

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 29. März 2023
- 5 AZR 255/22 -
ECLI:DE:BAG:2023:290323.U.5AZR255.22.0

I. Arbeitsgericht Leipzig

Urteil vom 24. Juli 2020
- 12 Ca 3662/19 -

II. Sächsisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 1. November 2021
- 1 Sa 330/20 -

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Leistungswille - Prozessbeschäftigung

Leitsatz:

Lehnt der Arbeitnehmer es ab, für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses bei seinem bisherigen Arbeitgeber weiterzuarbeiten, indiziert dies alleine nicht fehlenden Leistungswillen iSd. § 297 BGB. Die möglichen Rechtsfolgen der Ablehnung einer Prozessbeschäftigung richten sich ausschließlich nach § 11 Nr. 2 KSchG.

Hinweis des Senats:

Aufgabe von BAG 17. August 2011 - 5 AZR 251/10 - Rn. 16

BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 255/22

1 Sa 330/20

Sächsisches

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

29. März 2023

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. März 2023 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie die ehrenamtliche Richterin Teichfuß und den ehrenamtlichen Richter Zimmer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 1. November 2021 - 1 Sa 330/20 - aufgehoben, soweit es zum Streitgegenstand Vergütung wegen Annahmeverzugs die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 24. Juli 2020 - 12 Ca 3662/19 - zurückgewiesen hat.
2. Das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 24. Juli 2020 - 12 Ca 3662/19 - wird in Ziff. 2 abgeändert, soweit es im Übrigen die Klage abgewiesen hat, und die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.234,86 Euro brutto abzüglich 7.891,65 Euro netto (erhaltenes Arbeitslosengeld) nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.663,71 Euro seit dem 4. Januar 2020 und aus jeweils 3.226,50 Euro seit dem 4. Februar 2020, dem 4. März 2020 und dem 4. April 2020 zu zahlen.
3. Die Beklagte hat die Kosten der Revision und die erstinstanzlichen Kosten zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 1/3 und die Beklagte 2/3.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs. 1

Der Kläger war seit dem 16. August 2018 bei der Beklagten, die einen Kleinbetrieb iSd. § 23 Abs. 1 KSchG betreibt, als „Chief Technology Officer“ beschäftigt und hat 5.250,00 Euro brutto monatlich verdient. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2019 sprach die Beklagte eine fristlose Änderungskündigung aus, mit der sie dem Kläger eine Tätigkeit als Softwareentwickler gegen eine auf 3.750,00 Euro brutto monatlich verminderte Vergütung anbot. Außerdem sollte die arbeitsvertragliche Verpflichtung der Beklagten, das Arbeitsverhältnis für die Dauer von zwei Jahren nicht ordentlich zu kündigen, aufgehoben werden. Weiter heißt es in dem Kündigungsschreiben: 2

„Im Falle der Ablehnung der außerordentlichen Kündigung durch Sie (also im Falle, dass Sie von einem unaufgelösten Arbeitsverhältnis ausgehen) oder im Falle der Annahme des folgenden Angebots erwarten wir Sie am 05.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt.“

Der Kläger erschien nicht zur Arbeit und lehnte das Änderungsangebot mit Schreiben seines späteren Prozessbevollmächtigten vom 5. Dezember 2019 ab. Mit einem an diesen gerichteten Schreiben vom 9. Dezember 2019 begründete der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten die Änderungskündigung und stützte sie auf rund 40 Seiten auf das Verhalten des Klägers. Dabei warf er dem Kläger ua. vor, geschäftsschädigend die im Unternehmen bestehende „Wohlfühlatmosphäre“ zu gefährden und potentiell zu zerstören, einen „Drang nach übermäßiger Aufmerksamkeit und Anerkennung“ zu haben, ein Verhalten, das „treuwidrig und damit verwerflich“ sei. Es fehle ihm an „Kompromissfindungsfähigkeit“ und er schrecke auch vor einer vorsätzlichen Schädigung der Beklagten nicht zurück. Seine Weiterbeschäftigung sei der Beklagten unzumutbar. Dass sie nur eine Änderungskündigung und nicht „die gebotene ... Beendigungskündigung“ ausgesprochen habe, rühre nicht daher, dass „das Arbeitsverhältnis nicht etwa genügend unerträglich für eine außerordentliche Beendigungskündigung sei“, sondern der Kläger stehe unter „dem dringenden Verdacht, ... den Gerichtsprozess zu provozieren, um so für die Zeit des Gerichtsprozesses (am liebsten pauschaliert als Abfindung oder bezahlte Freistellung) den Profit des monatelangen bezahlten Urlaubs zu erhalten“.

