



**7 Sa 430/09**

3 Ca 61/06 C  
(Arbeitsgericht Bamberg)

**In Sachen**

**H... L...**

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt M... L...

**gegen**

**Firma Auto-Centrum K...**, Inhaber Herr St... T...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte E... und Kollegen

erlässt das Landesarbeitsgericht Nürnberg durch die Vorsitzende der Kammer 7,  
Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht **Weißenfels**, und die ehrenamtlicher Richter  
Bachmann und Ziegler auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 09.03.2010 folgenden

**Beschluss:**

1. Das Verfahren wird gemäß Art. 100 Absatz 1 Satz 1 GG ausgesetzt.
2. Es wird eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber eingeholt, ob die Bestimmung des § 615 Satz 2 BGB, wonach sich der Arbeitnehmer im Falle des Annahmeverzugs auf die Vergütung das anrechnen lassen muss, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart, gegen Art. 3 GG verstößt.

**Gründe:**

**I.**

Die Parteien streiten, soweit hier von Bedeutung, um Ansprüche der Klägerin aus Annahmeverzug.

Die Klägerin war seit 01.09.2004 beim Beklagten als Buchhalterin beschäftigt.

Auf das Arbeitsverhältnis fand, da der Beklagte einen Kleinbetrieb im Sinne des § 23 Absatz 1 KSchG führt, das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung.

Der Beklagte behauptete, er habe der Klägerin am 31.10.2005 eine Kündigung zum 30.11.2005 ausgehändigt. Er meldete die Klägerin zum 30.11.2005 bei der DAK K... ab.

Die Klägerin erhob am 16.01.2006 die vorliegende Klage und beantragte, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ungekündigt fortbestehe. Außerdem machte sie für die Zeit ab Dezember 2005 Vergütungsansprüche geltend.

Mit Teilurteil vom 16.05.2007 gab das Arbeitsgericht Bamberg dem Feststellungsantrag statt. Das Urteil ist rechtskräftig.

Die Parteien beendeten das Arbeitsverhältnis zum 30.11.2007.

Mit Urteil vom 20.05.2009 (Bl. 150 ff d.A.) entschied das Arbeitsgericht Bamberg u.a. über die Zahlungsansprüche für den Zeitraum Dezember 2005 bis November 2007. Es sprach der Klägerin teils Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, teils gemäß § 615 Satz 1 BGB Annahmeverzugslohn zu. Im Rahmen des Annahmeverzugslohns brachte das Erstgericht gemäß § 615 Satz 2 BGB die Fahrtkosten in Abzug, die sich die Klägerin dadurch ersparte, dass sie nicht von zu Hause zur Arbeitsstätte fahren musste. Für den gesamten Zeitraum ergab sich hierfür ein Abzug in Höhe von 2.617,50 €.

Insoweit wurde die Klage abgewiesen.

Die Klägerin legte gegen das Urteil bezüglich der Klageabweisung in Höhe von 2.617,50 € fristgerecht Berufung ein. Auf Antrag der Klägerin wurde die Berufungsbegründungsfrist bis 22.09.2009 verlängert. Die Berufungsbegründungsschrift vom 21.09.2009 ging am 23.09.2009 beim Landesarbeitsgericht Nürnberg ein.

Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin wurde mit Schreiben vom 23.09.2009 darüber informiert, dass der Schriftsatz vom 21.09.2009 erst am 23.09.2009 bei Gericht eingegangen sei. Mit Schriftsatz vom 25.09.2009, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangen am 28.09.2009, beantragte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin vorsorglich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Begründung führte er aus, der Schriftsatz sei, nachdem er gegen 17.10 Uhr fertig gestellt worden sei, an das Landesarbeitsgericht Nürnberg gefaxt worden. Dem Schriftsatz vom 25.09.2009 war der Sendebericht beigelegt. Aus ihm ergibt sich, dass der fünfseitige Schriftsatz vom 21.09.2009 am selben Tag um 17.15 Uhr an das Landesarbeitsgericht Nürnberg gefaxt worden ist.

## II.

Die Entscheidung über die Berufung der Klägerin hängt von der Frage ab, ob § 615 Satz 2 BGB anzuwenden ist.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere nicht gemäß § 64 Absatz 6 ArbGG iVm § 522 Absatz 1 Satz 1 ZPO zu verwerfen.

Zwar hat die Klägerin die fristgerecht eingelegte Berufung nicht innerhalb der bis 22.09.2009 verlängerten Frist begründet. Der Berufungsbegründungsschriftsatz vom 21.09.2009 ist (im Original) erst am 23.09.2009 bei Gericht eingegangen.

Der Klägerin ist indes Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, § 64 Absatz 6 ArbGG iVm den §§ 525, 233, 234, 236 ZPO.

Die Klägerin hat den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand fristgemäß gestellt.

