

**Unwilliger Arbeitnehmer bekommt keinen Lohn**

Gerät ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer (hier: ein Automechaniker) mit seinem Chef bei Verhandlungen über einen neuen Arbeitsvertrag so in Streit, dass er fristlos entlassen wird, und äußert er im Kündigungsschutzprozess, dass das Arbeitsverhältnis total zerrüttet sei und er die Arbeit deshalb nicht mehr aufnehmen könne, so kann er kein Gehalt nachfordern, wenn der Chef ihn nach 11/2jähriger Krankheit nicht mehr beschäftigen will.

Quelle: Wolfgang Büser

**Annahmeverzug des Arbeitgebers ; Anwendbarkeit des Manteltarifvertrages für das Kraftfahrzeuggewerbe in Baden-Württemberg ; Voraussetzung einer Betriebsübung ; Regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers; Einzelvertragliche Vereinbarung eines Weihnachtsgeldes; Wiedereinsetzung in der vorigen Stand**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 24.09.2003

**Aktenzeichen:** 5 AZR 591/02

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2003, 12642

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Freiburg - 28.11.2001 - AZ: 9 Ca 99/01

ArbG Villigen-Schwennigen - 28.11.2001 - AZ: 9 Ca 99/01

LAG Baden-Württemberg - 20.06.2002 - AZ: 22 Sa 7/02

**Rechtsgrundlagen:**

§ 74 Abs. 1 ArbGG

§ 297 BGB

§ 611 BGB

**Fundstellen:**

BAGReport 2004, 305-306

BuW 2004, 86-87

EzA-SD 1/2004, 4

FA 2004, 156 (Kurzinformation)

FA 2004, 89 (amtl. Leitsatz)

FA 2004, 57-58 (Volltext mit amtl. LS)

FAr 2004, 156

---

## BAG, 24.09.2003 - 5 AZR 591/02

### Redaktioneller Leitsatz:

Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung fortzuzahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste in Verzug gerät. Gemäß § 297 BGB kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 BGB zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers ist damit ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer nicht leistungswillig und leistungsfähig ist. Voraussetzung einer Betriebsübung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer des Betriebs schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Die betriebliche Übung hat damit einen kollektiven Bezug.

In dem Rechtsstreitverfahren  
hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. September  
2003  
durch  
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöße,  
die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch und Dr. Linck sowie  
die ehrenamtlichen Richter Dr. Müller und Steinmann  
für **Recht** erkannt:

### Tenor:

1. Die Revisionen des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg (Kammern Freiburg) vom 20. Juni 2002 - 22 Sa 7/02 - werden zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revisionen zu tragen.

### Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über Annahmeverzugsansprüche des Klägers sowie über die Zahlung von Weihnachtsgeld für das Kalenderjahr 2000.
- 2 Die Beklagte betreibt mehrere Autohäuser. Der am 13. Juli 1942 geborene Kläger war seit 1976 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten als Automechaniker tätig. Der Betrieb ging am 1. Juli 1997 auf die Beklagte über. Am 16. Juni 1997 legte die Beklagte dem Kläger einen von ihr unterzeichneten neuen schriftlichen Arbeitsvertrag vor, den der Kläger jedoch nicht unterschrieb.
- 3 Mit Schreiben vom 5. August 1997 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen unzureichender Arbeitsleistungen zum 15. September 1997. Nach Erhalt der Kündigung war der Kläger vom 6. bis zum 20. August 1997 arbeitsunfähig krank. Wegen Zweifeln an der vom Kläger behaupteten Arbeitsunfähigkeit und wegen unberechtigter Nutzung der Werkstatt während der Arbeitsunfähigkeit kündigte die Beklagte am 1. September 1997 das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos. Gegen diese Kündigungen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage. Das Arbeitsgericht gab der Kündigungsschutzklage statt. Die Berufung der Beklagten wurde mit rechtskräftigem Urteil des Landesarbeitsgerichts zurückgewiesen. Zugleich wurde ein vom Kläger im zweiten Rechtszug gestellter Auflösungsantrag abgewiesen.
- 4 Während des Kündigungsschutzprozesses forderte die Beklagte den Kläger wiederholt auf, die

Arbeit aufzunehmen. Zugleich erklärte die Beklagte ausdrücklich, mit der Aufforderung zur Arbeit nicht auf die Rechtswirkungen der Kündigung zu verzichten. Der Kläger lehnte diese Angebote der Beklagten mit der auch in diesem Verfahren wiederholt vorgetragenen Begründung ab, das Arbeitsverhältnis sei völlig zerrüttet, weshalb er sich eine neue Arbeit suche.

