

Aktenzeichen: 8 AZR 146/84

Bundesarbeitsgericht 8. Senat Urteil vom 10. März 1987
- 8 AZR 146/84 -

I. Arbeitsgericht
Rheine

Urteil vom 26. April 1983
- 1 Ca 1429/82 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 13. Dezember 1983
- 11 Sa 1339/83 -

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



Entscheidungsstichwort:

Ansprüche bei Weiterbeschäftigung nach Kündigung

Gesetz: BGB § 812 Abs. 1 Satz 1, § 818 Abs. 2, §§ 142, 280, 287, 615, 814; BetrVG § 102 Abs. 5; ArbGG § 62; ZPO § 717 Abs. 2; Tarifvertrag über Jahressonderzahlungen für die Angestellten und gewerblichen Arbeitnehmer der Textilindustrie Westfalens vom 15. Mai 1981; Urlaubsvereinbarung für die Angestellten und gewerblichen Arbeitnehmer der Textilindustrie Westfalens vom 8. Mai 1979; Urlaubsgeldabkommen für Angestellte und Arbeiter der Textilindustrie Westfalens vom 6. Mai 1976

Leitsätze:

1. Wird ein gekündigter Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses weiterbeschäftigt, ohne daß die Parteien das gekündigte Arbeitsverhältnis einvernehmlich fortsetzen, so hat er bei Wirksamkeit der Kündigung gegen den Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz des Werts der geleisteten Arbeit (§ 812 Abs 1 Satz 1, § 818 Abs 2 BGB).

2. Der Wert der Arbeitsleistung bestimmt sich entsprechend der üblichen Vergütung.

a. Zu dieser gehört auch eine zeitanteilige Jahressonderzahlung, wenn diese nach dem Inhalt der für das beendete Arbeitsverhältnis maßgeblichen Tarifregelung als auf den Weiterbeschäftigungszeitraum entfallender Lohn anzusehen ist.

b. Nicht zu ersetzen ist Urlaub, der dem Arbeitnehmer nicht gewährt worden ist.



8 AZR 146/84

11 Sa 1339/83 Hamm

Verkündet am
10. März 1987

Siegel,
Reg.-Sekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund
der mündlichen Verhandlung vom 18. Dezember 1986 durch
die Vorsitzende Richterin Michels-Holl, die Richter Dr.
Leinemann und Dr. Peifer sowie die ehrenamtlichen Richter
Pradel und Plenge für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

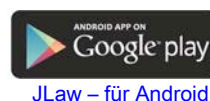
-2-

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 13. Dezember 1983 - 11 Sa 1339/83 - teilweise aufgehoben.
- II. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Rheine vom 26. April 1983 - 1 Ca 1429/82 - teilweise abgeändert und neu gefaßt:
1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 296,83 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 9. Dezember 1982 zu zahlen.
 2. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
- III. Im übrigen werden Revision und Berufung zurückgewiesen.
- IV. Von den Kosten der Berufung und der Revision tragen die Klägerin 4/5 und die Beklagte 1/5. Von den übrigen Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 7/8 und die Beklagte 1/8.

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
[\(mobile App\)](#)



-3-

T a t b e s t a n d :

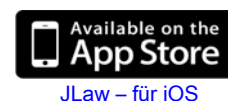
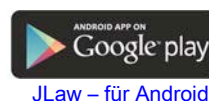
Die Klägerin macht Ansprüche aus ihrer Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsrechtsstreits geltend.

Die Klägerin war seit 1. Februar 1978 bei der Beklagten als Spulerin beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis waren die zwischen dem Verband der nordrhein-westfälischen Textilindustrie e.V., Münster, und der Gewerkschaft Textil-Bekleidung, Düsseldorf, geschlossenen Tarifverträge anzuwenden, darunter der ab 1. Mai 1980 geltende Tarifvertrag über Jahressonderzahlungen vom 5. Mai 1980, dem der ab 1. Mai 1981 geltende Tarifvertrag vom 15. Mai 1981 (TV) folgte, die Urlaubsvereinbarung für die Angestellten und gewerblichen Arbeitnehmer der Textilindustrie vom 8. Mai 1979 und das Urlaubsgeldabkommen für Angestellte und Arbeiter vom 6. Mai 1976.