3

Weil der Kläger nicht weiterarbeitete, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 14. Dezember 2019 erneut, und zwar „außerordentlich zum 17.12.2019 um 12:00 Uhr MEZ“. Ferner wies sie darauf hin, „im Falle der Ablehnung dieser außerordentlichen Kündigung“ erwarte sie den Kläger „am 17.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ“ zum Arbeitsantritt. Dem leistete der Kläger wiederum nicht Folge. In dem von ihm anhängig gemachten Kündigungsschutzprozess wurde rechtskräftig festgestellt, dass beide Kündigungen das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst haben.

4

Nachdem die Beklagte für Dezember 2019 nur noch eine Vergütung von 765,14 Euro brutto zahlte und der Kläger erst zum 1. April 2020 in einem neuen Arbeitsverhältnis stand, hat er - klagerweiternd im Kündigungsschutzprozess - Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs erhoben, mit der er Zahlung des arbeitsvertraglich vereinbarten Gehalts abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes bis zum Antritt der neuen Beschäftigung verlangt hat. Er hat gemeint, die Beklagte habe sich im Streitzeitraum aufgrund ihrer unwirksamen Kündigungen im Annahmeverzug befunden. Eine Weiterarbeit bei der Beklagten sei ihm, sofern die Beklagte dies überhaupt ernsthaft angeboten habe, nicht zuzumuten gewesen. Die Beklagte habe ihm zur Begründung ihrer Kündigungen in umfangreichen Ausführungen zu Unrecht mannigfaches Fehlverhalten vorgeworfen und seine Person herabgewürdigt. Sie habe zudem ihrerseits geltend gemacht, eine Weiterbeschäftigung des Klägers sei ihr unzumutbar. 5

Der Kläger hat sinngemäß beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 20.234,86 Euro brutto abzüglich 7.891,65 Euro netto (erhaltenes Arbeitslosengeld) nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.663,71 Euro seit dem 4. Januar 2020 und aus jeweils 3.226,50 Euro seit dem 4. Februar 2020, dem 4. März 2020 und dem 4. April 2020 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, sie habe sich nicht im Annahmeverzug befunden, weil der Kläger nicht bei ihr weitergearbeitet habe. Der Kläger sei selbst von der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ausgegangen, weil er im Kündigungsschutzprozess einen Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung gestellt habe. 7

Das Arbeitsgericht hat die Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und angenommen, der Kläger sei im Streitzeitraum nicht leistungswillig iSd. § 297 BGB gewesen. Mit der vom Senat nachträglich zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt. Sie hat in der Revisionsverhandlung ferner zu Protokoll erklärt, sie verfolge ihre - in der Berufungsinstanz widerklagend 8

erhobene und dort zuletzt hilfsweise beantragte - Auskunftsklage über im Streitzeitraum erzielten anderweitigen Verdienst, Anbahnungsversuche bei potentiellen Arbeitgebern und Stellenangeboten seitens des Jobcenters nicht weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das die Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs abweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht zurückgewiesen. Die zulässige Klage ist begründet. Der Kläger hat für den Streitzeitraum Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs, § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB, soweit dieser nicht wegen des Bezugs von Arbeitslosengeld nach § 115 Abs. 1 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen ist. Dass er nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigungen nicht bei der Beklagten weitergearbeitet hat, indiziert weder fehlenden Leistungswillen, § 297 BGB, noch führt es zur Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 2 KSchG. 9

