

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 22. März 2017  
- 5 AZR 337/16 -  
ECLI:DE:BAG:2017:220317.U.5AZR337.16.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 7. April 2015  
- 14 Ca 323/14 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 24. Februar 2016  
- 6 Sa 31/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - unterlassener Zwischenverdienst

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 337/16

6 Sa 31/15  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
22. März 2017

## URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 22. März 2017 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl als Vorsitzenden, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Weber und Dr. Volk sowie

die ehrenamtliche Richterin Reinders und den ehrenamtlichen Richter Hepper für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 24. Februar 2016 - 6 Sa 31/15 - im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als es der Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 7. April 2015 - 14 Ca 323/14 - stattgegeben hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdiensts während des Annahmeverzugs. 1

Der 1951 geborene Kläger war seit Juni 2003 bei der Beklagten (in den Vorinstanzen Beklagte zu 1.) als Sachbearbeiter im Bereich Chartering/Operating beschäftigt. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38 Stunden erhielt er ein Bruttomonatsgehalt iHv. 6.000,00 Euro sowie monatlich pauschal weitere 376,00 Euro brutto, die die Beklagte für den Verzicht auf einen Dienstwagen zahlte (im Folgenden Kfz-Pauschale). Sein Urlaubsanspruch betrug jährlich 32 Arbeitstage. 2

Zum 1. November 2012 beauftragte die Beklagte die C GmbH & Co. KG (in den Vorinstanzen Beklagte zu 2., im Folgenden C) als externen Dienstleister mit der Wahrnehmung von Chartering-Aufgaben. Ab 1. April 2014 übernahm die C auch das operative Geschäft der Beklagten. 3

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30. April 2014. Am selben Tag bot die C dem Kläger den Abschluss eines Arbeitsvertrags zum 1. Mai 2014 an. Das bereits unterschriebene Vertragsangebot sah ua. eine Tätigkeit als Operator mit einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden, ein Bruttomonatsgehalt von 5.500,00 Euro, ein (anteiliges) 13. Monatsgehalt und ein im Mai jeden Jahres zahlbares Urlaubsgeld iHv. 650,10 Euro brutto vor. Der Urlaubsanspruch sollte jährlich 30 Arbeitstage betragen. 4

Der Kläger nahm das Vertragsangebot nicht an. In Gesprächen mit den Geschäftsführern der C hatte er erfolglos ua. die Anerkennung seiner bei der Beklagten bestehenden Betriebszugehörigkeit, einen Firmenwagen zur privaten Nutzung, eine Tätigkeitsbeschreibung und die Zahlung eines seiner bisherigen Vergütung entsprechenden Entgelts gefordert. 5

Für den Zeitraum 1. Mai bis 9. Oktober 2014 bezog der Kläger Arbeitslosengeld in einer Gesamthöhe von 12.694,56 Euro. 6

Das Arbeitsgericht Hamburg hat mit rechtskräftigem Urteil vom 10. Oktober 2014 (- 14 Ca 73/14 -) der am 18. Dezember 2013 eingereichten Kündigungsschutzklage des Klägers stattgegeben, die Beklagte zu seiner Weiterbeschäftigung als Sachbearbeiter Chartering/Operating verurteilt und einen hilfsweise gegen die C gerichteten Weiterbeschäftigungsantrag abgewiesen. 7

Mit Schreiben vom 13. Oktober 2014 erklärte die Beklagte gegenüber dem Kläger ua.: 8

„...“

nach unserem rechtlichen Dafürhalten hat das mit Ihnen ursprünglich bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung vom 11. Dezember 2013 rechtswirksam zum 30. April 2014 sein Ende gefunden.

Lediglich höchst vorsorglich kündigen wir ein etwaig noch mit Ihnen bestehendes Arbeitsverhältnis erneut ordentlich fristgerecht zum nächstmöglichen Termin. Dies ist nach unserer Berechnung der 28. Februar 2015. Die Kündigung vom 11. Dezember 2013 wird hiervon nicht berührt.