Am 6. Februar 1981 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten der Klägerin fristgemäß zum 20. Februar 1981; der Betriebsrat hatte dieser Kündigung nicht widersprochen. Der Kündigungsschutzklage gab das Arbeitsgericht am 8. Oktober 1981 statt. Gleichzeitig verurteilte es die Beklagte, die Klägerin arbeitsvertragsgemäß weiterzubeschäftigen. Die Beklagte beschäftigte daraufhin die Klägerin ab 13. Oktober 1981 unter Aufrechterhaltung der Kündigung "zur Abwendung der Zwangsvollstreckung" weiter. Vor dem Landesarbeitsgericht schlossen die Parteien am 25. März 1982 folgenden Vergleich:



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



1. Die Parteien sind darüber einig, daß das Arbeitsverhältnis aufgrund fristgemäßer arbeitgeberseitiger Kündigung zum 20.02. 1981 zu Ende gegangen ist.
2. Die Beklagte zahlt an die Klägerin eine Abfindung gemäß §§ 9, 10 KSchG in Höhe von 2.000,-- DM (i.W.: zweitausend Deutsche Mark).
3. Damit hat dieser Rechtsstreit seine Erledigung gefunden.
4. Wegen der Kosten des Verfahrens bleibt es hinsichtlich der ersten Instanz bei der arbeitsgerichtlichen Entscheidung. Die Kosten der Berufungsinstanz werden gegeneinander aufgehoben.
5. Beide Parteien behalten sich den Widerruf dieses Vergleichs durch schriftliche Anzeige an das Berufungsgericht bis 15. April 1982 vor.

Der Vergleich wurde nicht widerrufen. Am 5. April 1982 beendete die Klägerin die Tätigkeit im Betrieb der Beklagten.

Die Klägerin hat für die Zeit der Weiterbeschäftigung 5/12 der tariflichen Jahressonderzahlung von 60 % eines durchschnittlichen Monatsverdienstes von 1.979,02 DM = 494,75 DM, Urlaubsabgeltung in Höhe von 1.359,48 DM und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall für die Zeit vom 26. Februar bis 5. März 1982 in Höhe von 574,92 DM verlangt. Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei zu diesen Leistungen verpflichtet, obwohl das Arbeitsverhältnis am 20. Februar 1981 geendet habe. Die tatsächliche Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers während des Kündigungsrechtsstreits müsse wie ein Arbeitsverhältnis behandelt werden. Die Klägerin hat beantragt,



-5-

die Beklagte zu verurteilen, an sie
2.429,15 DM brutto nebst 4 % Zinsen
seit dem 9. Dezember 1982 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, Jahresson-
derzahlung für 1982 in Höhe von 296,83 DM und Urlaubsabgeltung in
Höhe von 1.356,66 DM zu zahlen. Im übrigen hat das Arbeitsgericht
die Klage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten war erfolglos.
Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag
weiter.

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

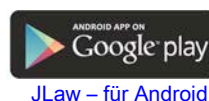
Die Revision hat teilweise Erfolg.

Gegenstand des Revisionsverfahrens sind nur noch die An-
sprüche auf Jahressonderzahlung und Urlaubsabgeltung, soweit das
Landesarbeitsgericht diesen entsprochen hat. Den Anspruch auf
Lohnfortzahlung hat bereits das Arbeitsgericht rechtskräftig ab-
gewiesen.

I. Die Klage ist begründet, soweit die Klägerin mit ihrer Zahlung
von 296,83 DM begehrt. Dieser Betrag entspricht der anteiligen
Jahressonderzahlung für 1982. Er steht, wie das Landesarbeitsge-
richt in seiner Hilfsbegründung zutreffend angenommen hat, der
Klägerin als Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB) zu, weil sie vom 1.



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



Januar bis 5. April 1982 im Betrieb der Beklagten gearbeitet hat. Die Beklagte hat diese Arbeitsleistung ohne rechtlichen Grund erlangt (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB).

1. Aufgrund des gekündigten Arbeitsverhältnisses hat die Klägerin keinen Anspruch auf die Jahressonderzahlung. Das Arbeitsverhältnis war durch die Kündigung der Beklagten vom 6. Februar 1981 zum 20. Februar 1981 beendet worden.