I. Die Klage ist insgesamt zulässig. 10

Soweit der Kläger Annahmeverzugsvergütung für den Monat März 2020 erstmals mit der Berufungsbegründung anhängig machte, hat das Landesarbeitsgericht die Voraussetzungen für eine Klageerweiterung in der Berufungsinstanz ausdrücklich bejaht und über sie entschieden. Deshalb ist in der Revisionsinstanz in entsprechender Anwendung von § 268 ZPO nicht mehr zu überprüfen, ob eine Klageänderung vorliegt und ob diese die Voraussetzungen des § 533 ZPO erfüllt (*st. Rspr., vgl. BAG 3. Mai 2022 - 3 AZR 472/21 - Rn. 29; 12. Oktober 2022 - 5 AZR 135/22 - Rn. 13*). 11

II. Die Klage ist begründet. 12

1. Nach ständiger Rechtsprechung gerät der unwirksam kündigende Arbeitgeber gemäß §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug, ohne dass es eines - auch nur 13

wörtlichen - Arbeitsangebots des Arbeitnehmers bedarf (vgl. nur BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 11; 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 15; 13. Juli 2022 - 5 AZR 498/21 - Rn. 23, jeweils mwN). Denn in der Kündigung des Arbeitgebers liegt zugleich die Erklärung, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. bei der fristlosen Kündigung nach deren Zugang nicht mehr anzunehmen (BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 32, BAGE 161, 198).

2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, im Streitfall scheidere Annahmeverzug jedoch am fehlenden Leistungswillen des Klägers, ist rechtsfehlerhaft. 14

a) Zwar trifft es grundsätzlich zu, dass der Arbeitgeber unbeschadet der sonstigen Voraussetzungen nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug gerät, wenn der Arbeitnehmer außer Stande ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken. Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Arbeitnehmers sind vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen (st. Rspr., vgl. nur BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 18 mwN). Denn der leistungsunwillige Arbeitnehmer setzt sich selbst außer Stande, die Arbeitsleistung zu bewirken. Weil er bei der Berufung auf die Leistungsunfähigkeit oder die Leistungsunwilligkeit eine Einwendung erhebt, trägt der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer im Streitzeitraum zur Leistung objektiv außer Stande oder subjektiv nicht bereit war. Dazu reicht es zunächst aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen auf die Leistungsunfähigkeit oder Leistungsunwilligkeit des Arbeitnehmers geschlossen werden kann (sh. zum Ganzen BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 543/20 - Rn. 11 f.; 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 15 ff.; 13. Juli 2022 - 5 AZR 498/21 - Rn. 28 f., jeweils mwN). 15

b) Doch hat das Landesarbeitsgericht verkannt, dass nach bisheriger Rechtsprechung des Senats fehlender Leistungswille iSd. § 297 BGB nicht stets dann indiziert ist, wenn der Arbeitnehmer sich weigert, bei dem kündigenden Arbeitgeber nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. dem Zugang einer fristlosen 16

Kündigung weiterzuarbeiten. Vielmehr sei ein entsprechender Rückschluss nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer ein Angebot des Arbeitgebers ablehne, das trotz Aufrechterhaltung der Kündigung auf eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen gerichtet und dessen Annahme auch sonst zumutbar ist (*BAG 17. August 2011 - 5 AZR 251/10 - Rn. 16; zust. etwa ErfK/Preis 23. Aufl. BGB § 615 Rn. 47; HWK/Krause 10. Aufl. § 615 BGB Rn. 47; MüKoBGB/Henssler 9. Aufl. BGB § 615 Rn. 48; Staudinger/Fischinger [2022] § 615 Rn. 92; BeckOK ArbR/Joussen Stand 1. Dezember 2022 BGB § 615 Rn. 34 f.; krit. zB KR/Spilger 13. Aufl. § 11 KSchG Rn. 29; BeckOGK/Bieder Stand 1. Juli 2022 BGB § 615 Rn. 59.3; Boemke JuS 2006, 287, 288*). Ob es dem Kläger zumutbar war, im Streitzeitraum bei der Beklagten trotz deren Festhalten an den außerordentlichen Kündigungen weiterzuarbeiten, hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft nicht geprüft.

3. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil der maßgebliche Sachverhalt festgestellt und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Nach den zuletzt gestellten Anträgen ist die Klage begründet, § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB. 17

a) Mit ihrer in beide Kündigungsschreiben aufgenommenen Aufforderung, „im Falle der Ablehnung der außerordentlichen Kündigung“ erwarte sie den Kläger zu bestimmten Zeitpunkten „zum Arbeitsantritt“, hat die Beklagte dem Kläger kein ernstgemeintes Angebot zu einer Prozessbeschäftigung unterbreitet. Bei dieser Erklärung der Beklagten handelt es sich zwar um eine Individualerklärung, deren Auslegung grundsätzlich Aufgabe des Berufungsgerichts ist. Die unterlassene Auslegung der Erklärung kann der Senat jedoch selbst vornehmen, weil die maßgeblichen Tatsachen festgestellt sind und weiterer Vortrag - wie die mündliche Verhandlung vor dem Senat ergeben hat - nicht zu erwarten ist (*BAG 22. Juni 2022 - 4 AZR 440/21 - Rn. 59*). Danach spricht wegen des widersprüchlichen Verhaltens der Beklagten eine tatsächliche Vermutung für die fehlende Ernst- 18

haftigkeit ihres Angebots einer Prozessbeschäftigung. Diese hat die Beklagte durch die Begründung ihrer Kündigungen bestätigt.

aa) Wie der Leistungswille des Arbeitnehmers ist der Beschäftigungswille des Arbeitgebers eine innere Tatsache. Ebenso wie für den Leistungswillen ein bloßes „Lippenbekenntnis“ des Arbeitnehmers regelmäßig nicht ausreicht (*BAG 13. Juli 2022 - 5 AZR 498/21 - Rn. 28 mwN*), kann der Arbeitgeber Annahmeverzug nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung nicht dadurch vermeiden, dass er dem Arbeitnehmer formaliter eine Prozessbeschäftigung andient, ohne dass sein wirklicher Wille (§ 133 BGB) tatsächlich auf eine solche Beschäftigung trotz Festhaltens an der erklärten Kündigung gerichtet ist (*vgl. zum Erfordernis eines dort so genannten „echten“ Angebots schon BAG 21. Mai 1981 - 2 AZR 95/79 - zu B II 1 c der Gründe, BAGE 35, 324*). Der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund nach § 626 Abs. 1 BGB verhaltensbedingt fristlos kündigt, weil ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht länger zumutbar erscheint, kann in der Regel - ohne von einem arbeitsgerichtlichen Urteil dazu gezwungen zu sein - nicht ernsthaft den weiteren Vollzug des Arbeitsverhältnisses wollen mit dem Risiko, damit - wie im Streitfall im Kündigungsschutzprozess geschehen - die behauptete Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung selbst zu widerlegen.

bb) Davon ausgehend hat die Beklagte dem Kläger nach dem Ausspruch ihrer unwirksamen verhaltensbedingten fristlosen Kündigungen nicht ernsthaft eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen angeboten. Es ist weder ersichtlich noch dargetan, wie sich angesichts der von ihr gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe und der von ihr reklamierten Unzumutbarkeit von dessen Weiterbeschäftigung eine - auch nur vorübergehend für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses - den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit gestalten sollte.

(1) Die Beklagte hat zur Begründung ihrer außerordentlichen Änderungskündigung vorprozessual im Schreiben vom 9. Dezember 2019 - neben den im Tatbestand exemplarisch aufgeführten Äußerungen (*Rn. 3*) - dem Kläger um-

fangreich mannigfaches Fehlverhalten vorgeworfen, das ihr eine Weiterbeschäftigung unzumutbar mache. Sie hat dabei den Kläger - ua. - als Hochstapler beschrieben, der ein Arbeitsergebnis anstrebe, das kurzfristig beeindrucke, aber unvollständig und nicht durchdacht sei. Ferner hat die Beklagte beim Kläger einen „Drang nach übermäßiger Aufmerksamkeit und Anerkennung“ vermutet und ihm unterstellt, er versuche, „eine Illusion einer höheren Kompetenz aufrecht zu erhalten“ als sie tatsächlich vorliege. Der Kläger rede viel, ohne zu einem Ergebnis zu kommen, aus seinem Verhalten ergebe sich seine „mangelnde Kommissfindungsfähigkeit“. Er habe gezeigt, dass er vor vorsätzlicher Schädigung der Beklagten nicht zurückschrecke und verantwortungslos sei. So habe er für seine Elternzeit keine Vertretungsregelung getroffen und seine Rückkehr nach der Elternzeit nicht vorausschauend geplant.

