Landesarbeitsgericht Hamm, 19 Sa 90/04

Datum:	27.04.2004
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	19. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	19 Sa 90/04
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2004:0427.19SA90.04.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Bielefeld, 5 Ca 1890/03
Schlagworte:	Streitgegenstand - Feststellungsklage - Empfangsvollmacht bei Kündigung - Annahmeverzug und Anzeige der Arbeitsfähigkeit - Zumutbarkeit eines Beschäftigungsangebotes
Normen:	§ 130 BGB, § 615 BGB, § 256 ZPO

Leitsätze:

1. Wird gegen eine Kündigung, die nicht nach den Bestimmungen des Kündungsschutzge-setzes überprüft werden kann, die danach allein mögliche Feststellungsklage erhoben, ist deren Streitgegenstand nicht stets und ohne Weiteres der Fortbestand des Arbeitsverhältnis-ses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Das Interesse des Arbeitnehmers kann sich auf die Feststellung beschränken, dass das Arbeitsverhältnis über den durch die konkret erklärte Kündigung bestimmten Termin hinaus fortbestanden hat.

2. Der mit der Erhebung einer solchen Feststellungsklage beauftragte Rechtsanwalt ist auf-grund seiner Prozessvollmacht nicht zum Empfang späterer Kündungserklärungen bevoll-mächtigt.

3. Gerät der Arbeitgeber durch den Ausspruch einer unwirksamen Kündigung in Annahmen-verzug ist der Arbeiter im Falle der Arbeitsunfähigkeit bei Zugang der Kündigung nicht ver-pflichtet, eine Arbeitsfähigkeit anzuzeigen, wenn er noch keine Klage gegen eine Kündigung erhoben hat. Bis zum Ablauf der Klagefrist des § 4 KSchG bzw. im Falle der Nichtanwend-barkeit des

Kündigungsschutzgesetzes bis zur Grenze der Verwirkung einer Klage trägt der Arbeitgeber das Risiko der Unwirksamkeit der Kündigung.

4. Fordert der Arbeitgeber während eines laufenden Bestandsschutzverfahrens wegen einer außerordentlichen Kündigung den Arbeitnehmer lediglich zur Aufnahme der Arbeit auf und verbindet diese Aufforderung mit einer weiteren außerordentlichen Kündigung, die er (auch) auf neue schwerwiegende Vorwürfe stützt, wird weder der Annahmeverzug des Arbeitgebers beendet noch liegt ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs vor, wenn der Arbeitnehmer diesem Beschäftigungsangebot nicht nachkommt.

Rechtskraft: Die Revision wird nicht zugelassen

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 9. Dezember 2003 - 5 Ca 1890/03 - abgeändert und wie folgt zur Klarstellung neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die Kündigung der Beklagten vom

1. Mai 2003 noch durch die Kündigung der Beklagten vom 12. Juni 2003 beendet worden ist.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger als Kraftfahrer weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger

- für den Monat Mai 2003 1.727,20 EUR brutto abzüglich 589,20 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Juni 2003,

für den Monat Juni 2003 1.900,00 EUR brutto abzüglich 841,96 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. Juli 2003 sowie

- für den Monat Juli 2003 1.900,00 EUR brutto abzüglich 751,13 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. August 2003

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Der Streitwert wird für das Verfahren in erster Instanz auf 17.100,00 EUR und für das Berufungsverfahren auf 13.017,71 EUR festgesetzt.

Tatbestand 1

Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz noch um die Wirksamkeit einer Kündigung der Beklagten vom 12. Juni 2003, sowie um Vergütungsansprüche des Klägers aus Annahmeverzug. 2

Die Beklagte betreibt eine Spedition, bei der der Kläger seit dem 1. März 2003 als Kraftfahrer zu einer monatlichen Vergütung von 1.900,00 EUR brutto beschäftigt war. Er fuhr dabei eine feste Tour, die die Beklagte im Auftrag der Firma S5xxxxxxxxx aus B1xxxxxxx durchführte. Die Arbeitszeit begann jeweils um 23:00 Uhr mit dem Beladen des Fahrzeuges. Soweit keine Verzögerungen eintraten, wurde etwa gegen 1:00 Uhr die Fahrt angetreten. Die Tour dauerte in der Regel bis etwa 8:00 Uhr morgens. 3

In der Zeit vom 24. April 2003 bis 27. April 2003 hatte der Kläger Urlaub. Am 28. April 2003 sollte er seine Arbeit wieder mit dem Beladen des Fahrzeuges aufnehmen, was jedoch nicht geschah. Auch am 29. April 2003 erschien der Kläger nicht zur Arbeit. Am 1. Mai 2003 war wegen des Feiertages keine Tour zu fahren. Allerdings hätte der Kläger für die Tour am Folgetag um 23:00 Uhr zur Arbeit erscheinen müssen. Er trat die Arbeit wiederum nicht an. Darauf hin fand nachts zwischen den Parteien ein Telefongespräch statt. Anlässlich dieses Telefonats erklärte der Inhaber der Beklagten, dass der Kläger nicht mehr wieder zu kommen brauche. Der Kläger arbeitete danach nicht mehr für die Beklagte. Diese rechnete bis zum 30. April 2003 das Arbeitsverhältnis ab, füllte die ihr vom Kläger überlassene Arbeitsbescheinigung für das Arbeitsamt aus und übersandte diese zusammen mit der Lohnsteuerkarte für das Jahr 2003 an den Kläger. Ab dem 12. Mai 2003 bezog der Kläger Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe. 4

Mit der der Beklagten am 4. Juni 2003 durch Niederlegung zugestellten Klage vom 30. Mai 2003 verlangte der Kläger die Zahlung von Lohn für den Monat Mai 2003, die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Kündigung des Beklagten vom 1. Mai 2003 mit dem Ablauf des 30. April 2003 geendet habe, sondern weiter fortbestehe und die Verurteilung zur arbeitsvertragsgemäßen Weiterbeschäftigung. Zur Begründung verwies er auf die Formunwirksamkeit der Kündigung und führte weiter aus, darüber hinaus sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht beendet worden sei, sondern weiter bestehe, weil eine rechtswirksame Kündigung nicht vorliege. Der Klageerwiderung vom 12. Juni 2003 war eine nicht unterzeichnete Ablichtung des Schreibens der Prozessbevollmächtigten der Beklagten an die Prozessbevollmächtigten des Klägers vom gleichen Tage beigefügt. Das Schreiben wurde über das Gerichtsfach gegen Empfangsbekenntnis übersandt und ging den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 13. Juni 2003 zu. Mit diesem Schreiben kündigten die Prozessbevollmächtigten der Beklagten das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos, hilfsweise fristgerecht und forderten ihn auf, sich bei der Beklagten am 16. Juni 2003, 9:00 Uhr, in deren Betrieb einzufinden. Eine mit dem 5

Stempel "gez. W5xxxx" versehene Abschrift des Schreibens wurde dem Kläger zugeleitet, ein weiteres Exemplar ging an die Rechtsschutzversicherung des Klägers. Ob das über das Gerichtspostfach zugestellte Schreiben vom 12. Juni 2003 von der Prozessbevollmächtigten des Beklagten unterzeichnet war, ist zwischen den Parteien erst in der Berufungsinstanz streitig geworden.