Darüber hinaus stellen wir Sie mit sofortiger Wirkung unter Anrechnung etwaig bestehender Urlaubs- sowie Freizeit- ausgleichsansprüche unwiderruflich von der Verrichtung der Arbeitsleistung frei.

...“

Für die Zeit ab dem 10. Oktober 2014 bis zur Beendigung des Arbeits- 9  
verhältnisses am 28. Februar 2015 zahlte die Beklagte an den Kläger das Brut-  
tomonatsgehalt, nicht aber die Kfz-Pauschale.

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger - soweit für die Revision noch 10  
von Bedeutung - Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 1. Mai  
2014 bis zum 28. Februar 2015 abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengelds  
verlangt. Angesichts der Ungewissheit über einen möglichen Betriebsteilüber-  
gang auf die C sei ihm die Annahme des von ihr unterbreiteten Vertragsange-  
bots nicht zumutbar gewesen.

Der Kläger hat - soweit die Klage in die Revisionsinstanz gelangt ist - 11  
zuletzt sinngemäß beantragt,  
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 35.560,00 Euro brutto  
abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengelds iHv.  
12.694,56 Euro zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger müsse 12  
sich den bei der C erzielbaren Verdienst anrechnen lassen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des 13  
Klägers hat das Landesarbeitsgericht dem Zahlungsantrag teilweise stattgege-  
ben und die Klage im Übrigen rechtskräftig abgewiesen. Mit ihrer vom Landes-  
arbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte - soweit die Klage in  
die Revisionsinstanz gelangt ist - ihren Klageabweisungsantrag weiter.

## Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Die Beklagte schuldet dem Kläger für die Zeit vom 1. Mai 2014 bis zum 28. Februar 2015 Vergütung wegen Annahmeverzugs. Entgegen der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts muss sich der Kläger einen Teil des Verdiensts anrechnen lassen, den er bei der C hätte erzielen können. Über die Höhe des verbleibenden Vergütungsanspruchs kann der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Dies führt, soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung verurteilt hat, zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 14

I. Der Kläger kann nach § 615 Satz 1, § 611 Abs. 1 iVm. §§ 293 ff. BGB von der Beklagten für den Zeitraum vom 1. Mai 2014 bis zum 28. Februar 2015 Vergütung wegen Annahmeverzugs abzüglich im Zeitraum 1. Mai bis 9. Oktober 2014 erhaltenen Arbeitslosengelds verlangen. Die Beklagte befand sich in diesem Zeitraum infolge ihrer unwirksamen Kündigung vom 11. Dezember 2013 im Annahmeverzug, ohne dass es eines tatsächlichen Angebots der Arbeitsleistung bedurft hätte (*st. Rspr., vgl. BAG 28. September 2016 - 5 AZR 224/16 - Rn. 17*). Darüber besteht zwischen den Parteien kein Streit. Mit der Revision verfolgt die Beklagte allein das Ziel der Anrechnung unterlassenen anderweitigen Verdiensts. 15

II. Auf die Vergütung wegen Annahmeverzugs muss sich der Kläger nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG einen Teil des Verdiensts anrechnen lassen, den er bei der C hätte erzielen können. 16

1. Besteht nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort, muss sich der Arbeitnehmer nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen (*zum Verhältnis der* 17

Norm zu § 615 Satz 2 BGB sh. BAG 16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - zu II 1 der Gründe, BAGE 111, 123; 24. Februar 2016 - 5 AZR 425/15 - Rn. 13, BAGE 154, 192). Der Arbeitnehmer unterlässt böswillig anderweitigen Verdienst, wenn er vorsätzlich ohne ausreichenden Grund Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird. Die vorsätzliche Untätigkeit muss vorwerfbar sein. Böswilligkeit setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen (BAG 11. Januar 2006 - 5 AZR 98/05 - Rn. 18, BAGE 116, 359). Es genügt das vorsätzliche außer Acht lassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbsarbeit. Fahrlässiges, auch grob fahrlässiges Verhalten reicht nicht aus (BAG 11. Januar 2006 - 5 AZR 98/05 - aaO; 16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - zu II 3 a der Gründe, aaO).