(2) Im Kündigungsschutzprozess, den sie erstinstanzlich ohne anwaltliche Hilfe führte, hat die Beklagte daran festgehalten und umfangreich zu schildern versucht, aus welchen Gründen ihr eine Weiterbeschäftigung des Klägers unzumutbar sei. Ihr „Angebot“ einer Prozessbeschäftigung diene offenbar allein ihrem mehrfach bekundeten Bestreben, die Zahlung von Annahmeverzugsvergütung zu vermeiden. Diese „Taktik“ bestätigt die Beklagte letztlich auch in ihrem Schriftsatz vom 29. März 2020 (*dort S. 41 unter Rn. 391*), wenn sie ausführt, sie habe sich „durch die Existenz des Missbrauchspotentials von § 615 BGB“ zu diesem Angebot gezwungen gesehen, um „mit der erwartbaren Reaktion des Klägers das finanzielle Risiko des Kündigungsschutzprozesses zu mindern“, was aber nicht bedeute, dass ihr eine Weiterbeschäftigung des Klägers zumutbar gewesen wäre. 22

b) Selbst wenn die Beklagte dem Kläger im Zusammenhang mit ihren unwirksamen Kündigungen ein ernstgemeintes Angebot für eine Prozessbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen gemacht hätte, indizierte deren Ablehnung nicht Leistungsunwilligkeit des Klägers iSd. § 297 BGB. 23

aa) Der nach § 297 BGB für den Annahmeverzug des Arbeitgebers erforderliche Leistungswille des Arbeitnehmers bezieht sich auf die von ihm iSv. § 294 24

BGB zu bewirkende Arbeitsleistung (*st. Rspr., vgl. nur BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 16 mwN*) und damit auf die Arbeitsleistung im ungekündigten Arbeitsverhältnis. Der unwirksam kündigende Arbeitgeber will aber, solange er an der Kündigung festhält, bei einer Prozessbeschäftigung die Arbeitsleistung nicht als die arbeitsvertraglich geschuldete entgegennehmen, sondern lediglich das finanzielle Risiko eines Unterliegens im Kündigungsschutzprozess mindern, indem er - wenn schon im Annahmeverzug - zumindest eine „Gegenleistung“ des Arbeitnehmers einfordert. Zur Beendigung des Annahmeverzugs muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Arbeit auffordern und dies mit der Erklärung verbinden, dass er die Arbeitsleistung als Erfüllung des fortbestehenden Arbeitsvertrags annimmt. Deshalb endet der Annahmeverzug nicht, wenn der Arbeitgeber bei seiner Arbeitsaufforderung die Kündigung aufrechterhält (*so schon zB BAG 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - Rn. 16*), er muss vielmehr gegenüber dem Arbeitnehmer unmissverständlich klarstellen, zu Unrecht gekündigt zu haben (*vgl. BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 32, BAGE 161, 198; 19. September 2012 - 5 AZR 627/11 - Rn. 30, BAGE 143, 119*) und bereit sein, die Arbeitsleistung als Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrags entgegenzunehmen (*BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 13*).

bb) Daher lässt allein die Ablehnung einer Prozessbeschäftigung keinen Rückschluss darauf zu, ob der Arbeitnehmer bereit ist, die arbeitsvertraglich zu bewirkende Leistung zu erbringen, wenn der Arbeitgeber seinerseits nicht bereit ist, von seiner unwirksamen Kündigung Abstand zu nehmen und die Arbeitsleistung als Erfüllung aufgrund des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses anzunehmen (*BeckOGK/Bieder Stand 1. Juli 2022 BGB § 615 Rn. 59.3; krit. auch KR/Spilger 13. Aufl. § 11 KSchG Rn. 29; Boemke JuS 2006, 287, 288*). Um einen fehlenden Leistungswillen zu indizieren, müssen in einem solchen Fall weitere Umstände hinzukommen, etwa der, dass der Arbeitnehmer schon vor Ausspruch der unwirksamen Arbeitgeberkündigung leistungsunwillig war. Unabhängig davon, zu welchen Bedingungen der an seiner unwirksamen Kündigung festhaltende Arbeitgeber eine Prozessbeschäftigung (*zu den rechtlichen Gestaltungsformen einer Prozessbeschäftigung sh. BAG 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 17*) anbietet, indiziert die bloße Ablehnung eines solchen Angebots