Zwar folgt dies nicht aus einem die Kündigungsschutzklage rechtskräftig abweisenden Urteil. In dem Vergleich sind die Parteien sich aber darüber einig geworden, daß das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist zum 20. Februar 1981 "zu Ende gegangen ist". Durch den Vergleich als Feststellungsvertrag haben die Parteien den gleichen rechtlichen Erfolg herbeigeführt, der durch ein die Kündigungsschutzklage abweisendes Urteil des Landesarbeitsgerichts eingetreten wäre (so auch BAG Urteil vom 17. April 1986 - 2 AZR 308/85 - DB 1986, 2240).

Allerdings wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, das alte Arbeitsverhältnis werde fortgesetzt, jedenfalls bedingt durch den endgültigen Ausgang des Kündigungsrechtsstreits (vgl. Schwerdtner, ZIP 1985, 1361 ff.; Gamillscheg, Anm. zu EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9). Dies folge daraus, daß der Anspruch auf Weiterbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits aus dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch herzuleiten sei (vgl. BAG Großer Senat, Beschluß vom 27. Februar 1985 - GS 1/84 - AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht, zu C II der



Gründe, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

Dieser Auffassung folgt der erkennende Senat nicht. Sie berücksichtigt nicht, daß das "ideelle Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers" während des Kündigungsrechtsstreits nur die tatsächliche Beschäftigung erfordert, jedoch deren "Rechtsgrund, Schutzzweck und Rechtswirkungen voneinander zu trennen" sind (BAG Großer Senat, aaO, zu C II 3 b der Gründe). Allein daraus, daß der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat, kann nicht auf den Fortbestand des wirksam gekündigten Arbeitsverhältnisses bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage geschlossen werden. Die von Schwerdtner (Brill/Schwerdtner, Aktuelle Rechtsfragen zur Weiterbeschäftigung gekündigter Arbeitnehmer, 1986, S. 66, 77, 81) mehrfach erhobene Forderung, das "Weiterbeschäftigungsverhältnis" dürfe nicht zu einem "Arbeitsverhältnis zweiter Klasse" werden, hat nur rechtspolitische Bedeutung, ist aber kein Argument für den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nach wirksamer Kündigung durch den Arbeitgeber.

2. Die Arbeitsleistung der Klägerin vom 1. Januar bis zum 5. April 1982 hat auch keine rechtliche Grundlage in einer nach der Kündigung geschlossenen Vereinbarung der Parteien, aufgrund derer das Arbeitsverhältnis auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage fortgesetzt werden sollte (vgl. dazu die Urteile des Fünften Senats vom 15. Januar 1986 - 5 AZR 237/84 - EzA § 1 LohnFG Nr. 79, auch zur Veröffentli-



chung in der Amtlichen Sammlung bestimmt, und des erkennenden Senats vom 4. September 1986 - 8 AZR 636/84 -, zur Veröffentlichung bestimmt).

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien eine solche Vereinbarung nicht geschlossen. Da die Beklagte die Klägerin erst nach dem Urteil des Arbeitsgerichts vom 8. Oktober 1981 und nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung weiterbeschäftigt hat, ist auch nicht von einem Vertragsschluß durch schlüssiges Verhalten der Parteien auszugehen. Dies hat die Klägerin auch nicht behauptet.

b) Der Vergleich vom 25. März 1982 kommt als rechtliche Grundlage der während der Weiterbeschäftigung ausgetauschten Leistungen nicht in Betracht. Die Parteien haben darin ausdrücklich nur den Kündigungsrechtsstreit erledigt. Eine nachträgliche Vereinbarung über die inhaltliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen für die Zeit der Weiterbeschäftigung oder eine Einigung über die Abwicklung von Restansprüchen der Klägerin enthält der Vergleich nicht.

3. Auch daraus, daß im Urteil des Arbeitsgerichts vom 8. Oktober 1981 nicht nur die Kündigung für unwirksam erklärt, sondern die Beklagte außerdem zur Weiterbeschäftigung verurteilt worden ist, ergibt sich keine rechtliche Grundlage für die Tätigkeit der Klägerin.

