmigung der staatlichen Schulaufsichtsbehörde. Bei diesem Genehmigungserfordernis handele es sich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; die Genehmigung stelle sich somit als begünstigender gestaltender Verwaltungsakt dar, der formelle Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Unterrichtstätigkeit an einer Ersatzschule sei. Der Erlaubnisvorbehalt diene der präventiven Kontrolle der Ersatzschule durch die zuständige Verwaltungsbehörde (vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., S. 403). Ein Privatschulträger, dessen



angestelltem Lehrer die erforderliche Genehmigung nach § 41 Abs. 2 SchOG NW nicht erteilt worden sei, befinde sich nicht in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Arbeitsleistung ablehne, denn der Arbeitnehmer müsse die vertragliche Leistung nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich zulässig erbringen können. In einem solchen Falle sei der Arbeitnehmer leistungsunfähig im Sinne des § 297 BGB mit der Folge, daß er den Vergütungsanspruch verliere (§§ 615, 293, 297, 323 BGB). Die mithin erforderliche Genehmigung sei vom Schulkollegium nur bis zum 31. Juli 1982 befristet erteilt worden, denn ein weitergehender Inhalt könne der Einverständniserklärung des Schulkollegiums nicht entnommen werden. Sie sei auch nicht dadurch zu einer unbefristeten Genehmigung geworden, daß das Landesarbeitsgericht durch sein Urteil vom 14. April 1983 - 8 Sa 1029/82 - das unbefristete Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses festgestellt habe. Denn das arbeitsgerichtliche Urteil ersetze nicht die dem öffentlichen Recht zuzurechnende staatliche Genehmigung nach § 41 Abs. 2 SchOG NW. Nach § 37 Abs. 3 b SchOG NW stehe es im Ermessen der Schulaufsichtsbehörde, geeigneten Bewerbern, die die erforderliche Vor- und Ausbildung nicht nachweisen können und auch nicht die vorgesehene Prüfung abgelegt haben, die Genehmigung völlig zu versagen. Damit sei der Schulaufsichtsbehörde bei einem derartigen Sachverhalt zugleich die Befugnis eingeräumt, nur eine befristete oder eine mit Auflagen versehene Genehmigung zu erteilen. Die der Klägerin befristet erteilte Unterrichtsgenehmigung habe daher mit dem 31. Juli 1982 geendet. Daraus habe sich für die Beklagte in der Folgezeit ein gesetzliches Beschäftigungsverbot ergeben. Sie habe demnach die angebotene Arbeitslei-



stung ablehnen dürfen, ohne in Annahmeverzug zu geraten (vgl. BAGE 9, 300, 301 = AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG, zu 1 a der Gründe; BAG Urteil vom 6. März 1974 - 5 AZR 313/73 - AP Nr. 29 zu § 615 BGB, zu I 1 der Gründe). Insbesondere habe die Beklagte nicht das Risiko zu tragen, daß der Klägerin die erforderliche Genehmigung nicht erteilt werde, dies folge bereits aus dem Prüfungsgegenstand der oberen Schulaufsichtsbehörde, nämlich der persönlichen und fachlichen Befähigung des Lehrers (vgl. § 8 Abs. 6 der Dritten Verordnung zur Ausführung des SchOG NW betreffend Ersatzschulen vom 10. Juli 1959 - 3.AVOzSchOG - GV NW S. 125). Die Beklagte sei auch nicht gehalten gewesen, wegen der Unterrichtsgenehmigung für die Klägerin gegen die Aufsichtsbehörde zu prozessieren, da ein derartiger Prozeß angesichts des § 37 Abs. 3 SchOG NW als aussichtslos erscheine. Die Klägerin besitze nicht die erforderliche Qualifikation; auch sei nicht ersichtlich, daß die Aufsichtsbehörde ihr Ermessen, die von der Beklagten beantragte Verlängerung der Unterrichtsgenehmigung zu versagen, rechtsfehlerhaft ausgeübt haben könnte.