Mit dem am 30. Juni 2003 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 27. Juni 2003 hat der Kläger auch Klage gegen die Kündigung vom 12. Juni 2003 erhoben und zusätzlich die Zahlung für die Monate Juni und Juli 2003 verlangt. Der Kläger hat behauptet, er sei ab dem 28. April 2003 nicht zur Arbeit erschienen, weil er arbeitsunfähig krank gewesen sei. Eine Bekannte habe beim Beklagten angerufen und ihn entschuldigt, am Folgetag habe sich der Kläger selbst telefonisch krank gemeldet. Auf dem Weg zur Arbeit in der Nacht vom 1. Mai 2003 habe er nach Hause zurückkehren müssen, da akute gesundheitliche Probleme aufgetreten seien. Die mündliche Kündigung vom 1. Mai 2003 sei rechtsunwirksam. Eine weitere Kündigung sei ihm nicht zugegangen, sein Prozessbevollmächtigter sei nicht zum Empfang von Willenserklärungen bevollmächtigt gewesen. Schließlich sei der Kläger nicht verpflichtet gewesen, nach der mündlichen fristlosen Kündigung seine Arbeitskraft gegenüber der Beklagten anzubieten und nach der weiteren fristlosen Kündigung auf das Arbeitsangebot ab 16. Juni 2003 einzugehen; auch insoweit seien seine Prozessbevollmächtigten nicht zum Empfang einer solchen Erklärung bevollmächtigt gewesen. Zur Höhe des bezogenen Arbeitslosengeldes hat er keine Erklärung abgegeben. 6

Der Kläger hat beantragt, 7

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Lohn für den Monat Mai 2003 in Höhe von brutto 1.900,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2003 zu zahlen; 8

2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der Kündigung der Beklagten vom 1. Mai 2003 mit Ablauf des 30. April 2003 geendet hat, sondern weiter fortbesteht; 9

3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger arbeitsvertragsgemäß weiter zu beschäftigen; 10

4. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht aufgrund der außerordentlichen hilfsweise ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 12. Juni 2003 geendet hat/beendet wird, sondern über den 31.Juli 2003 hinaus fortbesteht; 11

5. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Lohn für den Monat Juni 2003 in Höhe von brutto 1.900,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2003 zu zahlen; 12

6. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Annahmeverzugslohn auch für Juli 2003 in Höhe von monatlich brutto 1.900,00 EUR zu zahlen. 13

Die Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Kündigung vom 12 Juni 2003 sei dem Kläger zugegangen, denn aufgrund der (auch) erhobenen allgemeinen Feststellungsklage hätten seine Prozessbevollmächtigten Empfangsvollmacht besessen. Sie hat behauptet, entgegen einer entsprechenden Vereinbarung, sich bis spätestens 18:00 Uhr telefonisch im Falle von 16

Krankheit zu melden, habe sie jeweils nachts vom Auftraggeber erfahren, dass der Kläger nicht zur Arbeit erschienen sei. Aufgrund seines Nichterscheinens sei eine Tour ausgefallen, wodurch der Beklagten ein Schaden in Höhe von 250,00 EUR entstanden sei. Annahmeverzug bestehe nicht. Der Kläger habe die Beendigung seiner Krankheit anzeigen müssen. Spätestens die Aufforderung zum Arbeitsantritt ab 16. Juni 2003 habe den Annahmeverzug beendet, die Prozessbevollmächtigten des Klägers seien für diese Aufforderung empfangsbevollmächtigt gewesen. Im übrigen sei der Kläger nicht aktiv legitimiert, weil er Arbeitslosengeld erhalten habe, sodass sein Lohnanspruch auf die Bundesanstalt für Arbeit übergegangen sei. Hilfsweise werde mit dem Schadensersatzanspruch aufgerechnet.

Durch das am 9. Dezember 2003 verkündete Urteil hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die Kündigung vom 1. Mai 2003, noch durch die außerordentliche Kündigung vom 12. Juni 2003, sondern mit dem Ablauf des 15. Juli 2003 beendet worden sei, und im Übrigen die Klage abgewiesen. Die mündliche Kündigung sei gemäß § 623 BGB rechtsunwirksam. Darauf könne sich der Kläger berufen, da er das Recht, die Unwirksamkeit der Kündigung geltend zu machen, nicht gemäß § 242 BGB verwirkt habe. Die außerordentliche Kündigung vom 12. Juni 2003 sei mangels Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB rechtsunwirksam. Die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung habe das Arbeitsverhältnis zum 15. Juli 2003 beendet. Das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung. Die Prozessbevollmächtigten des Klägers seien für den Empfang der Kündigung empfangsbevollmächtigt gewesen. Sie hätten nicht lediglich eine Kündigungsschutzklage, sondern einen allgemeinen Feststellungsantrag auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses gemäß § 256 ZPO erhoben, was sie zum Empfang weiterer Kündigungen bevollmächtigt habe. Angesichts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe der Kläger keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Der Anspruch auf Zahlung von Vergütung aus Annahmeverzug für die Monate Mai bis Juli 2003 scheitere daran, dass der Kläger nicht dargelegt habe, für welchen Zeitraum er in welcher Höhe Arbeitslosengeld erhalten habe. Seiner Darlegungslast sei er daher nicht nachgekommen. 17

Gegen dieses ihm am 6. Januar 2004 zugestellte Urteil hat der Kläger am 15. Januar 2004 Berufung eingelegt und diese am 16. Februar 2004 begründet. 18

Unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens ist der Kläger der Auffassung, mit seiner Klageschrift vom 30. Mai 2003 gerade keine allgemeine Feststellungsklage erhoben zu haben. Gegenteiliges ergebe sich weder aus dem Wortlaut des Klageantrages noch der Klagebegründung. Die Klageschrift enthalte gerade keine Angaben dazu, dass vorsorglich ein allgemeiner Feststellungsantrag wegen möglicher weiterer Beendigungstatbestände gestellt werden solle. Zudem habe die Beklagte bzw. deren Prozessbevollmächtigten weder dem Kläger noch seine Prozessbevollmächtigten ein unterzeichnetes Kündigungsschreiben zugesandt. Soweit das Arbeitsgericht die Zahlungsansprüche abgewiesen habe, habe es die Anforderungen an die Darlegungslast des Klägers überspannt. Im übrigen habe er vom 12. Mai bis 22. Juni 2003 Arbeitslosengeld in Höhe von 29,46 EUR kalendertäglich sowie ab 23. Juni 2003 Arbeitslosenhilfe in Höhe von 24,23 EUR kalendertäglich erhalten. Der Kläger sei lediglich bis Freitag, den 2. Mai 2003, arbeitsunfähig krank gewesen. Das von den Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht wegen Nichtvorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bestehe nach dem Ausspruch der fristlosen Kündigung nicht mehr. 19

Der Kläger beantragt, 20

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils des Arbeitsgerichts Bielefeld 21