Das Urteil des Arbeitsgerichts war nur vorläufig voll-



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



streckbar (§ 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) und damit ohne rechtsgestaltende Wirkung (vgl. Zöllner/Scherübl, ZPO, 13. Aufl., § 717 Anm. I 1 mit weiteren Nachweisen). Durch den Vergleich wurde es beseitigt. Im Vergleich sind die Parteien davon ausgegangen, der Klägerin habe der Klageanspruch nicht zugestanden (vgl. zur Auslegung eines Vergleichs in solchen Fällen: Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 717 Rz 64). Aus dem Urteil folgt nicht, daß die tatsächliche Beschäftigung als Gegenleistung einen Lohnanspruch der Klägerin begründete. Mit dieser Auffassung setzt der erkennende Senat sich nicht in Widerspruch zum Urteil des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 12. September 1985 (- 2 AZR 324/84 - zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmt). Dieser hat einen Arbeitgeber, der vor rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage das Weiterbeschäftigungsurteil hatte rechtskräftig werden lassen, zum Schadenersatz verurteilt, weil er die nach Beendigung des Kündigungsrechtsstreits nicht mehr nachholbare Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers verweigert hatte. Als den nach §§ 280, 287 Satz 2 BGB zu ersetzenden Schaden hat der Zweite Senat (aaO) den "entgangenen Verdienst" angesehen. Auf welchem Rechtsverhältnis dieser Lohnanspruch beruht, ist dem Urteil nicht zu entnehmen.

4. Dem Vorschlag, die Ansprüche des Arbeitnehmers wie bei einer Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG zu bestimmen (vgl. Färber/Kappes, NZA 1986, 215, 219), kann nicht gefolgt werden.

Liegen die Voraussetzungen des besonderen Beschäftigungsanspruchs nach § 102 Abs. 5 BetrVG vor, besteht das bisherige Ar-



beitsverhältnis kraft Gesetzes fort und wird nur auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage (vgl. BAG Urteil vom 12. September 1985 - 2 AZR 324/84 -, zu B II 3 b aa der Gründe, mit weiteren Nachweisen). Die beiderseitigen Leistungen werden dann aufgrund des bisherigen Arbeitsverhältnisses erbracht. Der Beschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG besteht anders als der allgemeine Beschäftigungsanspruch unabhängig davon, ob die Kündigung wirksam war oder nicht. Der Arbeitnehmer hat somit Ansprüche auf Beschäftigung und Lohn, ohne daß es darauf ankommt, ob das Arbeitsverhältnis sich trotz der Kündigung als fortbestehend erweist.

Zweck dieser Regelung ist nicht, das individuelle Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers zu schützen, sondern die Stellung des Betriebsrats bei Ausübung seiner kollektiv-rechtlichen Befugnisse zu stärken (BAG Großer Senat, aaO, zu C II 1 a der Gründe). Dieser besondere Regelungszweck schließt die entsprechende Anwendung der Rechtsfolgen einer Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG auf den vorliegenden Fall aus.

5. Ein "faktisches Arbeitsverhältnis" kommt als Grundlage eines Lohnanspruchs während der Weiterbeschäftigung der Klägerin ebenfalls nicht in Betracht.

a) Vielfach wird angenommen, die Weiterbeschäftigung nach wirksamer Arbeitgeberkündigung begründe ein faktisches Arbeitsverhältnis (vgl. z. B.: Hillebrecht, B1StSozArbR 1978, 113, 115; Bächle, NJW 1979, 1693, 1694; Coen, Das Recht auf Arbeit und



der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses, 1979, S. 87 f.; Mayer-Maly, DB 1979, 1601, 1606; Schäfer, DB 1982, 902). Danach hätten beide Parteien Ansprüche auf Leistung und Gegenleistung.

Der erkennende Senat folgt dieser Auffassung nicht. Zu Recht hat der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts zu bedenken gegeben, daß "ein faktisches Arbeitsverhältnis im üblichen Sinne immerhin voraussetzt, daß die Beschäftigung des Arbeitnehmers zwar ohne Rechtsgrund aber doch regelmäßig mit Wissen und Willen des Arbeitgebers erfolgt, während hier dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung gegen seinen Willen aufgezwungen wird, was zugleich die Vertragsfreiheit beeinträchtigt" (vgl. BAG Großer Senat, aaO, zu C II 3 b der Gründe).