25

nicht einen fehlenden Leistungswillen des Arbeitnehmers. Die möglichen Folgen einer solchen Ablehnung regelt vielmehr als *lex specialis* § 11 Nr. 2 KSchG, der abschließend die Voraussetzungen bestimmt, unter denen sich der Arbeitnehmer bei Obsiegen im Kündigungsschutzprozess auf die Annahmeverzugsvergütung anrechnen lassen muss, was er beim bisherigen oder einem neuen Arbeitgeber hätte verdienen können, aber böswillig unterlassen hat. Soweit der Senat in der Entscheidung vom 17. August 2011 (- 5 AZR 251/10 - Rn. 16) Gegenteiliges angenommen hat, wird daran nicht festgehalten.

c) Die Weigerung des Klägers, während des Kündigungsschutzprozesses bei der Beklagten weiterzuarbeiten, führt nicht zur Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG. Das kann der Senat trotz des dem Tatsachengericht bei der Beurteilung von „Zumutbarkeit“ und „Böswilligkeit“ zustehenden Beurteilungsspielraums (*dazu BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 18*) aufgrund der festgestellten bzw. unstreitigen Tatsachen selbst entscheiden (*vgl. BAG 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 20*). Weiterer, bisher nicht gehaltener Sachvortrag der Parteien ist nicht zu erwarten. 26

aa) Ein Arbeitnehmer unterlässt böswillig iSd. § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme bewusst verhindert. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, sie kann etwa ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen (*st. Rspr., zuletzt BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 14 mwN*). 27

- bb) Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses zu den bisherigen Bedingungen an, hängt die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer in erster Linie von der Art der Kündigung und ihrer Begründung sowie dem Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess ab. Handelt es sich um eine personen- oder betriebsbedingte Kündigung, ist dem Arbeitnehmer die vorläufige Weiterbeschäftigung in der Regel zumutbar. Wird eine Kündigung auf verhaltensbedingte Gründe gestützt, spricht dieser Umstand eher für die Unzumutbarkeit der vorläufigen Weiterarbeit für den Arbeitnehmer im Betrieb. Auch Art und Schwere der gegen den Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe können für ihn bereits die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit begründen (*vgl. BAG 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - zu B I 2 b bb der Gründe*). 28
- cc) Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen war es dem Kläger nicht zuzumuten, trotz der beiden außerordentlichen Kündigungen während des Kündigungsschutzprozesses bei der Beklagten weiterzuarbeiten. 29
- (1) Die Beklagte hat ihre fristlose Änderungskündigung im über 40 Seiten umfassenden Schreiben vom 9. Dezember 2019 auf - aus ihrer Sicht - mannigfaches Fehlverhalten des Klägers gestützt und daran auch später im Kündigungsschutzprozess mit umfangreichen schriftlichen Ausführungen des Geschäftsführers ihrer Komplementärin festgehalten. Dabei ist sie auch vor zahlreichen die Person des Klägers in unsachlicher Weise herabwürdigenden Formulierungen nicht zurückgeschreckt. Sie hat vorprozessual und im Kündigungsschutzprozess stets geltend gemacht, der Beklagten sei eine Weiterbeschäftigung des Klägers unzumutbar und das Vertrauensverhältnis „irreparabel zerstört“. Wie sich angesichts dessen eine - auch nur vorübergehende - den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit auf sachlicher Grundlage in dem Kleinbetrieb der Beklagten gestalten soll, hat die Beklagte nicht ansatzweise erläutert. Die in § 242 BGB gründende Obliegenheit des Arbeitnehmers, während des Kündigungsschutzprozesses unter Umständen auch beim kündigenden Arbeitgeber zu dessen finanzieller Entlastung arbeiten zu müssen, findet dort eine Grenze, wo der Arbeitgeber selbst in einer mit § 242 BGB nicht zu verein-

barenden Art und Weise sich widersprüchlich verhält, indem er im Bestreben, ein finanzielles Risiko zu vermeiden, Arbeitsleistung einfordert, obwohl er gleichzeitig schwere Vorwürfe gegen den gekündigten Arbeitnehmer erhebt und dessen Weiterbeschäftigung für unzumutbar hält.