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 15. Juli 2003 hinaus fortbesteht. 22

2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger arbeitsvertragsgemäß weiterzubeschäftigen. 23

3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Lohn zu zahlen 24

für den Monat Mai 2003 i. H. v. 1.900,00 EUR brutto abzgl. 589,20 EUR netto nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2003, 25

für den Monat Juni 2003 i. H. v. 1.900,00 EUR abzgl. 841.96 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2003, 26

für den Monat Juli 2003 i. H. v. 1.900,00 EUR brutto abzgl. 751,13 EUR netto nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2003. 27

Die Beklagte beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Die Beklagte ist der Auffassung, das Arbeitsgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass die Prozessbevollmächtigten des Klägers zum Empfang der Kündigung vom 12. Juni 2003 bevollmächtigt gewesen seien. Sie seien jedenfalls als Empfangsbote der Kündigungserklärung anzusehen, insbesondere nachdem sie das Empfangsbekenntnis am 13. Juni 2003 unterzeichnet hätten, ohne die Entgegennahme des Kündigungsschreibens abzulehnen. Das auf diesem Wege zugeleitete Kündigungsschreiben sei unterzeichnet gewesen. Außerdem reiche die Übersendung eines nicht unterzeichneten Kündigungsschreibens mit der beglaubigten Abschrift der Klageerwiderung vom 12. Juni 2003 für den Ausspruch einer wirksamen Kündigung. Die Klageerwiderung selbst enthalte 30

schließlich eine wirksame Kündigung. Unter Wiederholung und Vertiefung ihrer hierzu erstinstanzlich vorgetragenen Gründe ist die Beklagte weiterhin der Auffassung, dass Ansprüche aus Annahmeverzug dem Kläger nicht zuständen. Der Vortrag zum Bezug von Arbeitslosengeld- und hilfe sei verspätet, zudem habe der Kläger höhere Leistungen als von ihm zugestanden bezogen. 31

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der Sitzungen vom 9. Dezember 2003 (Arbeitsgericht) und 27. April 2004 (Landesarbeitsgericht) Bezug genommen. 32

Entscheidungsgründe 33

Die Berufung ist zulässig und im Wesentlichen begründet. 34

I. 35

Die Berufung ist zulässig. Sie ist gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 Buchstabe b, c ArbGG statthaft. Sie wurde auch form- und fristgerecht eingelegt sowie fristgerecht ordnungsgemäß begründet (§ 66 Abs. 1, § 64 Abs. 6, Satz 1 ArbGG, § 519, § 520 ZPO). 36

II. 37

38

Die Berufung ist begründet, soweit der Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 12. Juni 2003, die Zahlung von Vergütung ab dem 5. Mai 2003 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges, sowie seine Weiterbeschäftigung begehrt. Vergütungsansprüche für die Zeit vom 1. bis 4. Mai 2003 bestehen nicht.

1. Die Kündigung vom 12. Juni 2003 ist unwirksam, weil sie dem Kläger nicht zugegangen ist. 39

a) Eine schriftliche Kündigung ist nach § 130 Abs. 1 BGB zugegangen, sobald sie in verkehrsüblicher Art in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers oder aber eines anderen der ihn in der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte, gelangt und ihm in dieser Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft worden ist (vgl. BAG, Urteil vom 16. Januar 1976 - 2 AZR 619/74 = AP Nr. 7 zu § 130 BGB; Urteil vom 18. Februar 1977 - 2 AZR 770/75 = AP Nr. 10 zu § 130 BGB). Es genügt, wenn ein Brief an eine Person ausgehändigt wird, die nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt anzusehen ist, den Empfänger in der Empfangsnahme zu vertreten. Es ist nicht erforderlich, dass dem Dritten, der die schriftliche Willenserklärung für den Empfänger entgegen nimmt, eine besondere Vollmacht oder Ermächtigung erteilt worden ist (vgl. BAG, Urteil vom 16. Januar 1976 a.a.O.). Zu den empfangsberechtigten Vertretern gehören nach der Verkehrsauffassung Familienangehörige, Lebensgefährten, Hausangestellte oder Zimmervermieter (vgl. BAG; Urteil vom 16. Januar 1976 a. a. O; Urteil vom 13. Oktober 1976 - 5 AZR 510/75 = AP Nr. 8 zu § 130 BGB; Urteil vom 18. Februar 1977, a. a. O.; Urteil vom 11. November 1992 - 2 AZR 328/92 = AP Nr. 18 zu § 130 BGB; ErfK Ascheid, § 4 KSchG, Rn. 31 KR-Friedrich, § 4 KSchG, Rn. 106; Schaub/Link, Arbeitsrechtshandbuch, § 123 Rn. 17). 40

Dagegen geht eine Kündigungserklärung nicht zu, wenn sie dem Rechtsanwalt eines Arbeitnehmers übermittelt wird, der keine Empfangsvollmacht als Passivvertreter gemäß § 164 Abs. 3 BGB besitzt (vgl. ErfK-Ascheid, a. a. O., Rn. 32; KR-Friedrich, a. a. O., Rn. 106 a). War der Rechtsanwalt beauftragt, gegen die Berechtigung weiterer Kündigungen anzugehen, so gilt er als bevollmächtigt, solche Kündigungserklärungen in Empfang zu nehmen (vgl. ErfK-Ascheid, a. a. O.; KR-Friedrich, a. a. O., Schaub/Link a. a. O., Rn. 13 jeweils m. w. N.). Eine Berechtigung zum Empfang weiterer Kündigungen kann sich insbesondere aus einer Prozessvollmacht ergeben, aufgrund derer eine Kündigung (zugleich) mit der allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO angegriffen wird. Denn eine Prozessvollmacht bezieht sich auch auf die Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen, die den mit dem Feststellungsantrag verbundenen Streitgegenstand betreffen (vgl. BAG, Urteil vom 21. Januar 1988 - 2 AZR 581/86 = AP Nr. 19 zu § 4 KSchG 1969; ErfK-Ascheid, a. a. O.; KR-Friedrich, a. a. O., Schaub/Link, a. a. O.). Streitgegenstand einer Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fortbesteht, ist der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (vgl. BAG, Urteil vom 21. Januar 1988 a. a. O.; ErfK-Ascheid, a. a. O., Rn. 86; KR-Friedrich, a. a. O., Rn. 238). Kündigungserklärungen, die bis zu diesem Zeitpunkt beim Prozessbevollmächtigten eingehen, gehen einem im Hinblick auf den Streitgegenstand zum Empfang berechtigten Rechtsanwalt zu. 41

Ist diejenige Person, der die Kündigungserklärung ausgehändigt wurde, dagegen nicht im vorstehend beschriebenen Sinne empfangsberechtigt, also weder Empfangsvertreter oder Empfangsbote, ist diese Person als Erklärungsbote des Absenders anzusehen mit der Folge, 42

dass die Erklärung dem Empfänger erst zugeht, wenn sie ihm tatsächlich ausgehändigt wird oder sonst in seinen Machtbereich gelangt (vgl. ErfK-Ascheid, a. a. O., Rn. 31; KR-Friedrich, a. a. O., Rn. 106 b). Erfolgt eine solche Aushändigung nicht, ist sie aufgrund ihres Zugangs an einen Nichtbevollmächtigten schlechthin unwirksam; sie kann nicht genehmigt werden, da 43

der Empfang der Willenserklärung keine Verfügung darstellt (vgl. Schaub/Link, a. a. O., Rn. 12). Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der zum Zeitpunkt der Zuleitung des Kündigungsschreibens nicht empfangsbevollmächtigte Anwalt später den Auftrag von der Partei erhält, gegen die Kündigung nicht nur wegen der fehlenden Empfangsvollmacht, sondern auch wegen ihrer fehlenden sachlichen Berechtigung vorzugehen (anderer Ansicht: BGH, Urteil vom 13. Februar 1980 - VIII ZR 5/79 = NJW 1980, S. 990).