Die beiderseitige Interessenlage bei Durchsetzung des Weiterbeschäftigungsanspruchs ist in der Tat nicht mit der zu vergleichen, die entsteht, wenn der von beiden Parteien gewollte und vollzogene Arbeitsvertrag sich als von Anfang an nichtig erweist.

b) In der Entscheidung vom 15. November 1957 (BAGE 5, 58 = AP Nr. 2 zu § 125 BGB) hat das Bundesarbeitsgericht die rückwirkende Geltendmachung der Nichtigkeit des Arbeitsvertrags deshalb abgelehnt, weil beide Parteien das Arbeitsverhältnis als rechtswirksam begründet angesehen hatten und der Arbeitnehmer die bei Rechtsbeständigkeit des Arbeitsvertrags geschuldete Arbeitsleistung im Vertrauen auf die Rechtswirksamkeit dem Arbeitgeber erbracht hatte. Hiervon ist die Rechtsprechung in der Folgezeit



nicht abgewichen. Dies trifft auch für das Urteil vom 18. April 1968 zu (- 2 AZR 145/67 - AP Nr. 32 zu § 63 HGB, mit ablehnender Anm. von Mayer-Maly). Zwar wurde dort ein Arbeitnehmer, der den Abschluß des Arbeitsvertrags durch arglistige Täuschung erschlichen hatte, vor den Folgen der rückwirkenden Nichtigkeit des angefochtenen Arbeitsvertrags (§ 142 BGB) geschützt, indem das Gericht ein faktisches Arbeitsverhältnis angenommen hat. Darin liegt jedoch keine Abkehr vom Vertrauensgrundsatz (so aber Dänzer-Vanotti, DB 1985, 2610, 2613). Gegenstand des Urteils war, ob das Arbeitsverhältnis bereits "in Funktion gesetzt" war. Daß dieses Merkmal künftig für die Annahme eines faktischen Arbeitsverhältnisses allein maßgeblich sein sollte, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. Auch die spätere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. z. B. BAG Urteile vom 7. Juni 1972 - 5 AZR 512/71 - und vom 19. Juli 1973 - 5 AZR 46/73 - AP Nr. 18 und 19 zu § 611 BGB Faktisches Arbeitsverhältnis) enthält dafür keine Anhaltspunkte.

Bei der dem Arbeitgeber aufgezwungenen Weiterbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits fehlt es am Übereinstimmenden Willen der Parteien. Der Arbeitgeber hält die von ihm ausgesprochene Kündigung für wirksam und will den Arbeitnehmer deshalb nicht beschäftigen. Der Arbeitnehmer hält die Kündigung für unwirksam. Er ist berechtigt, seine Arbeitsleistung zu erbringen, er kann aber nicht auf den Fortbestand und damit die Rechtswirksamkeit des Arbeitsverhältnisses vertrauen, weil er damit rechnen muß, daß die Kündigung sich als wirksam herausstellt.



c) Daß die Klägerin aufgrund der Verurteilung der Beklagten weiterbeschäftigt wurde, begründete ebenfalls kein faktisches Arbeitsverhältnis. Wegen seiner vorläufigen Vollstreckbarkeit (§ 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) wirkte das Urteil des Arbeitsgerichts nur auflösend bedingt (vgl. Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 708 Rz 8) bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung. Es gab der Klägerin während des Weiterbeschäftigungszeitraums zwar vollstreckungsrechtlich die Möglichkeit, den fehlenden Beschäftigungswillen der Beklagten zu ersetzen. Dies begründet aber nicht die gleiche Rechtsfolge wie eine einvernehmliche Beschäftigung nach rechtsgeschäftlichem Einigungsmangel. Das Urteil verpflichtete die Beklagte nur zu tatsächlicher Beschäftigung, nicht aber zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit der Klägerin. An dem in dieser Weise beschränkten Inhalt des Weiterbeschäftigungsurteils scheitert übrigens auch der Vorschlag von Klebe/Schumann (Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß, 1981, S. 356 bis 358), als Rechtsgrund des "Beschäftigungsverhältnisses" das "Vollstreckungsverhältnis" anzusehen.

6. Besteht somit bei wirksamer Arbeitgeberkündigung kein Rechtsgrund für die Weiterbeschäftigung, so richtet sich der Lohnanspruch des Arbeitnehmers nach den allgemeinen Bestimmungen. Diese tragen der beiderseitigen Interessenlage angemessen Rechnung. Eine Rechtsfortbildung scheidet daher aus (BAG Großer Senat, aaO, zu C II 2 b der Gründe).

a) Dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts ist darin zu folgen, daß das materielle, auf Erlangung des Arbeitsentgelts



gerichtete Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers hinreichend durch § 615 BGB gesichert ist (BAG Großer Senat, aaO, zu C II 3 b der Gründe). Nach dieser Bestimmung kann der Arbeitnehmer seine Vergütung auch während der Weiterbeschäftigung verlangen. Durch die Weiterbeschäftigung wird der Annahmeverzug nicht beendet, weil der an der Kündigung festhaltende Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht als Erfüllung arbeitsvertraglicher Verpflichtungen entgegennimmt (BAGE 35, 324 = AP Nr. 32 zu § 615 BGB; Urteil des Zweiten Senats vom 14. November 1986 - 2 AZR 98/84 -, ZIP 1986, 1345; vgl. auch Eich, DB 1986, 692).

b) Erweist die Kündigung sich als wirksam, hat für die beiderseitigen Leistungen kein Rechtsgrund bestanden. Gegen die Rückabwicklung bereits ausgetauschter Leistungen werden die Parteien durch die im Bereicherungsrecht anerkannte Saldierung geschützt (vgl. Palandt/Thomas, BGB, 45. Aufl., § 818 Anm. 6 D b; Lieb, SAE 1986, 48, 50). Da der Arbeitgeber eine erhaltene Arbeitsleistung nicht herausgeben kann, schuldet er Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB. Bei der Geltendmachung von "Restlohn" durch den Arbeitnehmer ist für die Ermittlung des Werts im Sinne des § 818 Abs. 2 BGB bedeutsam, inwieweit es sich um den Gegenwert für die Arbeit während des Weiterbeschäftigungszeitraums handelt. Nur insoweit ist der Arbeitgeber bereichert. Für die Beurteilung, ob der vom Arbeitnehmer noch geforderte Restbetrag nur die Arbeitsleistung während des Weiterbeschäftigungszeitraums voraussetzt oder weitere Merkmale (ungekündigtes Arbeitsverhältnis, künftige Betriebstreue oder Betriebstreue vor Beginn des Weiterbeschäftigungszeitraums), kommt es darauf an, ob ein solcher Lohnanspruch



im ungekündigten Arbeitsverhältnis hiervon abhängt. Vergütung, die nur unter diesen Voraussetzungen zu gewähren ist, kann für die Arbeitsleistung, die der Arbeitgeber in Erfüllung des Weiterbeschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers annehmen muß, grundsätzlich nicht wertbestimmend sein.

c) Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen des § 717 Abs. 2 ZPO weiterbeschäftigt, so hat er Anspruch auf Schadenersatz. Inwieweit gezahlter Lohn zurückzuzahlen ist, muß unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung beurteilt werden (vgl. auch: Eich, DB 1986, 692, 696).

7. Gegen die Anwendung dieser Bestimmungen bestehen weder rechtssystematisch noch vom Ergebnis her Bedenken.

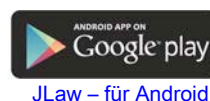
a) Ramrath (DB 1987, 92, 96) meint, die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung müsse wegen der sich aus § 818 Abs. 2 und 3 BGB ergebenden Schwierigkeiten entfallen. Die Gerichte sind jedoch nicht befugt, die Anwendung einer Norm zu verweigern, weil dies zu "Schwierigkeiten" führt.

b) Auch diejenigen, die eine vertragliche oder vertragsähnliche Grundlage der Weiterbeschäftigung befürworten, können den Umfang der Arbeitnehmeransprüche nur bestimmen, indem sie von Überlegungen ausgehen, die der in § 818 Abs. 2 BGB enthaltenen gesetzlichen Wertung entsprechen.

Schwerdtner (Brill/Schwerdtner, Aktuelle Rechtsfragen zum



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



Weiterbeschäftigungsanspruch gekündigter Arbeitnehmer, 1986, S. 77) bejaht zwar Ansprüche auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und auf Urlaub und Urlaubsabgeltung (aaO, S. 80), lehnt aber arbeitsvertragliche Ansprüche, die in ihrer Entstehung oder Höhe von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängen, ab, solange nicht über die Kündigungsschutzklage rechtskräftig entschieden ist. Gamillscheg (Anm. zu EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9) meint, einzelne Rechtsfragen könnten an die "wahre Rechtslage" angepaßt werden. Ähnlich schränken Färber/Kappes (NZA 1986, 215, 219) die Ansprüche des Arbeitgebers im "richterrechtlich diktierten Beschäftigungsverhältnis" ein. Dänzer-Vanotti (DB 1985, 2610 ff., 2613), der das von ihm befürwortete "kündigungsschutzrechtliche Arbeitsverhältnis" den Rechtsprechungsgrundsätzen zum faktischen Arbeitsverhältnis folgen läßt, hält nur die Rückabwicklung ausgetauschter Leistungen für ausgeschlossen. Noch nicht abgewickelte Ansprüche, wie sie im vorliegenden Rechtsstreit erhoben werden, unterwirft er den "allgemeinen Regeln" (aaO, S. 2614). Ramrath (DB 1987, 92 ff.) gewährt dem Arbeitnehmer - selbst bei einvernehmlicher Weiterbeschäftigung - nur Ansprüche mit "Vergütungscharakter", grundsätzlich aber nicht Lohnfortzahlung und Urlaub, weil der gekündigte Arbeitnehmer darauf nicht vertrauen könne.

