

Aktenzeichen: 9 AZR 26/00
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 23. Januar 2001
- 9 AZR 26/00 -

I. Arbeitsgericht
Hildesheim

Urteil vom 12. Januar 1999
- 2 Ca 170/98 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 9. November 1999
- 13 Sa 301/99 -

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

Entscheidungsstichwort:

Freistellung des Arbeitnehmers - Annahmeverzug

Gesetz:

BGB §§ 293 ff., 611, 615, 626

Leitsatz:

Hat ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer rechtswirksam von der Arbeitspflicht befreit, etwa Urlaub erteilt oder Freizeitausgleich angeordnet, kommen für diesen Zeitraum Ansprüche des Arbeitnehmers auf Annahmeverzugslohn nicht in Betracht. Eine während der Freistellung erklärte (rechtsunwirksame) fristlose Kündigung des Arbeitgebers läßt die Arbeitsbefreiung unberührt; das Arbeitsverhältnis besteht unverändert fort.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 26/00
13 Sa 301/99
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Januar 2001

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Leinemann, den Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke, die ehrenamtlichen Richter Schodde und Otto für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 9. November 1999 - 13 Sa 301/99 - wird zurückgewiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Entgeltanspruch der Klägerin für die Zeit ihrer Nichtbeschäftigung vom 22. Januar 1998 bis 28. Februar 1998 von 2.183,05 DM brutto.

Die Klägerin war seit dem 1. November 1995 bei der Beklagten als Arzthelferin beschäftigt. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von zuletzt 25 Stunden belief sich das Bruttomonatsentgelt auf 1.650,00 DM. Mehrarbeit sollte durch Freizeit ausgeglichen werden (§ 7 Abs. 4 Satz 3 des Arbeitsvertrags). Die Beklagte beschäftigt regelmäßig nicht mehr als fünf Arbeitnehmer.

Im Januar 1998 war die Klägerin an drei Arbeitstagen arbeitsunfähig erkrankt. Im übrigen arbeitete sie bis einschließlich 16. Januar 1998. An diesem Tag kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis schriftlich zum 28. Februar 1998. In dem Kündigungsschreiben heißt es ua.:

„Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist stehen Ihnen für die Urlaubsjahre 1997 und 1998 noch 10 Urlaubstage zu. Diesen Urlaub erteile ich Ihnen in der Kündigungsfrist. Die Überstunden sind auch in der Kündigungsfrist abzufeiern. Der Rest der Überstunden wird Ihnen mit dem Februargehalt ausgezahlt. Bitte geben sie unverzüglich die Ihnen überlassenen Arbeitsunterlagen sowie alle Schlüssel ... ab.“

Offen waren noch 203,25 Überstunden. Die Klägerin blieb der Arbeit in der Folgezeit fern.

Mit Schreiben vom 20. Januar 1998 und einem weiteren Schreiben vom 28. Januar 1998 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Die hiergegen gerichtete Klage nahm die Klägerin im Juni 1998 zurück, nachdem die Beklagte erklärt hatte, sie leite aus den angegriffenen außerordentlichen Kündigungen keine Rechte mehr her und übernehme für den Fall der Rücknahme der Klage durch die Klägerin die



bislang entstandenen Gerichtskosten. Bereits im Februar 1998 hatte die Beklagte an die Klägerin 3.803,08 DM brutto als Entgelt für Urlaub und Überstunden gezahlt.

Das hält die Klägerin nicht für ausreichend. Sie hat geltend gemacht, mit dem Zugang der ersten außerordentlichen Kündigung sei die Freistellung für Urlaub und Überstunden hinfällig geworden. Die Beklagte sei in Annahmeverzug geraten und schulde deshalb zusätzlich das auf den Zeitraum 22. Januar bis 28. Februar 1998 entfallende regelmäßige Entgelt.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 2.183,05 DM brutto zuzüglich 4 % Zinsen aus dem sich ergebenden Nettobetrag seit dem 1. März 1998 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat gemeint, nachdem die außerordentlichen Kündigungen durch Parteivereinbarung gegenstandslos geworden seien, sei das Arbeitsverhältnis entsprechend der ursprünglich getroffenen Freistellungsvereinbarung abzurechnen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf Entgelt für die Zeit vom 22. Januar 1998 bis 28. Februar 1998.