2. An dieser Würdigung, der sich das Landesarbeitsgericht angeschlossen hat, hält der Senat fest. Denn überzeugende Gesichtspunkte für eine abweichende Beurteilung ergeben sich weder aus dem Vorbringen der Klägerin in den Tatsacheninstanzen noch aus den Angriffen der Revision noch aus einer davon unabhängigen erneuten rechtlichen Überprüfung.

a) Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin in den Tatsacheninstanzen vor allem die Ansicht vertreten, die Schulaufsichtsbehörde habe die Unterrichtsgenehmigung (entgegen dem Se-



natsurteil vom 26. März 1986) nicht befristet erteilen dürfen; hierzu fehle es an einer Rechtsgrundlage. Ob dies richtig ist, muß im vorliegenden Rechtsstreit dahingestellt bleiben. Denn die etwaige Fehlerhaftigkeit des ergangenen Verwaltungsakts muß im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden. Die Gerichte für Arbeitssachen haben, sofern nicht ein Fall der Nichtigkeit vorliegt, die Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts zu beachten. Zu einer Nichtigkeit des Verwaltungsakts führen die von der Klägerin geltend gemachten Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer befristeten Unterrichtsgenehmigung nicht; im übrigen würde es selbst dann am Vorliegen einer Unterrichtsgenehmigung fehlen. Ob die befristete Unterrichtsgenehmigung als unbefristete aufrechtzuerhalten wäre (diese Möglichkeit deutet das Verwaltungsgericht Köln auf S. 25 des von der Revisionsklägerin vorgelegten Urteils vom 26. Juni 1986 - 5 K 4240/84 - an), ist eine weitgehend ungeklärte verwaltungsrechtliche Frage, über die nur die Verwaltungsgerichte in einem gegen den Verwaltungsakt gerichteten Rechtsstreit entscheiden können. Da ein solcher Rechtsstreit nicht geführt wurde, hat mithin der Senat nach wie vor davon auszugehen, daß seit dem 1. August 1982 eine Unterrichtsgenehmigung für die Klägerin nicht mehr vorliegt.

b) Mit den weiteren Einwendungen der Klägerin in den Vorinstanzen, die Beklagte habe sich nicht hinreichend um die weitere Verlängerung der Unterrichtsgenehmigung bemüht bzw. sogar mit der Schulaufsichtsbehörde kollusiv zusammengewirkt, hat sich das Landesarbeitsgericht eingehend und rechtsfehlerfrei auseinandergesetzt; die Revision hat insoweit auch keine Einwendungen erhoben.



c) Auch unabhängig von der mithin zu verneinenden Frage eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen der Beklagten und der Schulaufsichtsbehörde ist zwar der von der Revision angesprochene Gesichtspunkt beachtlich, die Klägerin dürfe nicht entgegen Art. 19 Abs. 4 GG dadurch rechtlos gestellt werden, daß die Gerichte für Arbeitssachen die Versagung bzw. Befristung der Unterrichtsgenehmigung zu Lasten der Klägerin hinnehmen müssen, die Klägerin sich aber vor den Verwaltungsgerichten gegen diese Befristung bzw. Versagung nicht wehren könne, weil sie am Genehmigungsverfahren nicht beteiligt sei, obwohl die Genehmigung ihre Person betrifft und deren Versagung sie in ihrer Berufsausübung beeinträchtigt. Dieser Konflikt kann jedoch nicht im arbeitsgerichtlichen Verfahren gelöst werden, da hier - wie oben dargestellt - die Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts zu beachten ist. Erwogen werden könnte daher lediglich, ob die Klägerin (entgegen der von ihr angeführten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung) am Genehmigungsverfahren beteiligt werden und insbesondere verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz genießen muß. Insoweit ist nicht einmal entscheidend (und insbesondere von den Gerichten für Arbeitssachen nicht zu prüfen), ob die Verwaltungsgerichtsordnung der Klägerin eine derartige Rechtsstellung einräumt. Denn zum einen hätten auch dies allein die Verwaltungsgerichte zu prüfen; zum anderen hätte selbst dann, wenn diese Frage zu verneinen wäre und mithin die Klägerin nach Maßgabe der VwGO keine eigene Rechtsposition hätte, die Klägerin zur Geltendmachung einer Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG (durch die VwGO bzw. ihre verwaltungsgerichtliche Auslegung) zunächst den Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten auszuschöpfen, um sich dann an das Bundesverfassungsge-



richt zu wenden. Daß es die Klägerin unterlassen hat, eine ihrer Ansicht nach rechtswidrige und sie in ihren Rechten beeinträchtigende behördliche Ablehnung, sie von einem gesetzlichen Tätigkeitsverbot zu befreien, vor den Verwaltungsgerichten anzugreifen, darf jedenfalls die Gerichte für Arbeitssachen nicht dazu veranlassen, das gesetzliche Beschäftigungsverbot des § 41 Abs. 2 SchOG NW (s. dazu unten d) zu negieren. Darauf aber liefe es hinaus, wollte man der Beklagten, die gemäß § 41 Abs. 2 SchOG NW die Klägerin ohne Vorliegen der erforderlichen Genehmigung nicht beschäftigen darf, dennoch ansinnen, das Arbeitsangebot der Klägerin anzunehmen.