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten und des Arbeitsgerichts hat der Kläger mit seiner Klageschrift vom 30. Mai 2003 keine allgemeine Feststellungsklage gerichtet auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung erhoben. 44

aa) Der Kläger hatte ausweislich der Klageschrift folgenden Antrag angekündigt: 45

> "Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht auf Grund der Kündigung der Beklagten vom 01.05.2003 mit Ablauf des 30.04.2003 (!) geendet hat, sondern weiter besteht." 46

Zur Begründung hatte der Kläger auszugsweise folgendes ausgeführt: 47

> "Am Donnerstag, 01.05.2003, konnte der Kläger krankheitsbedingt seine Spätschicht nicht antreten und hat dies dem Inhaber der Beklagten telefonisch mitgeteilt. Daraufhin erwiderte der Inhaber der Beklagten am Telefon sinngemäß, wenn der Kläger heute nicht fahren könne, dann wäre er hiermit gekündigt und braucht ab sofort überhaupt nicht mehr zur Arbeit zu kommen. 48
>
> Die gegenüber dem Kläger ausgesprochene Kündigung ist in jedem Fall formunwirksam da sie nicht schriftlich ausgesprochen wurde. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist somit durch diese Kündigung vom 01.05.2003 nicht rechtswirksam beendet worden. 49
>
> Die Unwirksamkeit der Kündigung kann vorliegen auch noch nach Ablauf von mehr als drei Wochen geltend gemacht werden, da sich der Kläger nicht auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung beruft, sondern gesetzliche Formvorschriften. 50
>
> Darüber hinaus ist festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht beendet worden ist, sondern weiter besteht, da eine rechtswirksame Kündigung nicht vorliegt." 51

bb) Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Zugangs der mündlichen außerordentlichen Kündigung der Beklagten erst zwei Monate bestanden hatte (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG), konnte der Kläger die Kündigung nicht mit einer Kündigungsschutzklage nach § 4, § 13 Abs. 1 KSchG angreifen (vgl. BAG, Urteil vom 31. Mai 1979 - 2 AZR 473/77 = AP Nr. 50 zu § 256 ZPO). Insoweit enthält der Antrag sachlich eine nach § 256 ZPO zulässige Feststellungsklage, dass das Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt des Ausspruchs der außerordentlichen Kündigung hinaus fortbesteht (vgl. BAG, a. a. O.). Bei der Bestimmung des Streitgegenstandes dieser Feststellungsklage kommt es auf den gestellten Antrag und darauf an, was der Kläger erkennbar gewollt hat. Es ist nicht stets und uneingeschränkt davon auszugehen, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung begehrt wird (vgl. BAG, a. a. O.). Denn bei einer Feststellungsklage kann sich das Interesse des klagenden Arbeitnehmers auf die Feststellung beschränken, dass das Arbeitsverhältnis über den durch die Kündigung bestimmten Termin hinaus fortbestanden hat, obwohl zum Zeitpunkt der letzten mündlichen 52

Verhandlung das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen nicht mehr besteht; andererseits kann dem Arbeitnehmer aber auch daran gelegen sein, die weitergehende Feststellung zu erwirken, dass das Arbeitsverhältnis bis oder über einen späteren Termin hinaus fortbesteht, der nach der letzten mündlichen Verhandlung liegt (vgl. BAG, a. a. O.).

cc) Unter Würdigung von Antrag und Begründung ergibt sich im vorliegenden Fall, dass der Kläger sich mit diesem Antrag lediglich auf die Feststellung beschränkt hat, dass das Arbeitsverhältnis über den durch die konkrete mündliche Kündigung vom 1. Mai 2003 bestimmten Termin hinaus fortbestanden hat, also letztlich nur die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die ausgesprochene außerordentliche Kündigung zu dem von ihr vorgesehenen Termin wie bei einer Kündigungsschutzklage angegriffen hat. Dafür spricht schon der dem Wortlaut nach an § 4 Abs. 1 Satz 1 KSchG angelehnte Antrag. Während § 4 Abs. 1 Satz 1 KSchG die Formulierung enthält, es sei eine Klage auf Feststellung zu erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat der Kläger 53

formuliert, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht mit dem Ablauf des 30. April 2003 geendet hat. Das ist inhaltlich trotz des divergierenden Wortlautes identisch. 54

Dem weiteren Zusatz "sondern weiter fortbesteht", kam keine eigenständige Bedeutung zu. Bei Erhebung einer Kündigungsschutzklage nach § 4, § 13 Abs. 1 KSchG wird gerade im Fall einer Antragsstellung, wie sie vorliegend der Kläger gewählt hat, in der Regel zweifelhaft sein, ob sein Antrag nur eine Floskel enthält, die sich auf die Folgen einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage bezieht, oder ob darin ein allgemeiner Feststellungsantrag zu sehen ist, der neben der Kündigungsschutzklage auf die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung gerichtet ist. Macht der Arbeitnehmer nur floskelhaft die Folgen einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage geltend und befasst sich die Antragsbegründung ausschließlich mit der Frage, ob eine ganz bestimmte vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung wirksam ist, ist in der Regel nicht von einer allgemeinen selbstständigen Feststellungsklage auszugehen. Einem Arbeitnehmer, der keine Ausführungen zur Frage des Fortbestandes seines Arbeitsverhältnisses macht, kann nicht unterstellt werden, dass er eine unzulässige Feststellungsklage erheben will (vgl. BAG, Urteil vom 27. Januar 1994 - 2 AZR 484/93 = AP Nr. 28 zu § 4 KSchG 1969; Urteil vom 16. März 1994 - 8 AZR 97/93 = AP Nr. 29 zu § 4 KSchG 1969; Urteil vom 15. März 2001 - 2 AZR 141/00 = AP Nr. 46 zu § 4 KSchG 1969; KR-Friedrich, a. a. O., Rn. 243; ErfK-Ascheid, a. a. O., Rn. 79, 86). 55

dd) Zwar hat grundsätzlich das Gericht in einem Fall wie dem vorliegenden durch Ausübung seines Fragerechts gemäß § 139 ZPO auf eine Klarstellung dahingehend zu dringen, ob (auch) eine allgemeine Feststellungsklage erhoben werden soll (vgl. BAG Urteil vom 21. Januar 1988 a. a. O.; Urteil vom 27. Januar 1994, a. a. O.). Dies scheidet im vorliegenden Fall jedoch aus, weil es um die Beurteilung der Frage geht, ob angesichts des aus Klageantrag und Klagebegründung ersichtlichen Streitgegenstandes die Beklagte davon ausgehen konnte, dass die Prozessbevollmächtigten des Klägers zum Empfang einer Kündigungserklärung bevollmächtigt sind. Dann muss sich aber zum Zeitpunkt des Zugangs der zweiten Kündigung eindeutig ergeben, dass eine allgemeine Feststellungsklage erhoben worden ist, die zum Empfang weiterer Kündigungen berechtigt. Dies ist hier nicht der Fall. 56