Dass die Berufungsbegründungsschrift nicht rechtzeitig bei Gericht einging, beruht darauf, dass der Schriftsatz vom 21.09.2009 offensichtlich nicht per Fax beim Empfänger angekommen ist. Hiervon erhielt der Prozessbevollmächtigte der Klägerin erst ab Zugang des entsprechenden gerichtlichen Hinweises vom 23.09.2009 Kenntnis. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ging am 28.09.2009, also jedenfalls innerhalb der 2-Wochenfrist bei Gericht ein.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist auch begründet.

Die Klägerin war ohne ihr Verschulden verhindert, die Frist zur Berufungsbegründung einzuhalten.

Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat alle Vorkehrungen getroffen, um zu gewährleisten, dass der Schriftsatz mit der Berufungsbegründung fristgerecht eingereicht wurde.

Insbesondere genügte es, den Schriftsatz vorab per Fax an das Gericht zu senden.

Dass der Schriftsatz an das Landesarbeitsgericht gesendet wurde, ergibt sich aus dem vorgelegten Sendebericht. Dieser enthält als Empfänger des Faxes das Landesarbeitsgericht Nürnberg mit der zutreffenden Faxnummer (0911/9282750) sowie einen Teil der ersten Seite, aus der sich die Parteien, das Aktenzeichen des Berufungsverfahrens und das angefochtene Urteil ergeben.

Es ist daher glaubhaft gemacht, dass der Schriftsatz vom 21.09.2009 ordnungsgemäß auf den Weg gebracht wurde und aus Gründen, die jedenfalls nicht von der Klägerin bzw. von ihrem Prozessbevollmächtigten zu vertreten sind, das Landesarbeitsgericht Nürnberg nicht erreichte.

Die Berufung der Klägerin ist in der Sache nur dann erfolgreich, wenn § 615 Satz 2 BGB keine Anwendung findet.

Nach der bestehenden Rechtslage ist § 615 Satz 2 BGB anzuwenden.

Die einzige Anspruchsgrundlage für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche ist, soweit es um Zeiträume geht, in denen die Klägerin nicht arbeitsunfähig erkrankt war, § 615 Satz 1 BGB.

Gemäß §§ 611, 614 BGB setzt ein Vergütungsanspruch neben dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus, dass der Arbeitnehmer die von ihm geschuldete Arbeitsleistung erbracht hat. § 615 Satz 1 BGB enthält eine Ausnahme von diesem Grundsatz dann, wenn sich der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung gemäß den §§ 293 ff BGB im Verzug befindet.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben.

Zwischen den Parteien bestand im streitgegenständlichen Zeitraum ein Arbeitsverhältnis. Dies ist – vor allem auch im Hinblick auf das rechtskräftige Teilurteil des Arbeitsgerichts Bamberg vom 16.05.2007 – zwischen den Parteien unstrittig.

Der Beklagte befand sich im Annahmeverzug.

Die Klägerin hat zwar ihre Arbeitsleistung weder tatsächlich noch wörtlich angeboten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der das erkennende Gericht folgt, ist ein solches Angebot indes gemäß § 296 BGB entbehrlich, wenn der Arbeitgeber seine Mitwirkungshandlung, die darin besteht, dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zuzuweisen, nicht erbringt (vgl. Bundesarbeitsgericht – Urteil vom 13.07.2006 - 8 AZR 382/05 mwN).

Der Beklagte hat der Klägerin ab Dezember 2005 keinen Arbeitsplatz mehr zur Verfügung gestellt. Dies wird zum einen dadurch dokumentiert, dass sich der Beklagte auf den Standpunkt stellte, das Arbeitsverhältnis sei durch eine Kündigung vom 31.10.2005 zum 30.11.2005 beendet worden. Zum anderen ergibt sich dies daraus, dass der Beklagte die Klägerin zum 30.11.2005 bei der DAK K... abmeldete.

Dem Annahmeverzug des Beklagten steht nicht entgegen, dass die Klägerin im Dezember 2005 und zum Zeitpunkt der Erhebung der Feststellungsklage arbeitsunfähig erkrankt war. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der das erkennende Gericht folgt, treten die Verzugsfolgen des § 615 Satz 1 BGB nach unwirksamer Arbeitgeberkündigung unabhängig davon ein, ob der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer seine wiederge-

wonnene Arbeitsfähigkeit dem Arbeitgeber anzeigt (vgl. Bundesarbeitsgericht – Urteil vom 24.11.1994 – 2 AZR 179/94).

Die Klägerin hat daher Anspruch auf die Vergütung, die sie erzielt hätte, hätte der Beklagte sie vertragsgemäß beschäftigt.