(2) Entgegen der Auffassung der Beklagten, war dem Kläger eine Weiterbeschäftigung nicht schon deshalb zumutbar, weil er im Kündigungsschutzprozess zunächst einen - nicht näher begründeten und im Kammertermin beim Arbeitsgericht wieder zurückgenommenen - allgemeinen Weiterbeschäftigungsantrag gestellt hat (*zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch sh. grundlegend BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - BAGE 48, 122*). Dieser Antrag war auf die Prozessbeschäftigung nach - zumindest erstinstanzlich - festgestellter Unwirksamkeit der Kündigungen gerichtet. Nur wenn der Kläger zu diesem Zeitpunkt die Weiterbeschäftigung abgelehnt hätte, hätte er sich seinerseits widersprüchlich verhalten. Hier ging es indes um die Weiterbeschäftigung in der Zeit bis zur erstinstanzlichen Entscheidung. Es macht einen Unterschied, ob der Arbeitnehmer trotz der gegen ihn im Rahmen einer verhaltensbedingten Kündigung erhobenen (gravierenden) Vorwürfe - noch dazu in einem Kleinbetrieb wie der Beklagten - weiterarbeiten soll oder er nach erstinstanzlichem Obsiegen im Kündigungsschutzprozess gleichsam „rehabilitiert“ in den Betrieb zurückkehren kann.

dd) Der Kläger ist im Streitzeitraum auch nicht böswillig anderweitig untätig iSd. § 11 Nr. 2 KSchG geblieben. Er hat sich gemäß seiner in § 38 Abs. 1 SGB III geregelten sozialrechtlichen Pflicht arbeitslos gemeldet (*zur Bedeutung dieser Pflicht im Rahmen des § 11 Nr. 2 KSchG sh. BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 22 mwN*). Dies hat der Kläger durch die Vorlage des Bescheids über die Gewährung von Arbeitslosengeld belegt und die Beklagte in den Tatsacheninstanzen auch nicht bestritten. Darüber hinaus hat er in Reaktion auf die Widerklage der Beklagten in der Berufungsinstanz Auskunft über die von ihm - neben der Meldung als arbeitsuchend - eingeschalteten Headhunter und die geführten Vorstellungsgespräche erteilt.

d) Der Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung ist nicht teilweise nach der arbeitsvertraglichen Ausschlussfristenregelung verfallen. 33

Die Klausel nimmt den gesetzlichen Mindestlohn nicht aus, obwohl dessen Geltendmachung nach § 3 Satz 1 MiLoG nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Damit verstößt sie gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist insgesamt unwirksam (*BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - Rn. 35 ff., BAGE 163, 282; seither gefestigte Rspr., sh. etwa BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 474/21 - Rn. 14*). Zudem hat der Kläger die erste Stufe der Ausschlussfrist mit der Kündigungsschutzklage für den gesamten Anspruchszeitraum gewahrt (*vgl. BAG 18. September 2019 - 5 AZR 240/18 - Rn. 41 mwN, BAGE 168, 25*). Die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung - zweite Stufe - begann nach der Klausel erst „nach rechtskräftiger Beendigung des Kündigungsschutzverfahrens“ zu laufen und wurde nicht versäumt. 34

III. Die Kosten der Revision und diejenigen des erstinstanzlichen Verfahrens hat die Beklagte nach § 91 Abs. 1 ZPO zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind wegen des dort zusätzlich anhängig gewesenen Auflösungsantrags des Klägers quotal zu teilen, § 92 Abs. 1 ZPO. 35

Linck

Bubach

Biebl

Teichfuß

Zimmer