Abgesehen von der typisch floskelhaften Hinzusetzung der Formulierung des weiteren Fortbestehens im Klageantrag befasst sich die Klagebegründung ausschließlich mit der Frage der Wirksamkeit der Kündigung vom 1. Mai 2003, wobei diese im Hinblick auf den 57

58

offensichtlichen Verstoß gegen § 623 BGB kurz ausfallen konnte. Der im drittletzten Absatz der Klageschrift enthaltene Passus, es sei darüber hinaus festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht beendet worden sei, sondern weiter bestehe, da eine rechtswirksame Kündigung nicht vorliege, unterstreicht lediglich die Folge der Unwirksamkeit der Kündigung, gibt aber nicht zu erkennen, dass der Kläger darüber hinaus auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung begehrt.

Dies gilt unabhängig davon, dass im vorliegenden Fall eine Kündigungsschutzklage mangels Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nicht erhoben werden konnte. Auch insoweit kann das Feststellungsinteresse eines Arbeitnehmers, der keinen Kündigungsschutz genießt, beschränkt sein auf die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis über den durch die Kündigung bestimmten Termin hinaus fortbestanden hat, obwohl zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen nicht mehr besteht. Dies war hier naheliegend, weil grundsätzlich davon ausgegangen werden konnte, dass die Beklagte nach der Rüge der Formunwirksamkeit der Kündigung zumindest kurzfristig eine Kündigung unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist aussprechen würde, gegen die der Kläger mangels Kündigungsschutz grundsätzlich nichts mehr hätte unternehmen können. Das Feststellungsinteresse war von vornherein erkennbar begrenzt auf die bloße Feststellung der Unwirksamkeit der konkret angegriffenen Kündigung. 59

c) Ein anderes Ergebnis folgt nicht aus dem Antrag auf Verurteilung der Beklagten zur arbeitsvertragsgemäßen Beschäftigung und seiner Begründung. Auch hiermit wird lediglich eine Folge der rechtsunwirksamen Kündigung geltend gemacht, wie sich aus der Begründung des Klägers, er habe während des bestehenden Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung, schon ergibt. 60

d) Der auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu dem von der außerordentlichen Kündigung bestimmten Termin beschränkte Streitgegenstand des Feststellungsantrages erstreckt sich nicht auf die Abgabe von Kündigungserklärungen, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem späteren Zeitpunkt betreffen. Greift der Arbeitnehmer lediglich eine außerordentliche Kündigung an, wird von einer entsprechenden Feststellungsklage die Frage der Wirksamkeit einer im Wege der Umdeutung (§ 140 BGB) gewonnenen ordentlichen Kündigung zu einem späteren Zeitpunkt nicht erfasst (vgl. BAG, Urteil vom 31. Mai 1979, a. a. O). Da s gilt erst recht für später erklärte Kündigungen. Das schließ t eine 61

Empfangsberechtigung von Rechtsanwälten aus, die eine allgemeine Feststellungsklage mit 62

diesem begrenzten Streitgegenstand erheben. 63

e) Waren danach die Prozessbevollmächtigten des Klägers nicht empfangsberechtigt, d. h. weder Empfangsvertreter noch Empfangsbote, konnte die Kündigung der Prozessbevollmächtigten der Beklagten diesen nicht wirksam zugehen. Ein anderes Ergebnis folgt nicht aus dem unterzeichneten "Empfangsbekenntnis", weil damit lediglich der tatsächliche Erhalt des dort bezeichneten Schreibens quittiert wurde. Weder begründet noch dokumentiert es eine Empfangsberechtigung. Eine Verpflichtung zur Ablehnung der Entgegennahme des Kündigungsschreibens bestand nicht. Angesichts der erkennbar nicht erteilten Empfangsberechtigung bedurfte es einer ausdrücklichen Ablehnung nicht. Über Erklärungen, die den Streitgegenstand betreffen, hinaus trafen die Prozessbevollmächtigten des Klägers keine ihm zurechenbare Pflichten im Verhältnis zur Beklagten bei der Abgabe von Erklärungen durch diese. 64

65

Ob die Kündigungserklärung unterzeichnet und ggf. - versehentlich - der Rechtsschutzversicherung des Klägers weitergeleitet worden ist, bedurfte keiner weiteren Aufklärung. Mangels Zugang einer schriftlichen Kündigungserklärung beim Kläger liegt eine wirksame Kündigung nicht vor, die das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat. Dieser hat lediglich die mit dem Namen der Prozessbevollmächtigten der Beklagten gezeichnete Abschrift erhalten, die nicht die Voraussetzung der Schriftform im Sinne von § 126 Abs. 1 BGB erfüllt.

f) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses auch nicht dadurch erfolgt, dass mit der Klageerwiderung das Kündigungsschreiben vom 12. Juni 2003 ohne Unterzeichnung übersandt worden ist. 66

Wird im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses in einem Schriftsatz eine Kündigung ausgesprochen, so geht sie - wenn es wie hier an einer Empfangsvollmacht des Prozessbevollmächtigten fehlt - erst mit Zugang des Schriftsatzes beim Arbeitnehmer diesem zu. Dabei reicht grundsätzlich die Übersendung einer beglaubigten Abschrift des Schriftsatzes (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 1986- VZR 41/86 = NJW-RR 1987, S. 395, ErfK-Preis, § 125 bis 127 Rn. 19; ErfK-Müller/Glöge, § 623 Rn. 22). Im vorliegenden Fall, hat der Kläger keine beglaubigte Abschrift der Klageerwiderung nebst anliegendem Kündigungsschreiben erhalten. Zudem reicht es zum Ausspruch einer formwirksamen Kündigung im Sinne des § 623 BGB nicht, wenn in einem Schriftsatz lediglich auf eine nicht unterzeichnete Anlage Bezug genommen wird, die für das Gericht zu Informationszwecken beigefügt worden ist und die eigentlich maßgebliche Erklärung enthält. Insoweit lässt sich 67

dem Schriftsatz selbst gerade nicht entnehmen, ob nun erneut gekündigt werden soll oder nicht. Dem steht der Grundsatz der Klarheit und Bestimmtheit der Kündigung entgegen. 68