- 5 Wegen fortdauernder Arbeitsunfähigkeit bezog der Kläger vom 12. Juni 1998 bis zum 10. Dezember 1999 für die Dauer von 78 Wochen Krankengeld. Am 11. Dezember 1999 wurde der Kläger von der Krankenkasse ausgesteuert. Seit diesem Zeitpunkt erhält der Kläger Leistungen des Arbeitsamts.
- 6 Der Kläger hat behauptet, er sei bis zum 10. Dezember 1999 arbeitsunfähig gewesen. Seit dem 11. Dezember 1999 sei er wieder zur Erbringung seiner vertraglichen Arbeitsleistung als Kfz-Mechaniker in der Lage. Für die Zeit vom 11. Dezember 1999 bis zum 31. Dezember 2000 schulde die Beklagte ihm 55.927,96 DM brutto. Hiervon seien Leistungen des Arbeitsamts in Höhe von 40.552,49 DM abzusetzen. Weiterhin stehe ihm ein Weihnachtsgeld in Höhe von 50 % des Novemberlohns für das Jahr 2000, dh. in Höhe von 1.148,18 Euro brutto zu. Dies ergebe sich aus einer vertraglichen Absprache mit dem Rechtsvorgänger der Beklagten. Eine Kürzungsvereinbarung für den Fall fehlender Arbeitsleistung sei nicht vereinbart worden.
- 7 Der Kläger hat beantragt,  
  
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 10.280,91 Euro brutto nebst 5 % Zinsen ab 10. Oktober 2000 aus dem sich ergebenden Nettobetrag zu zahlen.
- 8 Die Beklagte hat beantragt,  
  
die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, der Kläger sei auch nach dem 10. Dezember 1999 nicht bereit und in der Lage gewesen, bei ihr als Kfz-Mechaniker zu arbeiten. Dies ergebe sich aus den Äußerungen des Klägers und dem ärztlichen Gutachten, das vom Arbeitsamt eingeholt worden sei.
- 9 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, soweit der Kläger für das Jahr 2000 Weihnachtsgeld verlangt hat. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat es das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Im Urteilstenor hat das Landesarbeitsgericht die Revision uneingeschränkt zugelassen. In den Urteilsgründen hat es die Revisionszulassung auf die vom Kläger verlangte Weihnachtsgeldzahlung beschränkt.
- 10 Gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger in Bezug auf die von ihm geltend gemachten Annahmeverzugsansprüche fristgerecht Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Die Weihnachtsgeldansprüche hat er mit der Revision weiterverfolgt. Mit Beschluss vom 19. März 2003 (-5 AZN 751/02 - zur Veröffentlichung vorgesehen) hat der Senat die Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig verworfen, weil die in den Gründen des Berufungsurteils erfolgte Beschränkung der Revision auf einen Streitgegenstand seit 1. Mai 2000 nicht mehr möglich und daher gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts die Revision uneingeschränkt zulässig ist. Dieser Beschluss ist dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 26. März 2003 zugestellt worden. Mit einem am 9. April 2003 beim Bundesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz hat der Kläger auch bezüglich der Annahmeverzugsansprüche Revision eingelegt und insoweit wegen Versäumung der Revisionsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. In der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2003 hat der Senat beide Revisionen zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

## Entscheidungsgründe

### 11 A.

Die Revisionen sind zulässig.

**12** Soweit der Kläger in Bezug auf den von ihm verlangten Annahmeverzugslohn die Frist von einem Monat ( § 74 Abs. 1 ArbGG ) zur Einlegung der Revision versäumt hat, ist ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat gemäß § 234 Abs. 1 ZPO innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von der uneingeschränkten Zulässigkeit der Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und Revision eingelegt ( § 236 ZPO). Zur Begründung hat er ausgeführt, er habe im Vertrauen auf die Beschränkung der Revision in den Gründen der angefochtenen Entscheidung in Bezug auf die abgewiesenen Annahmeverzugsforderungen Nichtzulassungsbeschwerde und nicht Revision eingelegt. Damit macht der Prozessbevollmächtigte des Klägers berechtigt geltend, ohne sein Verschulden an der Einhaltung der Revisionsfrist gehindert gewesen zu sein. Zwar gestatten grundsätzlich Rechtsirrtümer eines Rechtsanwalts keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Landesarbeitsgericht selbst rechtsfehlerhaft die Revision beschränkt und damit beim Kläger einen Rechtsirrtum hervorgerufen hat (vgl. dazu BGH 11. Juni 1996 - VIZB 10/96 - VersR 1996, 1522 m.w.N.). Weiterhin war die geänderte Rechtslage selbst in Standardkommentaren nicht durchweg im Sinne der Senatsrechtsprechung erläutert (vgl. ErfK/Koch 3. Aufl. § 72 ArbGG Rn. 23). Ein dem Kläger nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden seines Prozessbevollmächtigten liegt damit nicht vor.

**13** **B.**

Die Revisionen des Klägers sind jedoch nicht begründet. Die vom Kläger geltend gemachten Vergütungsansprüche bestehen nicht.