I. Ein Anspruch ergibt sich nicht aus den Vorschriften über den Annahmeverzug.

1. Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung (§ 611 Abs. 1 BGB) fortzuzahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug gerät. Das setzt nach § 293 BGB die Nichtannahme der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung voraus. Ist der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht befreit,



schuldet er dem Arbeitgeber keine Dienste. Er kann sie dem Arbeitgeber nicht anbieten; dem Arbeitgeber obliegt keine Mitwirkungshandlung iSv. § 296 BGB. Er braucht dem Arbeitnehmer in dieser Zeit keinen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Soweit das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 14. Februar 1991 (- 2 AZR 415/90 - AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 1) formuliert hat, der Verzug des Arbeitgebers müsse „ursächlich für die Nichtleistung“ des Arbeitnehmers sein, ist nichts anderes gemeint. Für die Dauer des Urlaubs oder während einer aus anderen Gründen erfolgten rechtswirksamen Freistellung von der Arbeit ist dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung iSv. § 297 BGB vorübergehend rechtlich unmöglich. Der Arbeitgeber kann nicht in Gläubigerverzug geraten (BAG 23. Januar 1996 - 9 AZR 554/93 - AP BUrlG § 5 Nr. 10 = EzA BUrlG § 5 Nr. 16; vgl. auch 9. November 1999 - 9 AZR 922/98 - nv.; 14. Februar 1991 - 2 AZR 415/90 - aaO).

2. Annahmeverzugsansprüche der Klägerin sind danach nicht gegeben. Aufgrund der Erklärungen der Beklagten im Kündigungsschreiben war die Klägerin vom 17. Januar bis 28. Februar 1998 wirksam von ihrer Arbeitspflicht befreit.

a) Die Urlaubserteilung war hinreichend bestimmt (vgl. BAG 20. Juni 2000 - 9 AZR 405/99 - zVv.). Sie ergibt sich aus der Reihenfolge, in der die Beklagte die Freistellungsansprüche der Klägerin aufgeführt hat. Sie hat damit bestimmt, wann die Urlaubs- und Freistellungsansprüche für die Überstunden erfüllt werden sollten. In den ersten zehn Tagen nach dem letzten Arbeitstag der Klägerin sollte der Urlaubsanspruch erfüllt werden (§ 362 BGB). Das Fehlen eines Urlaubsantrags der Klägerin steht nicht entgegen. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG hat der Arbeitgeber bei der Urlaubserteilung die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Die ohne einen solchen Wunsch des Arbeitnehmers erfolgte zeitliche Festlegung des Urlaubs durch den Arbeitgeber ist gleichwohl rechtswirksam, wenn der Arbeitnehmer auf die Erklärung des Arbeitgebers hin keinen anderweitigen Urlaubswunsch äußert (BAG 22. September 1992 - 9 AZR 400/91 - AP BUrlG § 7 Nr. 10 = EzA BUrlG § 7 Nr. 37; 20. Juni 2000 - 9 AZR 261/99 - zVv.). Einen solchen abweichenden Urlaubswunsch hat die Klägerin der Beklagten nicht mitgeteilt.

b) Überstunden sind zwar regelmäßig gesondert zu vergüten; die Arbeitsvertragsparteien können aber auch einen bezahlten Freizeitausgleich vereinbaren (vgl. BAG 4. Mai 1994 - 4 AZR 445/93 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Arbeiterwohlfahrt Nr. 1 = EzA BGB § 611 Mehrarbeit Nr. 5; 17. Januar 1995 - 3 AZR 399/94 - BAGE 79, 104).



Nach § 7 Abs. 4 Satz 3 des Arbeitsvertrags waren die von der Klägerin geleisteten Überstunden durch Freizeit auszugleichen. Die Beklagte war danach berechtigt, die Klägerin zum Ausgleich für die geleisteten Überstunden bezahlt von der Arbeit freizustellen. Hiervon geht auch die Klägerin aus. Sie macht nicht geltend, die Anordnung des Freizeitausgleichs habe nicht billigem Ermessen iSv. § 315 BGB entsprochen.

c) Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 20. Januar 1998 hat die Freistellung der Klägerin unberührt gelassen. Die Beklagte war nicht gehalten, der Klägerin nunmehr für den streitbefangenen Zeitraum einen Arbeitsplatz als Arzthelferin zur Verfügung zu stellen.