Es ist unerheblich, inwieweit eine feste Urkundenverbindung bestanden hat. In der von der Beklagten zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Wirksamkeit von Verträgen, die auf Anlagen verweisen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 1994 - VII ZR 93/97 = NJW 1999, S. 1104; Urteil vom 30. Juni 1999 - XII ZR 55/97 = NJW 1999, S. 2591; Urteil vom 29. September 1999 - XII ZR 313/98 = NJW 2000, S. 36) ist die abzugebende Willenserklärung der Partei selbst nicht in der Anlage enthalten, sondern im unterzeichneten Vertragstext. Im vorliegenden Fall ist es aber genau umgekehrt. Die Klageerwiderung enthält entgegen der Auffassung der Beklagten keine eigene Kündigungserklärung, sondern verweist nur auf diese zur Information des Gerichts. Die eigentlich maßgebliche einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung ist in der nicht unterzeichneten Anlage enthalten. Dies reicht zum Ausspruch einer der Formvorschrift des § 623 BGB entsprechenden Kündigung nicht aus. 69

3. Die Beklagte ist verpflichtet, für die Zeit vom 5. Mai 2003 bis 31. Juli 2003 die geschuldete Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zu zahlen. 70

a) Durch den Ausspruch der unwirksamen fristlosen Kündigung vom 1. Mai 2003 kam die Beklagte mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers in Verzug. Weil in der Kündigung zugleich die Erklärung der Beklagten lag, sie werde die Leistung nicht annehmen, bedurfte es keines Angebots des Klägers mehr, § 295, § 296 Satz 1 BGB (vgl. BAG, Urteil vom 9. August 1984 - 2 AZR 374/83 = AP Nr. 34 zu § 615 BGB; Urteil vom 21. März 1985 - 2 AZR 201/84 = AP Nr. 35 zu 615 BGB; Urteil vom 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 = AP Nr. 98 zu § 615 BGB). 71

b) Der Kläger war trotz der zum Zeitpunkt des Zugangs der außerordentlichen Kündigung bestehenden Arbeitsunfähigkeit nicht verpflichtet, zur Begründung des Annahmeverzuges 72

seine Arbeitsfähigkeit anzuzeigen. Die Verzugsfolgen treten nach unwirksamer Arbeitgeberkündigung unabhängig davon ein, ob der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer seine wiedergewonnene Arbeitsfähigkeit dem Arbeitgeber anzeigt oder nicht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage oder sonstigen Widerspruch gegen die Kündigung seine weitere Leistungsbereitschaft deutlich gemacht hat (vgl. BAG, Urteil vom 19. April 1990 - 2 AZR 591/89 = AP Nr. 45 zu § 615 BGB; Urteil vom 24. Oktober 1991 - 2 AZR 112/91 = AP Nr. 50 zu § 615 BGB; Urteil vom 24. November 1994 - 2 AZR 179/94 = AP Nr. 60 zu § 615 BGB).

Zwar hat im vorliegenden Fall der Kläger erst unter dem 30. Mai 2003 Klage gegen die außerordentliche mündliche Kündigung vom 1. Mai 2003 erhoben. Dazwischen hat er lediglich die Arbeitsbescheinigung übersandt und diese ausgefüllt nebst Steuerkarte und Abrechnung zum 30. April 2003 einschließlich der daraus noch resultierenden Zahlungen entgegen genommen. Solange jedoch im Falle einer Kündigung die Frist zur Klageerhebung entweder nicht abgelaufen ist oder - mangels Anwendbarkeit des § 4 KSchG - eine Anrufung des Gerichts noch nicht verwirkt wurde, trägt der Arbeitgeber das Risiko der Unwirksamkeit der Kündigung, weil er mit der Geltendmachung der Unwirksamkeit innerhalb dieser Fristen - sei es nach § 4 KSchG, sei es nach den Grundsätzen der Verwirkung - zu rechnen hat. Es bedarf in diesem Fall nicht der Anzeige der Arbeitsfähigkeit durch den Arbeitnehmer, selbst wenn er vor Erhebung einer Klage gegen die Kündigung bereits wieder arbeitsfähig wird. 73

c) Der Annahmeverzug endete nicht durch die Aufforderung der Beklagten, am 16. Juni 2003 um 9:00 Uhr zur Arbeit zu erscheinen. Der Wirksamkeit der Arbeitsaufforderung steht zwar nicht entgegen, dass das Schreiben vom 12. Juni 2003 an die Prozessbevollmächtigten des Klägers gerichtet war. Sie waren im Hinblick auf die Aufforderung zur Arbeit als empfangsberechtigt anzusehen, weil sie für den Kläger die Weiterbeschäftigung bereits klageweise geltend gemacht hatten. Ihre Prozessvollmacht bezog sich dadurch auch auf die Empfangnahme von Erklärungen, die den Kläger zur Arbeit aufforderten, weil diese den Streitgegenstand der Weiterbeschäftigungsklage betreffen. 74

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers wird jedoch nach Ausspruch einer Kündigung erst beendet, wenn er den Arbeitnehmer zur Aufnahme der Arbeit auffordert und dies mit der Erklärung verbindet, dass er die Arbeitsleistung als Erfüllung des fortbestehenden Arbeitsvertrages annimmt. Deshalb endet der Annahmeverzug nicht, wenn der Arbeitgeber bei seiner Arbeitsaufforderung die Kündigung aufrecht erhält (vgl. BAG, Urteil vom 14. November 1985 - 2 AZR 98/84 = AP Nr. 39 zu § 615 BGB; Urteil vom 7. November 2002, a. a .O.). Im vorliegenden Fall hat die Beklagte bzw. deren Prozessbevollmächtigte es nicht nur unterlassen klarzustellen, dass die Arbeitsleistung als Erfüllung des fortbestehenden Arbeitsvertrages angenommen wird. Vielmehr wurde in demselben Schreiben eine weitere außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung erklärt. Als den Annahmeverzug beendende Arbeitsaufforderung kann dies erst recht nicht angesehen werden, wenn es schon nicht ausreicht, dass der Arbeitgeber bei seiner Arbeitsaufforderung eine früher ausgesprochene Kündigung aufrecht erhält. 75

d) Nach § 615 Satz 1 BGB kann der Kläger die vereinbarte Vergütung (§ 611 BGB) verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Bei einer vereinbarten Bruttovergütung von 1.900,00 EUR ergibt sich für den Monat Mai ab 5. Mai 2003 ein anteiliger Anspruch von 1.727,20 EUR brutto (1.900,00 EUR : 22 Arbeitstage * 20 Arbeitstage). Für die Monate Juni 2003 und Juli 2003 ist jeweils die volle monatliche Bruttovergütung zu zahlen. 76