**14** **I.**

Der Kläger hat keinen Anspruch aus §§ 611 , 615 , 293 ff. BGB auf Annahmeverzugslohn. Der Annahmeverzug der Beklagten ist im streitbefangenen Zeitraum nach § 297 BGB wegen Leistungsunwilligkeit des Klägers ausgeschlossen gewesen.

**15** **1.**

Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung fortzuzahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste in Verzug gerät. Gemäß § 297 BGB kommt der Gläubiger nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 BGB zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers ist damit ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer nicht leistungswillig und leistungsfähig ist (ErfK/Preis 3. Aufl. § 615 BGB Rn. 43).

**16** **2.**

Das Landesarbeitsgericht hat auf Grund der Gesamtumstände festgestellt, dem Kläger habe der ernste Wille gefehlt, seine Arbeitsleistung in dem der Beklagten geschuldeten Umfang zu erbringen. Der Feststellung liegt zu Grunde, dass der Kläger in einem Vorprozess u.a. geltend gemacht hat, das Arbeitsverhältnis sei völlig zerrüttet und könne unter keinen Umständen mehr fortgeführt werden. Mit der Abweisung des Auflösungsantrags in dem Kündigungsschutzprozess hätten es sein früherer Arbeitgeber R durch uneidliche Falschaussage und sein "lüggender Arbeitgeber L" geschafft, dass "dieses längst untragbare und unwürdige Arbeitsverhältnis weiter besteht". Weiterhin hat der Kläger zur Begründung des Auflösungsantrags ausgeführt, er wolle sich unverzüglich nach seiner Wiedergenesung um eine neue Arbeitsstelle bemühen. Diese Tatsachenfeststellung ist vom Kläger nicht mit Verfahrensrügen angegriffen worden und deshalb gemäß § 559 Abs. 2 ZPO nF für den Senat bindend. Der Annahmeverzug der Beklagten ist daher gemäß § 297 BGB wegen fehlenden Leistungswillens des Klägers ausgeschlossen.

**17** **II.**

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung eines Weihnachtsgelds für das Jahr 2000.

18 1.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, als Anspruchsgrundlage für das vom Kläger begehrte Weihnachtsgeld komme eine vertragliche Vereinbarung oder ggf. auch eine tarifvertragliche oder betriebliche Regelung in Betracht. Dies ist unzutreffend. Ein tarifvertraglicher Anspruch scheidet aus. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts findet der MTV für das Kraftfahrzeuggewerbe in Baden-Württemberg auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung. Die Voraussetzungen einer betrieblichen Übung liegen nicht vor. Voraussetzung einer Betriebsübung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer des Betriebs schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden (Senat 16. Januar 2002 -5 AZR 715/00 - AP BGB §242 Betriebliche Übung Nr. 56 = EzA TVG § 4 Tarifloohnerhöhung Nr. 37). Die betriebliche Übung hat damit einen kollektiven Bezug (MünchArbR/Richardi 2. Aufl. Bd. 1 § 13 Rn. 3). Der Kläger hat vorgetragen, zwischen dem Rechtsvorgänger der Beklagten und ihm sei die Zahlung eines Weihnachtsgelds vereinbart worden. Damit behauptet er eine individuelle Vereinbarung ohne kollektiven Bezug.

19 2.

Als Anspruchsgrundlage für den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Weihnachtsgeld kommt allein eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Rechtsvorgänger der Beklagten in Betracht. Die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs hat der Kläger jedoch nicht schlüssig dargelegt. Der Vortrag des Klägers erschöpft sich in der Behauptung, er habe von dem Rechtsvorgänger der Beklagten in der Vergangenheit ein Weihnachtsgeld in Höhe von 50 % des Novemberlohns erhalten. Der Kläger hat nicht vorgetragen, zwischen ihm und dem Rechtsvorgänger der Beklagten sei vereinbart worden, ein Weihnachtsgeld sei auch dann zu bezahlen, wenn in dem gesamten Kalenderjahr und damit auch im Monat November kein Anspruch auf Arbeitsvergütung bestanden habe. Ein solcher Vortrag wäre jedoch erforderlich gewesen, weil bei einem einzelvertraglich vereinbarten Weihnachtsgeld in einem Kleinbetrieb, wie dem des Rechtsvorgängers der Beklagten, nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass ein Zahlungsanspruch auch dann bestehen soll, wenn der Arbeitnehmer das gesamte Kalenderjahr keine Arbeitsvergütung erhalten hat und nach Aussteuerung aus der gesetzlichen Krankenversicherung Leistungen des Arbeitsamts bezieht.

20 C.

Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revisionen zu tragen.

---

Müller-Glöge, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht  
Mikosch, Richter am Bundesarbeitsgericht  
Linck, Richter am Bundesarbeitsgericht  
Müller, ehrenamtlicher Richter  
Rolf Steinmann, ehrenamtlicher Richter

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.