2. Der Kläger hat es, indem er das Arbeitsangebot der C vorbehaltlos ablehnte, böswillig unterlassen eine zumutbare Arbeit aufzunehmen. 18

a) § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG stellt - insoweit inhaltsgleich mit § 615 Satz 2 BGB - darauf ab, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG) die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit zumutbar ist. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Auch vertragsrechtliche Umstände sind zu berücksichtigen (st. Rspr., zB BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 15 mwN, BAGE 121, 133; 17. November 2011 - 5 AZR 564/10 - Rn. 17 mwN, BAGE 140, 42). 19

b) Bei den Merkmalen „Zumutbarkeit“ und „Böswilligkeit“ iSv. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, bei deren Anwendung dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt. Die Entscheidung ist durch das Bundesarbeitsgericht nur beschränkt überprüfbar. Dieser eingeschränkten Rechtskontrolle hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts (vgl. BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 14, BAGE 121, 133) 20

nicht stand. Das Landesarbeitsgericht ist bei der unter Bewertung der gesamten Umstände des konkreten Falls vorzunehmenden Interessenabwägung (vgl. BAG 11. Oktober 2006 - 5 AZR 754/05 - Rn. 24) hinsichtlich des Rechtsbegriffs Zumutbarkeit von einem unzutreffenden Maßstab ausgegangen. Der Senat kann die gebotene Interessenabwägung auf Grundlage der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen selbst vornehmen. Der erforderliche Sachverhalt ist vollständig festgestellt. Weiteres tatsächliches Vorbringen der Parteien ist nicht zu erwarten.

c) Dem Kläger war die Aufnahme einer Tätigkeit bei der C auf Grundlage des von ihr unterbreiteten Vertragsangebots „an sich“ zumutbar. 21

aa) Die Unzumutbarkeit der zu erledigenden Arbeit und der hierfür angebotenen Gegenleistung hat der Kläger nicht geltend gemacht. Er hat auch nicht eingewandt, seine Freiheit, den Arbeitsplatz zu wählen, sei beschränkt worden oder die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses mit C als Arbeitgeberin sei ihm unzumutbar gewesen, sondern im Gegenteil - erfolglos - eine Weiterbeschäftigung durch sie verlangt. Dem Kläger wäre die Annahme des Vertragsangebots auch nicht mit Rücksicht auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten unzumutbar gewesen. Es hätte ihm jederzeit frei gestanden, das durch Annahme des Vertragsangebots mit der C begründete Arbeitsverhältnis zu kündigen. 22

bb) Die Unzumutbarkeit ergibt sich auch nicht aus einer Verschlechterung der Vertragsbedingungen im Vergleich zu den im Arbeitsverhältnis mit der Beklagten geltenden. Die unterlassene Arbeit bei einem anderen Arbeitgeber als gesetzlicher Regelfall von § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG setzt notwendigerweise eine andere vertragliche Grundlage voraus (vgl. BAG 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 - Rn. 23, BAGE 124, 141; 17. November 2011 - 5 AZR 564/10 - Rn. 20, BAGE 140, 42). Die Unzumutbarkeit der Beschäftigung kann sich deshalb nur im Ausnahmefall aus schlechteren Vertragsbedingungen ergeben, wenn eine nicht allein auf eine ggf. eintretende Verminderung des Verdiensts abstellende Gesamtbetrachtung ergibt (vgl. BAG 11. Oktober 2006 - 5 AZR 23