aa) Ein Rechtssatz, wonach eine fristlose Kündigung des Arbeitgebers eine zuvor bereits gewährte und noch andauernde Arbeitsbefreiung „hinfällig“ macht, besteht nicht. Der Arbeitgeber will mit der Kündigung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses insgesamt herbeiführen. Ist die Kündigung rechtswirksam, so endet das Arbeitsverhältnis und aus diesem Grund dann auch die bezahlte Freistellung. Freistellungsansprüche, die zu diesem Zeitpunkt nicht erfüllt sind, sind dann ggf. abzugelten (vgl. § 7 Abs. 4 BUrlG). Fehlt es hingegen am Beendigungstatbestand, besteht das Arbeitsverhältnis unverändert fort. Bis zum Ende des Freistellungszeitraumes kommen dann keine Annahmeverzugsansprüche in Betracht.

bb) An dieser Rechtslage ändert der Umstand nichts, daß - wie die Klägerin im Anschluß an das Arbeitsgericht formuliert - ein Arbeitgeber mit der fristlosen Kündigung deutlich macht, er wolle am Arbeitsverhältnis nicht festhalten. Ob die Kündigung diese Rechtsfolge hat, bestimmt sich nicht allein nach dem Willen des Arbeitgebers, sondern danach, ob die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB erfüllt sind, er also einen wichtigen Grund hat, sich von dem Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung zu trennen. Ein Recht des Arbeitgebers zum einseitigen Widerruf des erteilten Urlaubs kommt ohnehin nicht in Betracht (*BAG 21. Juni 2000 - 9 AZR 405/99 - zVv.*). Für einen vorbehaltlos gewährten Freizeitausgleich gilt nichts anderes.

3. Ein Anspruch der Klägerin läßt sich nicht mit der Erwägung der Revision begründen, die Parteien hätten für die Zeit vom 22. Januar bis 28. Februar 1998 einen neuen Arbeitsvertrag geschlossen, der die Beklagte verpflichtet hätte, der Klägerin einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.



a) Ob die rückwirkende Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses rechtlich möglich ist, obwohl der Arbeitnehmer die in der Vergangenheit tatsächlich nicht erbrachten Dienste nicht rückwirkend erbringen und der Arbeitgeber nicht nachträglich an der Dienstleistung des Arbeitnehmers mitwirken kann, ist nicht zu entscheiden (vgl. BAG 9. November 1994 - 7 AZR 19/94 - BAGE 78, 244). Entgegen der Auffassung der Klägerin ist auch die Rechtsfrage ohne Bedeutung, ob ein Arbeitgeber eine fristlose Kündigung nach Zugang beim Arbeitnehmer (§ 130 BGB) „einseitig“ zurücknehmen kann (vgl. APS/Preis Grundlagen D. Rn. 138 ff.). Ebensowenig ist die von der Klägerin angezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24. Juni 1998 (- XII ZR 195/96 - NJW 1998, 2664) näher zu erörtern. Sie betrifft die formlos vereinbarte Fortsetzung eines Mietverhältnisses, das zuvor rechtswirksam fristlos gekündigt worden war. Der Bundesgerichtshof hat für diesen Fall angenommen, die „Fortsetzungsvereinbarung“ sei als Abschluß eines neuen Mietvertrags zu beurteilen und deshalb nach § 566 BGB formbedürftig.

b) Für eine vergleichbare Vertragsgestaltung fehlt es an jedem Anhalt. Den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 561 ZPO) läßt sich weder die Beendigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses zum 20. Januar 1998 noch die Vereinbarung eines neuen (auf den 28. Februar 1998 befristeten) Arbeitsvertrags entnehmen. Auch die Klägerin geht nicht davon aus, das ursprüngliche Arbeitsverhältnis sei vorzeitig beendet worden, weil die Beklagte ihr rechtswirksam aus einem wichtigen Grund iSv. § 626 BGB fristlos gekündigt hätte. Daß sich die Beklagte verpflichtet hätte, die Klägerin so zu stellen, als wäre sie nicht von ihrer Arbeitspflicht befreit gewesen, nimmt auch die Klägerin nicht an.

II. Ein Anspruch der Klägerin auf Entgelt für den streitbefangenen Zeitraum ergibt sich nicht aus sonstigen Gründen. Die der Klägerin für die Dauer der Freistellung zustehenden Ansprüche auf Urlaubsentgelt und auf Arbeitsentgelt zum Überstundenausgleich sind aufgrund Erfüllung der Beklagten erloschen (§ 302 BGB).



III. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.

Leinemann

Düwell

Reinecke

Schodde

Otto



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)