d) Die Revision der Klägerin meint weiter, bei § 41 Abs. 2 SchOG NW handele es sich nicht um ein gesetzliches Beschäftigungsverbot, jedenfalls aber nicht um ein gegen die Klägerin gerichtetes Beschäftigungsverbot, das der Klägerin ihre Unterrichtstätigkeit an der Schule der Beklagten rechtlich unmöglich mache. Auch hiermit hat sich der Senat bereits anlässlich seines Urteils vom 26. März 1986 befaßt und insbesondere die Frage erwogen, ob das Genehmigungserfordernis des § 41 Abs. 2 SchOG NW auch wirklich den Zweck verfolgt, bei fehlender Genehmigung die Beschäftigung des Lehrers zu untersagen oder nur den Zweck, die Refinanzierung der Vergütung des Lehrers und der mit ihm vereinbarten Arbeitsbedingungen der Prüfung durch die Schulaufsicht zu unterwerfen. Der Senat hat damals entscheidend darauf abgestellt, daß das SchOG NW ausweislich seines § 37 Abs. 3 b auch verhindern will, daß die Unterrichtstätigkeit an Ersatzschulen qualitativ hinter der an den entsprechenden öffentlichen Schulen zurück-



bleibt. Gerade auch der damit erforderlichen Prüfung der Qualifikation des einzelnen Lehrers dient das Genehmigungserfordernis des § 41 Abs. 2 SchOG NW, so daß die Unterrichtstätigkeit des Lehrers bei Fehlen dieser Genehmigung das Regelungsziel des Gesetzes gefährdet und damit als vom Gesetz verboten anzusehen ist. Damit aber richtet sich das Verbot sowohl gegen die Tätigkeit des Lehrers an dieser Schule als auch gegen die Annahme dieser Tätigkeit durch den Schulträger. Sowohl die Unterrichtstätigkeit des Lehrers, dessen Qualifikation nicht mit positivem Ergebnis auch für den betreffenden Unterrichtszeitraum geprüft ist, als auch die Mitwirkungshandlungen des Schulträgers an der Unterrichtstätigkeit eines solchen Lehrers stehen nicht mit dem Gesetz im Einklang. Ebenso wie die arbeitsrechtlichen Beschäftigungsverbote (vgl. BAGE 9, 300, 301 = AP, aaO) richtet sich daher auch das Beschäftigungsverbot des § 41 Abs. 2 SchOG NW gegen beide Parteien des Arbeitsvertrages. Es liegt ein Fall des § 297 BGB vor, so daß der Arbeitgeber, der die angebotenen Dienste ablehnt, nicht in Annahmeverzug gerät (BAG aaO; BAG Urteil vom 6. März 1974 - 5 AZR 313/73 - AP Nr. 29 zu § 615 BGB).

e) Entgegen der Ansicht der Revision hat die Beklagte schließlich auch nicht vertraglich das Risiko übernommen, die Vergütung der Klägerin auch im Falle der rechtlichen Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zahlen zu müssen. Gewiß ist eine derartige vertragliche Übernahme des bei subjektiven Leistungshindernissen an sich den Arbeitnehmer treffenden Vergütungsrisikos durch den Arbeitgeber möglich und insbesondere dann naheliegend, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz Kenntnis des Leistungshindernisses



einstellt. Im Entscheidungsfall hat jedoch die Beklagte mit der Klägerin stets nur für den Zeitraum einen Arbeitsvertrag abgeschlossen, für den die Genehmigung vorlag; die unbefristete Verlängerung des Arbeitsvertrages erfolgte gegen den Willen der Beklagten aufgrund gerichtlicher Entscheidung.

Dr. Seidensticker

Dr. Becker

Dr. Steckhan

Nehring

Schmalz





**[JLaw – Gesetze und Urteile](#)**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)