754/05 - Rn. 26), dass die Abweichungen von den beim bisherigen Arbeitgeber geltenden Vertragsbedingungen nicht hinnehmbar sind (vgl. BAG 17. November 2011 - 5 AZR 564/10 - Rn. 18, aaO; 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 - Rn. 24, aaO). Anhaltspunkte hierfür hat der insoweit darlegungsbelastete Kläger (vgl. BAG 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - zu II 3 b dd der Gründe, BAGE 108, 27) nicht vorgetragen. Sie sind auch nicht ersichtlich.

d) Der objektiven Zumutbarkeit einer Beschäftigung bei der C steht die subjektive Befürchtung des Klägers nicht entgegen, mit Annahme des Vertragsangebots Rechtspositionen aus dem mit der Beklagten bestehenden Arbeitsverhältnis zu verlieren. 24

aa) § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG regelt nicht Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, sondern die nach anderen Maßstäben zu beurteilende Obliegenheit, aus Rücksichtnahme gegenüber dem Arbeitgeber einen zumutbaren Zwischenverdienst zu erzielen (vgl. BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 17, BAGE 121, 133). Die Vorschrift begründet keine Obliegenheit des Arbeitnehmers, eine endgültige Änderung des bestehenden Arbeitsvertrags zu akzeptieren (vgl. BAG 11. Januar 2006 - 5 AZR 98/05 - Rn. 24, BAGE 116, 359; 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 - Rn. 23, BAGE 124, 141). Der Arbeitnehmer muss auch nicht das Risiko in Kauf nehmen, im Falle eines Betriebsübergangs Rechte aus § 613a Abs. 1 BGB zu verlieren (zur Umgehung des § 613a BGB bei Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags mit dem Betriebserwerber BAG 25. Oktober 2012 - 8 AZR 572/11 - Rn. 33 mwN). 25

bb) Der Kläger durfte es jedoch angesichts der bestehenden Ungewissheit eines Betriebsübergangs nicht dabei bewenden lassen, das Vertragsangebot abzulehnen. 26

(1) Aus § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG kann nicht abgeleitet werden, der Arbeitnehmer dürfe in jedem Falle ein zumutbares Angebot abwarten. Geht es nicht um eine Arbeitsmöglichkeit beim bisherigen Arbeitgeber, darf er nicht untätig bleiben, wenn sich ihm eine realistische Arbeitsmöglichkeit bietet. Das kann die Abgabe von eigenen Angeboten mit einschließen (BAG 11. Januar 2006 27

- 5 AZR 98/05 - Rn. 18, BAGE 116, 359). Der Arbeitnehmer, der ein objektiv zumutbares Vertragsangebot eines anderen Arbeitgebers vorbehaltlos ablehnt, weil er einen Betriebsübergang für möglich hält und, bei Vertragsannahme, seine Rechte aus § 613a Abs. 1 BGB als gefährdet ansieht, handelt auf eigenes Risiko, wenn sich die Befürchtung einer Umgehung von § 613a Abs. 1 BGB mangels Vorliegen eines Betriebsübergangs als unzutreffend erweist (*vgl. zur Ablehnung eines im Zusammenhang mit einer Kündigung erklärten Änderungsangebots BAG 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 - Rn. 23, BAGE 124, 141*).

(2) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts traf danach nicht die C, die einen Betriebsübergang stets in Abrede stellte, sondern den Kläger, wollte er die Rechtsfolgen aus § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG vermeiden, die Initiativlast zur Unterbreitung eines Vertragsangebots, das seine sich möglicherweise aus § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ergebenden Rechte wahrte. 28

e) Die vorbehaltlose Ablehnung des Vertragsangebots ist dem Kläger vorzuwerfen. Er blieb, indem er es unterlassen hat der C einen Vertragsschluss unter Vorbehalt anzubieten, vorsätzlich ohne ausreichenden Grund untätig, obwohl ihm alle objektiven Umstände (Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolgen für den Arbeitgeber) bekannt waren (*vgl. BAG 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 88, 196; 16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - zu II 3 a der Gründe, BAGE 111, 123*). 29