Nach § 615 Satz 2 BGB ist auf die Vergütungsansprüche allerdings das anzurechnen, was die Klägerin sich dadurch an Aufwendungen erspart hat, dass sie nicht gearbeitet hat. Bei den in § 615 Satz 2 BGB genannten ersparten Aufwendungen handelt es sich um solche Aufwendungen, die dem Arbeitnehmer im Falle der Weiterarbeit entstanden wären. Hierzu gehören typischerweise Fahrtkosten für die Anfahrt zum Arbeitsplatz (vgl. auch Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, RdNr. 19 zu § 615).

Es fielen für die Klägerin, solange der Beklagte sie nicht beschäftigte, keine Fahrtkosten für die Anfahrt von ihrer Wohnung zum Arbeitsplatz an.

Entsprechend § 615 Satz 2 BGB hat das Erstgericht demgemäß von der Klageforderung für den streitgegenständlichen Zeitraum 2.617,50 € in Abzug gebracht.

Ein Abzug wäre allerdings nicht vorzunehmen, wenn im vorliegenden Fall § 11 KSchG anzuwenden wäre.

§ 11 KSchG stellt wie § 615 Satz 2 BGB eine Anrechnungsbestimmung dar, die indes anders als § 615 Satz 2 BGB keine Anrechnung ersparter Aufwendungen vorsieht. Vielmehr sind nach § 11 KSchG anzurechnen der tatsächliche anderweitige Verdienst (§ 11 Ziffer 1 KSchG), der fiktive Verdienst (§ 11 Ziffer 2 KSchG) sowie bestimmte öffentlichrechtliche Leistungen (§ 11 Ziffer 3 KSchG).

§ 11 KSchG ist für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist maßgebend. Die Vorschrift verdrängt als *lex specialis* § 615 Satz 2 (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. Bundesarbeitsgericht – Urteil vom 25.10.2007 - 8 AZR 917/06). Hierzu gehören auch die Fälle, in denen der Arbeitgeber den Zugang der Kündigung nicht nachweisen kann.

§ 11 KSchG ist indes vorliegend gleichwohl nicht anzuwenden.

Gemäß § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG gelten die Regelungen des Ersten Abschnitts, dem § 11 angehört, nicht für Kleinbetriebe. Ausgenommen sind lediglich die §§ 4 bis 7 und § 13 Absatz 1 Satz 1 und 2 KSchG.

Kraft Gesetzes werden somit Arbeitnehmer, die in einem Kleinbetrieb tätig sind, schlechter behandelt als Arbeitnehmer, die in einem Betrieb beschäftigt sind, auf den das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden ist. Während die Arbeitnehmer eines Kleinbetriebs sich ersparte Aufwendungen auf den Verdienst anrechnen lassen müssen, ist dies bei Arbeitnehmern, die in einem Betrieb arbeiten, der unter das Kündigungsschutzgesetz fällt, nicht der Fall.

Nach ständiger Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts gebietet der allgemeine Gleichheitssatz, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Aus ihm ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Art. 3 Absatz 1 GG ist danach jedenfalls dann verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt (vgl. Bundesverfassungsgericht – Beschluss vom 17.11.2009 - 1 BvR 2192/05).

Gemessen an diesen Grundsätzen sieht das erkennende Gericht keinen Grund, der es gebietet oder auch nur als vertretbar erscheinen lässt, die Frage, ob Arbeitnehmer sich auf den Annahmeverzugslohn ersparte Aufwendungen anrechnen lassen müssen, in Abhängigkeit von der Größe des Betriebs, in dem sie beschäftigt sind, zu regeln.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits in seiner Entscheidung vom 27.01.1998 (1 BvL 15/87) mit der Kleinbetriebsklausel des § 23 Absatz 1 KSchG auseinandergesetzt. Dabei ging es allerdings um die Frage, ob es mit Art. 3 Absatz 1 GG zu vereinbaren sei, dass Arbeitnehmer, die in Kleinbetrieben tätig sind, vom Kündigungsschutz nach § 1 KSchG ausgeschlossen sind. Dies wurde bejaht. Die tragende Begründung hierfür war die Überlegung, dass bei enger persönlicher Zusammenarbeit, insbesondere persönlicher Mitarbeit des Arbeitgebers im Betrieb, sowie bei geringerer Finanzausstattung und Verwaltungskapazität des Unternehmens gute Gründe dafür sprächen, dem Arbeitgeber freiere Hand bei der Ausübung seines Kündigungsrechts einzuräumen, als ihm die allgemeinen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes erlauben.

Nach Auffassung des erkennenden Gerichts sind diese Gründe nicht geeignet, die unterschiedliche Regelung bei der Anrechnung ersparter Aufwendungen zu begründen. Gerade die geringere Verwaltungskapazität kleinerer Betriebe spricht dagegen, die Abrechnung der Annahmeverzugsansprüche auch noch bezüglich der ersparten Aufwendungen zu komplizieren.