8. Da der Beklagten die Herausgabe der Arbeitsleistung der Klägerin nicht möglich ist, hat sie nach § 818 Abs. 2 BGB den Wert zu ersetzen. Dieser entspricht dem Tariflohn. Der Anspruch der Klägerin scheitert nicht an § 814 BGB. Die nach dieser Bestimmung erforderliche positive Kenntnis der Nichtschuld hatte



die Klägerin nicht. Mangels gegenteiliger Feststellungen ist davon auszugehen, daß der Ausgang des Kündigungsrechtsstreits für die Klägerin zum Zeitpunkt der Leistung ungewiß war.

Der Klägerin hätte nach dem Tarifvertrag über Jahressonderzahlungen bei Bestand des Arbeitsverhältnisses für die Beschäftigungszeit vom 1. Januar bis 5. April 1982 die Jahressonderzahlung in der begehrten Höhe zugestanden. Die in § 3 TV genannten Ausschlußgründe liegen nicht vor. Die Höhe des Anspruchs wird nicht dadurch gemindert, daß die Klägerin vom 26. Februar bis 5. März 1982 arbeitsunfähig krank war. Nach § 4 Abs. 4 TV dürfen entschuldigte Fehlzeiten im Berechnungszeitraum sich auf die Höhe der Jahressonderzahlung nicht mindernd auswirken, soweit diese Fehlzeiten insgesamt die Dauer von fünf Monaten nicht überschreiten.

Das Landesarbeitsgericht hat die Höhe der Leistung zutreffend errechnet. Nach § 3 Abs. 1 TV erhält der Arbeitnehmer für jeden vollen Beschäftigungsmonat im Kalenderjahr 1/12 der Jahressonderzahlung. Da die Klägerin im Kalenderjahr 1982 vom 1. Januar bis 5. April beschäftigt wurde, stehen ihr 3/12 der Jahressonderzahlung für 1982 zu. Da die Jahressonderzahlung 60 % des Durchschnittslohns von 1.979,02 DM beträgt, beläuft sich der der Klägerin zustehende Betrag auf die vom Landesarbeitsgericht zuerkannten 296,83 DM.

II. Die Klage ist jedoch unbegründet, soweit die Klägerin Abgeltung des Urlaubs begehrt. Die Beklagte hat dadurch, daß die



Klägerin in der Zeit zwischen dem 13. Oktober 1981 und dem 5. April 1982 keinen Urlaub erhalten hat, nichts erlangt (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Die Klage könnte mit diesem Begehren nur dann Erfolg haben, wenn der Urlaub als Entgelt geschuldet wäre. Nur dann könnte der Arbeitgeber bereichert sein. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (zuletzt Urteil des Senats vom 14. Mai 1986 - 8 AZR 604/84 -, zur Veröffentlichung bestimmt) ist der Urlaub keine Gegenleistung des Arbeitgebers für erbrachte oder noch zu erbringende Arbeitsleistungen, sondern eine gesetzlich oder tarifvertraglich bedingte Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer von dessen Verpflichtung zur Arbeitsleistung für die Dauer des Urlaubs freizustellen. Die Urlaubsvereinbarung enthält keine hiervon abweichenden Regelungen. Durch diesen Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers erhöht sich der durch den üblichen Tariflohn bestimmte Wert der Arbeitsleistung somit nicht. Wie der Wertausgleich zu bestimmen wäre, wenn Urlaub erteilt worden ist, kann hier dahinstehen.

Michels-Holl

Dr. Leinemann

Dr. Peifer

Pradel

Plenge



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