3. Ob sich der Kläger anderweitig erzielbaren Verdienst im gesamten Streitzeitraum anrechnen lassen muss oder ob die Obliegenheit des Klägers, bei C anderweitigen Verdienst zu erzielen, mit Aufnahme der anteiligen Gehaltszahlungen durch die Beklagte entfiel, kann der Senat auf Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. 30

a) Das Landesarbeitsgericht hat - ausgehend von der vertretenen Rechtsauffassung konsequent - nicht festgestellt, zu welchem Zeitpunkt die Beklagte die Zahlung des Bruttomonatsgehalts an den Kläger wieder aufnahm. Ebenso wenig hat es die Begleitumstände der geleisteten Zahlungen festgestellt. Es ist nicht festgestellt, ob die Beklagte vorbehaltlos leistete und der Kläger als Zah- 31

lungsempfänger aufgrund von Erklärungen der Beklagten oder aufgrund der Begleitumstände der Zahlungen davon ausgehen konnte, die Leistungen der Beklagten dienten der endgültigen Erfüllung seiner Zahlungsansprüche und würden ihm im Zeitraum 10. Oktober 2014 bis 28. Februar 2015 oder jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Zahlungsaufnahme anrechnungsfrei verbleiben. Böswilliges Unterlassen iSv. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG könnte ihm in diesem Fall nicht vorgeworfen werden. Den Parteien ist deshalb im erneuten Berufungsverfahren Gelegenheit zu geben, zum Zeitpunkt und zu den Begleitumständen der Zahlung Stellung zu nehmen.

b) Für die - nach Feststellung des Zeitraums, in dem sich der Kläger hypothetischen Verdienst anrechnen lassen muss - erforderliche Vergleichsberechnung ist zunächst die Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste zu ermitteln. Dem ist das gegenüberzustellen, was der Kläger in der betreffenden Zeit zu erwerben böswillig unterlassen hat (*vgl. BAG 24. Februar 2016 - 5 AZR 425/15 - Rn. 15, BAGE 154, 192*). 32

c) Anzurechnen ist ausschließlich das, was der Kläger durch anderweitige Verwendung desjenigen Teils seiner Arbeitskraft hätte erwerben können, den er der Beklagten zur Verfügung zu stellen verpflichtet war. Gegenüberzustellen ist damit der Vergütungsanspruch für die Zeit, für welche Arbeitsleistungen zu erbringen waren, und der Verdienst, den er in dieser Zeit anderweitig hätte erwerben können. Der erzielbare Zwischenverdienst ist folglich in dem Umfang anzurechnen, wie er dem Verhältnis der bei der Beklagten ausgefallenen Arbeitszeit zu der bei Annahme zumutbarer Arbeit zu leistenden entspricht (*vgl. - zur Anrechnung tatsächlich erzielten Zwischenverdiensts - BAG 24. Februar 2016 - 5 AZR 425/15 - Rn. 16, BAGE 154, 192*). Unter Berücksichtigung der im angebotenen Arbeitsverhältnis vorgesehenen Arbeitszeit von 40 Wochenstunden ergibt sich für die bei der Beklagten ausgefallene Arbeitszeit von 38 Wochenstunden unter Einschluss des 13. Monatsgehalts ein erzielbares Monatsentgelt von 5.660,42 Euro brutto. Für Mai 2014 ist zudem das in Aussicht gestellte Urlaubsgeld hinzuzurechnen. 33

d) Zudem ist der wegen des Bezugs von Arbeitslosengeld im Zeitraum 1. Mai bis 9. Oktober 2014 nach § 115 Abs. 1 SGB X kraft Gesetzes auf die Bundesagentur für Arbeit erfolgte gesetzliche Forderungsübergang zu berücksichtigen. 34

Biebl

Weber

Volk

Die ehrenamtliche Richterin Reinders ist wegen Ablaufs der Amtszeit an der Unterschriftsleistung verhindert.

Hepper

Biebl