Die geringere Finanzausstattung rechtfertigt die unterschiedliche Behandlung ebenfalls nicht. Ob der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Erbringung der Arbeitsleistung Aufwendung hat, berührt das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber nicht. Insbesondere wirken sich etwaige Aufwendungen des Arbeitnehmers nicht auf die Arbeitsvergütung aus, sondern werden in aller Regel im Rahmen der steuerlichen Behandlung des Einkommens vom Arbeitnehmer als abzugsfähige Werbungskosten geltend gemacht.

Warum dies im Fall des Annahmeverzugs zu einer Minderung des Arbeitslohnes führen soll, ist ohnehin nicht ohne weiteres nachzuvollziehen.

Die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, § 11 KSchG anders zu regeln als § 615 Satz 2 BGB, stellen ebenfalls keinen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung dar. Der Regierungsentwurf zum Gesetz von 1951 hatte zunächst ebenfalls eine Anrechnungspflicht vorgesehen. Der zuständige Ausschuss des Bundestags hat aber im Hinblick auf die Geringfügigkeit der in Betracht kommenden Beträge diese Vorschrift gestrichen, um „nicht kleinlich zu verfahren“ (vgl. Hueck/v.Hoyningen-Huene, Kündigungsschutzgesetz, 14. Auflage, RdNr. 48 zu § 11).

Diese Überlegung trifft auch für Kleinbetriebe zu.

Nach Ansicht des erkennenden Gerichts ist daher die Regelung des § 615 Satz 2 BGB wegen Verstoßes gegen Art. 3 Absatz 1 GG verfassungswidrig.

Eine verfassungskonforme Auslegung kommt nicht in Betracht. Der Richter darf insbesondere eindeutige Entscheidungen des Gesetzgebers nicht durch eigene rechtspolitische Vorstellungen verändern.



Der eindeutige Wortlaut des § 615 Satz 2 BGB lässt eine Auslegung dahingehend, die ersparten Aufwendungen nicht anzurechnen, nicht zu.

Auch eine analoge Anwendung des § 11 KSchG scheidet wegen der ausdrücklichen Regelung in § 23 Absatz 1 Satz 1 KSchG aus.

Das erkennende Gericht ist nicht befugt, selbst die Verfassungswidrigkeit des § 615 Satz 2 BGB festzustellen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist Art. 100 Absatz 1 GG dahingehend auszulegen, dass dem Bundesverfassungsgericht lediglich für Gesetze, die nach Inkrafttreten des GG verkündet worden sind, ein Verwerfungsmonopol zukommt. Hingegen ist Art. 100 Absatz 1 GG grundsätzlich nicht auf vorkonstitutionelle Gesetze iSd § 123 GG anwendbar. Dabei stehen solche vorkonstitutionellen Gesetze den nachkonstitutionellen Normen gleich, die der Gesetzgeber nach Inkrafttreten des Grundgesetzes in seinen Willen aufgenommen hat (vgl. Bundesverfassungsgericht - Beschluss vom 21.12.1997 - 2 BvL 6/95).

Danach ist eine vorkonstitutionelle Norm in den Willen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers dann aufgenommen, wenn dieser seinen konkreten Bestätigungswillen im Gesetz selbst zu erkennen gibt oder sich ein solcher Wille aus dem engen sachlichen Zusammenhang zwischen unveränderten und geänderten Normen objektiv erschließen lässt. Das ist insbesondere anzunehmen, wenn die alte Norm als Gesetz neu verkündet wird, eine neue (nachkonstitutionelle) Norm auf die alte Norm verweist oder ein begrenztes und überschaubares Rechtsgebiet durchgreifend geändert wird und ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen veränderten und unveränderten Normen besteht (vgl. Bundesverfassungsgericht – Beschluss vom 22.02.1983 - 1 BvL 17/81 mwN).

Gemessen an diesen Grundsätzen stellt § 615 Satz 2 BGB nachkonstitutionelles Recht dar.

Zwar ist das Bürgerliche Gesetzbuch ohne Zweifel vorkonstitutionelles Recht. Der Gesetzgeber hat § 615 BGB indes durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit Wirkung ab 01.01.2002 um den Satz 3 ergänzt. Zu diesem Zeitpunkt bestand auch § 11 KSchG. Der Gesetzgeber hat die Änderung des § 615 BGB nicht zum Anlass genommen, eine Angleichung

der beiden einander widersprechenden Normen vorzunehmen. Damit hat er die Geltung des § 615 Satz 2 BGB bestätigt.

Der Rechtsstreit war daher gemäß Art. 100 Absatz 1 GG auszusetzen und die Frage, ob § 615 Satz 2 BGB verfassungswidrig ist, dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen.

Weißenfels  
Vorsitzender Richter  
am Landesarbeitsgericht

Bachmann  
Ehrenamtlicher  
Richter

Ziegler  
Ehrenamtlicher  
Richter