Hiervon abzusetzen waren die von der Bundesagentur für Arbeit erhaltene Arbeitslosengeld- und Arbeitslosenhilfezahlungen. Ausweislich der vom Kläger vorgelegten Bescheide steht 77

fest, dass er im Monat Mai 2003 einen Betrag von 589,20 EUR netto, im Monat Juni 2003 841,96 EUR netto und für den Monat Juli 2003 751,13 EUR netto erhalten hat. Soweit die Beklagte behauptet hat, dass höhere Zahlungen erfolgt seien, ist dafür kein Anhaltspunkt ersichtlich. Die vom Kläger vorgelegten Bescheide decken den Zeitraum vom 12. Mai 2003 bis 31. Juli 2003 lückenlos ab. Daraus ergibt sich, dass er vom 12. Mai 2003 bis 22. Juni 2003 kalendertäglich 29,46 EUR Arbeitslosengeld und ab 23. Juni 2003 kalendertäglich 24,23 EUR Arbeitslosenhilfe erhalten hat. In Höhe der erhaltenden Zahlungen ist der Anspruch auf Arbeitsentgelt auf die Bundesagentur für Arbeit gemäß § 115 Abs. 1 SGB X übergegangen. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang verspätetes Vorbringen rügt, liegen die Voraussetzungen für eine Zurückweisung gemäß § 67 ArbGG offensichtlich nicht vor.

e) Ein Anspruch des Klägers entfällt nicht gem. § 615 Satz 2 BGB, weil er der Arbeitsaufforderung der Beklagten mit Schreiben vom 12. Juni 2003 nicht nachgekommen ist. 78

aa) Gemäß § 615 Satz 2 BGB muss der Arbeitnehmer sich auf den Annahmeverzugslohn den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste zu erwerben böswillig unterlässt. Letzteres ist der Fall, wenn er vorsätzlich ohne ausreichenden Grund Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird. Böswilligkeit setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen. Es genügt das vorsätzliche Außerachtlassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbstätigkeit. Fahrlässiges, auch grob fahrlässiges Verhalten genügt nicht. Die vorsätzliche Untätigkeit muss vorwerfbar sein. Dies ist nicht der Fall, wenn eine angebotene oder sonst mögliche Arbeit nach den konkreten Umständen für den Arbeitnehmer unzumutbar ist. Die Unzumutbarkeit kann sich etwa aus der Art der Arbeit, den sonstigen Arbeitsbedingungen oder der Person des Arbeitgebers ergeben. Die Frage der Zumutbarkeit ist unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben zu bestimmen (vgl. BAG, Urteil vom 22. Februar 2000 - 9 AZR 194/99 = AP Nr. 2 zu § 11 KSchG 1969; Urteil vom 7. November 2002 a. a. O.; Urteil vom 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 = AP Nr. 9 zu § 615 BGB Böswilligkeit). 79

Eine Anrechnung kommt auch in Betracht, wenn der Arbeitgeber, der sich mit der Annahme der Dienste in Verzug befindet, die Arbeit anbietet, was insbesondere für den Fall einer bis zur endgültigen Entscheidung des Kündigungsrechtsstreites befristeten Weiterbeschäftigung zu denselben Arbeitsbedingungen gilt. Die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer hängt von der Art der Kündigung und ihrer Begründung sowie dem Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsprozess ab. Bei einer betriebs- oder personenbedingten Kündigung ist die vorläufige Weiterbeschäftigung dem Arbeitnehmer im Gegensatz zu einer verhaltensbedingten und insbesondere außerordentlichen Kündigung in der Regel zumutbar. Art und Schwere der gegenüber dem Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe können die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit begründen, wobei die außerordentliche Kündigung regelmäßig das Ansehen des Arbeitnehmers beeinträchtigt (vgl. BAG, Urteil vom 22. Februar 2000, a. a. O.; Urteil vom 7. November 2002 a. a. O.; Urteil vom 24. September 2003 a. a. O.). 80

bb) Eine Anrechnung nach § 615 Satz 2 BGB ist aber auch im Fall der außerordentlichen Kündigung nicht generell ausgeschlossen. Dies gilt zunächst dann, wenn der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht die Verurteilung des Arbeitgebers zur vorläufigen Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtstreites erwirkt. Dann ist mangels besonderer, von ihm darzulegender Umstände es ihm grundsätzlich nicht unzumutbar, der Aufforderung des Arbeitgebers nachzukommen, die Beschäftigung entsprechend der arbeitsgerichtlichen Entscheidung vorläufig wieder aufzunehmen (vgl. BAG, Urteil vom 24. 81

September 2003, a. a. O.). Auf der anderen Seite ist er allerdings nicht verpflichtet, ein Urteil des Arbeitsgerichts, mit dem der Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses verurteilt worden ist, zu vollstrecken oder die Vollstreckung anzudrohen (vgl. BAG, Urteil vom 22. Februar 2000, a. a. O.).

Unabhängig von einem erfolgreichen Weiterbeschäftigungsverlangen kann es dem Arbeitnehmer obliegen, der Aufforderung zur Arbeitsaufnahme im Fall einer außerordentlichen Kündigung nachzukommen, wenn die Gefahr von Unzuträglichkeiten anlässlich der angesonnen Weiterbeschäftigung verhältnismäßig gering ist. Dies kann der Fall sein, wenn die zur Begründung der außerordentlichen Kündigung herangezogenen Gründe auf einem unstreitigen und für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung grundsätzlich geeigneten Sachverhalt beruhen, der nur rechtlich zu bewerten ist, und die Kündigung des Arbeitgebers nicht völlig überzogen ist. Dies gilt umso mehr, wenn nach Ablauf mehrerer Monate eine normale Beschäftigung im Hinblick auf die Prozessführung in erster Instanz zu erwarten ist, wenn sich der Arbeitnehmer vertragsgerecht verhält, und sich dadurch die Situation kaum anders darstellt als nach einem abgeschlossenen Rechtsstreit (vgl. BAG, Urteil vom 24. September 2003, a. a. O.). Andererseits kann die Annahme eines Arbeitsangebotes nach Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung schon deshalb unzumutbar sein, wenn das Angebot mit der Aufrechterhaltung erheblicher Kündigungsgründe verbunden ist, Art und Schwere der gegenüber dem Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe demnach die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit begründen können (vgl. BAG, Urteil vom 7. November 2002, a. a. O.). 82

cc) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall war es dem Kläger unzumutbar, der Arbeitsaufforderung der Beklagten mit Schreiben vom 12. Juni 2003 nachzukommen. Die Beklagte hatte in diesem Schreiben nicht nur die bisherigen Kündigungsvorwürfe wiederholt und vertieft, sondern aus dem Verhalten des Klägers nach Ausspruch der mündlichen fristlosen Kündigung den Vorwurf mangelnder Zuverlässigkeit abgeleitet. Darüber hinaus hatte sie eine weitere außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung ausgesprochen und diese auf den für einen Kraftfahrer schwerwiegenden Vorwurf mehrfache Alkoholisierung gestützt. Die Beklagte hielt nicht bloß an der bisherigen Kündigung fest, vielmehr belastete sie durch erkennbar streitig werdende Vorwürfe zusätzlich das Verhältnis der Parteien. Einem Arbeitnehmer kann es nicht zugemutet werden, dass er die Arbeit bei einem Arbeitgeber aufnimmt, der ein "Arbeitsangebot" mit einer erneuten außerordentlichen Kündigung gestützt auf weitere den Arbeitnehmer schwer belastende Vorwürfe verbindet. Der Arbeitnehmer kann nicht erwarten, dass der Arbeitgeber ihn bei einer Weiterbeschäftigung fair und korrekt behandeln wird. Die Gefahr von Unzuträglichkeiten ist unter diesen Umständen hoch. 83

Dies gilt umso mehr, als die außerordentliche Kündigung der Beklagten mit Kündigungsvorwürfen verbunden war, deren konkrete Grundlagen deutlich außerhalb der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB lagen. Die Beklagte dokumentierte damit, dass ihr in erster Linie daran lag, den Kläger loszuwerden. Dann musste er aber befürchten, im Falle einer eventuellen Weiterbeschäftigung schon beim geringsten Anlass weiteren Maßregelungen bis hin zur außerordentlichen Kündigung ausgesetzt zu sein. Es ging nicht lediglich um eine Arbeitsaufforderung, die der Arbeitgeber im Hinblick auf eine offensichtlich unwirksame mündliche Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer ausspricht, ohne deshalb zugleich klarzustellen, dass diese Kündigung unwirksam ist. Vielmehr hat die Beklagte durch 84

das Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 12. Juni 2003 das Verhältnis der Parteien zusätzlich belastet, was eine Aufnahme der Tätigkeit bei der Beklagten dem Kläger unzumutbar machte. 85

dd) Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger seinen Antrag auf Weiterbeschäftigung sowohl erstinstanzlich weiter verfolgt hat. Im Hinblick auf die erhobenen Vorwürfe konnte der Kläger zunächst eine gerichtliche Entscheidung über die Kündigung und den Weiterbeschäftigungsantrag abwarten. Wie bereits ausgeführt, hatte die Beklagte durch die Vertiefung ihrer Vorwürfe zum Verstoß gegen die Anzeigepflicht im Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit sowie die Erhebung neuer Vorwürfe wie alkoholisierte Arbeitsaufnahme als Kraftfahrer und mangelnder Verlässlichkeit das Verhältnis der Parteien zusätzlich belastet. In einer solchen Situation ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, zur Dokumentation der Unzumutbarkeit einer Beschäftigung einen bisher gestellten Weiterbeschäftigungsantrag zurückzunehmen. Vielmehr kann er der durch dieses Verhalten konkret begründeten Gefahr weiterer Unzuträglichkeiten dadurch begegnen, dass er abwartet, ob eine zu seinen Gunsten ergehende erstinstanzliche Entscheidung den Arbeitgeber nunmehr zu mehr Sachlichkeit veranlasst und eine Zusammenarbeit ermöglicht. In der konkreten Situation des laufenden gerichtlichen Verfahrens war dies bei einer sofortigen Arbeitsaufnahme von der Beklagten nicht zu erwarten. 86

e) Ein aufrechenbarer Schadensersatzanspruch wegen der Kürzung, welche die Firma S5xxxxxxxxx in Höhe von 250,00 EUR bei der Rechnung der Beklagten für den Monat April 2003 vorgenommen hat, steht dieser gegen den Kläger nicht zu. Die Beklagte hat die Voraussetzungen hierfür nicht substantiiert dargelegt. Das bloße Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit des Klägers genügt nicht, sondern war von ihr zu widerlegen. Soweit sie die nicht rechtzeitige Anzeige der Arbeitsunfähigkeit zur Begründung anführt, hat sie nicht vorgetragen, warum dies den Ausfall der Tour, die der Kläger zu fahren hatte, verhindert hätte. 87

f) Der Zinsanspruch folgt auch § 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 614, § 288, § 247 BGB. 88

4. Für die Zeit vom 1. Mai 2003 bis 4. Mai 2003 stehen dem Kläger Vergütungsansprüche nicht zu. 89

a) Für den 1. Mai 2003 besteht kein Anspruch auf Feiertagsvergütung gemäß § 2 Abs. 1 EfzG. Der Kläger hat behauptet, auch an diesem Tag arbeitsunfähig erkrankt zu sein. In diesem Fall besteht ein Anspruch auf Zahlung von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, der sich hinsichtlich der Höhe nach der für den Feiertag zu zahlenden Vergütung bemisst (§ 4 Abs. 2 EfzG). 90

b) Ein Anspruch von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht weder für den 1. noch den 2. Mai 2003. Der Kläger hat zwar behauptet, an diesen beiden Tagen arbeitsunfähig gewesen zu sein. Eine Arbeitsunfähigkeit hat er gegenüber der Beklagten jedoch nicht in der gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 EfzG erforderlichen Form nachgewiesen. Der Kläger war nach seiner Behauptung seit dem 28. April 2003 arbeitsunfähig erkrankt. Dementsprechend hätte er spätestens nach Ablauf des dritten Kalendertages seit Beginn seiner Arbeitsunfähigkeit, das heißt am 1. Mai 2003 eine ärztliche Bescheinigung über ihr Bestehen und ihre voraussichtliche Dauer der Beklagten vorlegen müssen. Dies hat er nicht getan. 91

Die fehlende Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung begründet ein - vorübergehendes - Leistungsverweigerungsrecht. Es endet, wenn der Arbeitnehmer die Bescheinigung vorlegt oder anderweitig beweist, dass er arbeitsunfähig krank gewesen ist (vgl. BAG, Urteil vom 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 = AP Nr. 5 zu § 5 EfzG). Die Nachweispflicht besteht unabhängig von der Dauer der Arbeitsunfähigkeit. Der Arbeitnehmer muss eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch dann vorlegen, wenn die Arbeitsunfähigkeit innerhalb der dreitägigen Vorlagefrist schon wieder behoben ist. Selbst bei einer Kurzerkrankung von 92

ein oder zwei Tagen ist der Arbeitnehmer grundsätzlich gehalten, eine ärztliche Bescheinigung einzureichen und damit den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit zu belegen (vgl. BAG, Urteil vom 23. Januar 1985 - 5 AZR 592/82 = AP Nr. 63 zu § 9 LohnfG).

Im vorliegenden Fall hat der Kläger keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt. Er hat auch nicht in sonstiger Weise nachgewiesen, dass er in diesem Zeitraum arbeitsunfähig krank gewesen ist. 93

c) Ebenso wenig besteht ein Anspruch auf Zahlung von Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges. Für den 1. und 2. Mai 2003 hat der Kläger selbst behauptet, arbeitsunfähig gewesen zu sein. Dies schließt einen Anspruch aus Annahmeverzug aus, weil er in diesem Zeitraum außer Stande gewesen ist, die Leistung zu bewirken (§ 297 BGB). Für den 3. Mai 2003 (Samstag) hat der Kläger nicht behauptet, dass er an diesem Tag zu arbeiten hatte. Ebenso besteht keine Vergütungspflicht für den arbeitsfreien Sonntag, auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges. 94

III. 95

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 ZPO. Die abgewiesene Zuvielforderung in Höhe von 172,80 EUR war verhältnismäßig geringfügig und hat auch nur geringfügig höhere Kosten veranlasst. 96

Im Hinblick auf die Neufassung des erstinstanzlichen Tenors war die Streitwertfestsetzung zur Klarstellung mit aufzunehmen, wobei für die Berufungsinstanz der lediglich noch anhängige Teil zu berücksichtigen war. 97

Gründe für eine Zulassung der Revision bestehen nicht. 98

Henssen	Pohlmeyer	Eberle

99

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE