

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 2. Oktober 2018
- 5 AZR 376/17 -
ECLI:DE:BAG:2018:021018.U.5AZR376.17.0

I. Arbeitsgericht Stuttgart

Urteil vom 24. August 2016
- 19 Ca 7044/15 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 28. Juni 2017
- 2 Sa 56/16 -

Entscheidungsstichwort:

Fortbildungskosten eines Flugzeugführers für die Schulung auf anderen Flugmustern während Annahmeverzugs des Arbeitgebers

Leitsatz:

Bei der Anrechnung anderweitigen Verdienstes auf die Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 11 Nr. 1 KSchG können grundsätzlich die zur Erzielung des anderweitigen Verdienstes erforderlichen Aufwendungen von diesem in Abzug gebracht werden. Zu berücksichtigen sind Aufwendungen, die im Rahmen der vorhandenen Qualifikation des Arbeitnehmers zur Fortführung einer fachkundigen Erwerbstätigkeit erforderlich sind. Dagegen nicht berücksichtigungsfähig sind Aufwendungen, die die Qualifikation erhöhen, ohne dass hierfür ein Bedarf hinsichtlich der Ausübung der geschuldeten Tätigkeit bestünde.

BUNDEsarbeitsgericht



5 AZR 376/17

2 Sa 56/16

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

2. Oktober 2018

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

1.

Beklagter zu 2., Berufungsbeklagter zu 2. und Revisionskläger,

2.

Beklagte zu 1. und Berufungsbeklagte zu 1.,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2018 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie den ehrenamtlichen Richter Hepper und die ehrenamtliche Richterin Zorn für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten zu 2. wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 28. Juni 2017 - 2 Sa 56/16 - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen im Kostenauspruch und in Ziff. 2 aufgehoben und unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung im Übrigen dahin gehend abgeändert, dass der Beklagte zu 2. verurteilt wird, an den Kläger 2.485,49 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2015 zu zahlen.
2. Von den Kosten der Revision haben der Kläger 95 % und der Beklagte zu 2. 5 % zu tragen. Die gerichtlichen Kosten der Berufung haben der Kläger zu 62 % und der Beklagte zu 2. zu 38 % zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. im Berufungsverfahren hat der Kläger vollständig zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2. im Berufungsverfahren haben der Kläger zu 62 % und der Beklagte zu 2. zu 38 % zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten des Klägers im Berufungsverfahren haben der Beklagte zu 2. zu 38 % und der Kläger zu 62 % zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revision noch über Vergütung wegen Annahmeverzugs nach unwirksamer Kündigung. 1

Der Kläger war seit dem Jahr 2007 als Verkehrsflugzeugführer bei der C GmbH & Co. KG beschäftigt. Dort war er auf dem Flugzeugtyp Fokker 100 eingesetzt. Zum 1. September 2012 ging sein Arbeitsverhältnis im Wege eines 2

Betriebsübergangs auf die O GmbH über. Seine monatliche Grundvergütung betrug zuletzt 5.273,30 Euro brutto.

Über das Vermögen der O GmbH wurde aufgrund des Insolvenzantrags vom 27. Januar 2013 am 1. April 2013 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zu 2. zum Insolvenzverwalter bestimmt. Der Flugbetrieb bei der Insolvenzschuldnerin wurde im Januar 2013 eingestellt. Ende März 2013 zeigte der Beklagte zu 2. Masseunzulänglichkeit beim Insolvenzgericht an. Am 8. April 2013 erstattete der Beklagte zu 2. gegenüber der Bundesagentur für Arbeit eine Massenentlassungsanzeige für die Arbeitnehmer des sog. fliegenden Personals und kündigte mit Schreiben vom 9. April 2013 das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 30. Juni 2013 unter sofortiger unwiderruflicher Freistellung. Diese Kündigung bezeichnete der Beklagte zu 2. mit Schreiben vom 23. April 2013 als gegenstandslos und übersandte dem Kläger zugleich ein Kündigungsschreiben vom 22. April 2013, mit dem er das Arbeitsverhältnis zum 31. Juli 2013 kündigte und den Kläger unwiderruflich freistellte. Auf die gegen diese Kündigung erhobene Kündigungsschutzklage hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 20. Januar 2016 (- 6 AZR 601/14 - BAGE 154, 53) deren Unwirksamkeit wegen fehlender erneuter Massenentlassungsanzeige festgestellt. Der Beklagte zu 2. kündigte das Arbeitsverhältnis nochmals mit Schreiben vom 27. Oktober 2014 zum 31. Januar 2015. Diese Kündigung ist Gegenstand eines weiteren Kündigungsschutzverfahrens.

Ab dem 12. Juni 2014 war der Kläger bei einem anderen Arbeitgeber als Verkehrsflugzeugführer beschäftigt und erhielt dort bis zum 31. Januar 2015 Vergütung in Höhe von insgesamt 37.692,04 Euro brutto.

Der Kläger hat mit seiner Klage - soweit in der Revision von Relevanz - vom Beklagten zu 2. Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 12. Juni 2014 bis zum 31. Januar 2015 gefordert. Von dem in dieser Zeit erzielten Zwischenverdienst seien die angefallenen Aufwendungen für den Erwerb von Musterberechtigungen für die Flugzeugtypen Airbus A320 und Boeing 757/767 in Höhe von 22.070,00 Euro in Abzug zu bringen. Diese seien erforderlich gewesen, weil der bei der Insolvenzschuldnerin geflogene Flug-

zeugtyp Fokker 100 in Deutschland nicht mehr und im europäischen Luftverkehr nur sehr selten betrieben werde. Nur durch den von ihm selbst finanzierten Erwerb der Musterberechtigungen habe er einen neuen Arbeitsplatz gefunden. Zur Finanzierung der Aufwendungen habe er ein Darlehen in Höhe von 25.000,00 Euro aufgenommen. Sollten die Aufwendungen beim Zwischenverdienst nicht zu berücksichtigen sein, habe der Beklagte zu 2. den Darlehensbetrag nebst Zinsen zu erstatten.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - sinngemäß beantragt:

6

1. den Beklagten zu 2. zu verurteilen, an den Kläger
 - 3.264,43 Euro brutto abzüglich Zwischenverdienstes von 2.912,76 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. Juli 2014,
 - 5.273,30 Euro brutto abzüglich Zwischenverdienstes von 4.933,54 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. August 2014,
 - 5.273,30 Euro brutto abzüglich Zwischenverdienstes von 4.973,01 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. September 2014,
 - 5.273,30 Euro brutto abzüglich Zwischenverdienstes von 5.048,08 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. Oktober 2014,
 - 5.273,30 Euro brutto abzüglich Zwischenverdienstes von 5.138,69 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. November 2014,
 - 5.273,30 Euro brutto abzüglich Zwischenverdienstes von 4.906,06 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. Dezember 2014,
 - 5.273,30 Euro brutto abzüglich Zwischenverdienstes von 4.859,66 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. Januar 2015,
 - 5.273,30 Euro brutto abzüglich Zwischenverdienstes von 4.920,24 Euro brutto zuzüglich Zin-

sen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. Februar 2015 zu zahlen;

2. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1.,
den Beklagten zu 2. zu verurteilen, an den Kläger 25.000,00 Euro netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 6,95 % seit dem 5. April 2013 zu zahlen.

Der Beklagte zu 2. hat Klageabweisung beantragt. Er hat gemeint, die Ansprüche des Klägers seien Altmasseverbindlichkeiten iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO, weshalb kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Zahlungsklage bestehe. Der Kläger habe die von ihm behaupteten Aufwendungen zur Erzielung des anzurechnenden Zwischenverdienstes nicht getätigt. Jedenfalls würden etwaige Aufwendungen den Zwischenverdienst nicht mindern, weil diese ausschließlich der Fortbildung des Klägers gedient hätten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers - soweit in der Revision von Bedeutung - den Beklagten zu 2. unter Ziff. 2 des Urteilstenors verurteilt, „an den Kläger für den Zeitraum 12. Juni 2014 bis 31. Januar 2015 Vergütung aus Annahmeverzug iHv. 40.177,53 € brutto abzüglich des vom Kläger erzielten Zwischenverdienstes iHv. 37.692,04 € brutto zu zahlen, wovon die Aufwendungen des Klägers iHv. 23.433,10 € abzuziehen sind, zuzüglich Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. Februar 2015“. Unter Ziff. 5 der Urteilsformel hat es die Revision „für den Beklagten zu 2 bezüglich Ziff. 2 des Tenors zugelassen“. In den Entscheidungsgründen hat es ausgeführt, die Revision sei nur bezüglich der Abzugsfähigkeit der Aufwendungen des Klägers zuzulassen gewesen. Die gegen die Beklagte zu 1. gerichtete Klage hat das Landesarbeitsgericht mit der Begründung rechtskräftig abgewiesen, gegen diese bestehe kein Zahlungsanspruch, weil das Arbeitsverhältnis zu keinem Zeitpunkt auf sie übergegangen sei. Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte zu 2. seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Beklagten zu 2. ist überwiegend begründet. 9
Das Landesarbeitsgericht hat dem Kläger zwar zu Recht Annahmeverzugsvergütung unter Anrechnung des Zwischenverdienstes zugesprochen. Das Berufungsurteil kann jedoch keinen Bestand haben, soweit der anderweitige Verdienst des Klägers im Verzugszeitraum um die von ihm behaupteten Aufwendungen gemindert wurde. Anspruch auf Aufwendungsersatz hat der Kläger nicht.

I. Die Revision ist im Umfang der im Tenor des Berufungsurteils erfolgten Zulassung zulässig. 10

Nach § 72 Abs. 1 Satz 2 ArbGG iVm. § 64 Abs. 3a Satz 1 ArbGG ist die Entscheidung, ob die Revision zugelassen wird oder nicht, in den Urteilstenor aufzunehmen. Damit ist klargestellt, dass eine wirksame Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen nicht möglich ist (*BAG 10. Mai 2005 - 9 AZR 251/04 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 114, 313*). Eine im Tenor unbeschränkt ausgesprochene Zulassung der Revision kann in den Entscheidungsgründen auch nicht mehr wirksam eingeschränkt werden. Entsprechendes gilt für eine weitere Beschränkung einer nur beschränkt zugelassenen Revision (*BAG 5. November 2003 - 4 AZR 643/02 - zu I der Gründe, BAGE 108, 239*). Das Landesarbeitsgericht konnte damit die im Tenor erklärte Zulassung der Revision in den Entscheidungsgründen nicht noch weiter auf die Abzugsfähigkeit der Aufwendungen vom Zwischenverdienst beschränken. Diese weitere Einschränkung der Revisionszulassung ist unbeachtlich (*vgl. BAG 19. März 2003 - 5 AZN 751/02 - zu II der Gründe, BAGE 105, 308*). Insoweit bedurfte es deshalb entgegen der Auffassung des Klägers keiner Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten zu 2. 11

II. Die Revision ist nicht bereits wegen Unzulässigkeit der Berufung des Klägers aufgrund einer unzulässigen Klageänderung in der Berufungsinstanz begründet. Die diesbezügliche Verfahrensrüge des Beklagten zu 2. ist bereits 12

unzulässig, weil er nicht dargelegt hat, dass er in die von ihm als Klageänderung bewertete Änderung der Klageanträge nicht eingewilligt hat (§ 533 Nr. 1 ZPO). Der Beklagte zu 2. führt lediglich aus, er habe der Klageänderung nicht zugestimmt. Dies ist indes nicht ausreichend, weil hierdurch eine als Einwilligung zu behandelnde rügelose Einlassung (*dazu BAG 24. Juni 2008 - 9 AZR 514/07 - Rn. 13, BAGE 127, 95; BGH 6. Dezember 2004 - II ZR 394/02 - zu II 1 a der Gründe*) nicht ausgeschlossen ist. Unerheblich ist des Weiteren, ob die erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragenen Tatsachen zum erzielten Zwischenverdienst und zu den Aufwendungen des Klägers nach § 67 Abs. 2 und Abs. 3 ArbGG zuzulassen waren. Hat das Landesarbeitsgericht einen Vortrag trotz eventueller Verspätung nach § 67 Abs. 4 Satz 2 ArbGG zugelassen, ist der Senat hieran gebunden. Eine einmal eingetretene, aber vom Landesarbeitsgericht akzeptierte Verzögerung kann nicht mehr rückgängig gemacht werden (*BAG 17. Dezember 2015 - 8 AZR 421/14 - Rn. 44*).

III. Die Revision ist unbegründet, soweit sich der Beklagte zu 2. gegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts wendet, die Annahmeverzugsansprüche seien als Neumasseverbindlichkeiten iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 InsO mit einer Zahlungsklage zu verfolgen. 13

1. Die auf Zahlung von Annahmeverzugsvergütung im streitgegenständlichen Zeitraum gerichtete Leistungsklage ist zulässig. 14

Der Klage für die Zeit vom 12. Juni 2014 bis zum 31. Januar 2015 liegt die Annahme zugrunde, die streitbefangenen Ansprüche seien Neumasseverbindlichkeiten iSv. §§ 53, 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 InsO, die nicht den Vollstreckungsverboten des § 210 InsO und des § 123 Abs. 3 Satz 2 InsO unterfallen. Ergibt die rechtliche Prüfung, dass - wie die Revision meint - die erhobene Forderung tatsächlich im Rang einer Altmasseverbindlichkeit steht, ist die Klage jedoch nicht unzulässig, sondern unbegründet (*BAG 22. Februar 2018 - 6 AZR 95/17 - Rn. 10 mwN*). Auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis besteht. Der Beklagte zu 2. hat den Einwand der Neumasseunzulänglichkeit, bei dem auch die Neumassegläubiger ihre Ansprüche nur noch im Wege der 15

Feststellungsklage verfolgen können, nicht erhoben (*vgl. BAG 22. Februar 2018 - 6 AZR 868/16 - Rn. 10*).

2. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass es sich bei den Ansprüchen des Klägers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 BGB iVm. § 611 Abs. 1 BGB ab dem 12. Juni 2014 um Neumasseverbindlichkeiten iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 InsO handelt, die der Kläger im Wege der Leistungsklage gerichtlich geltend machen kann. 16

a) Die Ansprüche sind für die Zeit nach dem ersten Termin, zu dem der Beklagte zu 2. nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit kündigen konnte, entstanden. Sie sind daher so zu behandeln, als wären sie vom Beklagten zu 2. nach der Anzeige neu begründet worden. Unerheblich ist, dass dieser mit der Kündigung vom 22. April 2013 vergeblich versucht hat, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Diese Kündigung war zwar rechtzeitig iSv. § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO erklärt. Gleichwohl gelten die Annahmeverzugsansprüche, die für die Zeit nach diesem Termin bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden sind, gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO als Neumasseverbindlichkeiten iSv. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO, weil die Kündigung wegen Verstoßes gegen § 17 KSchG unwirksam war (*vgl. BAG 22. Februar 2018 - 6 AZR 868/16 - Rn. 11*). 17

aa) Ist die Kündigung, die der Insolvenzverwalter erstmals nach der Anzeige rechtzeitig ausspricht, unwirksam, sind Annahmeverzugsansprüche, die für die Zeit nach dem Termin entstehen, zu dem das Arbeitsverhältnis nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit frühestmöglich hätte beendet werden können, Neumasseverbindlichkeiten. § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO fingiert für Annahmeverzugsansprüche, die für die Zeit nach dem ersten Termin entstehen, zu dem der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit „kündigen konnte“, den Rang einer Neumasseverbindlichkeit. Aus dieser gesetzlichen Formulierung folgt, dass der Insolvenzverwalter zur Vermeidung von Neumasseverbindlichkeiten Dauerschuldverhältnisse, die er für die weitere Verwertung und Verwaltung der Masse nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit nicht mehr benötigt, frühestmöglich beenden muss. Zur Vermeidung von Neumasseverbindlichkeiten genügt es darum nicht, dass eine Kündigung zum 18

erstmöglichen Termin nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit erklärt wird, die Kündigung muss vielmehr auch wirksam sein (*BAG 22. Februar 2018 - 6 AZR 868/16 - Rn. 17 ff.; zust. Ries EWiR 2018, 439; ebenso bereits Oetker DZWIR 2005, 106, 111 f.; differenzierend Windel in Jaeger InsO § 209 Rn. 56*).

bb) Der Insolvenzverwalter begründet auch dann Neumasseverbindlichkeiten, wenn sich seine Einschätzung, er habe die formellen und materiellrechtlichen Voraussetzungen für die wirksame Kündigung eines von der Masse nicht mehr benötigten Arbeitsverhältnisses herbeigeführt, im Kündigungsschutzprozess als unzutreffend erweist. Das Arbeitsverhältnis besteht dann über den ersten Termin, zu dem es der Insolvenzverwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit hätte kündigen „können“, fort. Damit sind die für die Zeit nach diesem Termin entstehenden Annahmeverzugsansprüche nach den Qualifikationsregeln des § 209 Abs. 2 InsO Neumasseverbindlichkeiten. Konsequenz der gesetzlichen Verteilungsordnung ist, dass der Insolvenzverwalter, der kündigen „kann“, auch dafür zu sorgen hat, dies rechtswirksam zu tun. Es fällt in seinen Verantwortungsbereich, für eine wirksame Umsetzung der Vorgaben des gesetzlichen Kündigungsschutzes zu sorgen. Die Neumasse trägt das Risiko, dass ihm das nicht gelingt (*BAG 22. Februar 2018 - 6 AZR 868/16 - Rn. 21*).

19

cc) Entgegen der Auffassung des Beklagten zu 2., die dieser auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Begründung des Widerrufs des vor dem Senat bedingt geschlossenen Vergleichs nochmals bekräftigt hat, steht diesem Normverständnis nicht die Gesetzesbegründung entgegen. Soweit der Beklagte zu 2. meint, der Gesetzesbegründung entnehmen zu können, dem Gesetzgeber sei es bei der Regelung in § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO allein um den Ausspruch der Kündigung losgelöst von deren Wirksamkeit gegangen, kann ihm nicht zugestimmt werden.

20

(1) In der Begründung zu § 321 des Entwurfs einer Insolvenzordnung heißt es (*BT-Drs. 12/2443 S. 220*): 21

„... Kündigt der Verwalter nach dem Antrag auf Feststellung der Masseunzulänglichkeit ein Dauerschuldverhältnis zum ersten zulässigen Termin, so sind die Ansprüche, die dem anderen Teil aus dem Vertrag noch erwachsen, Altmasseverbindlichkeiten. Unterläßt er die Kündigung, so sind die Ansprüche des anderen Teils nur insoweit Altmasseverbindlichkeiten, als sie bis zum ersten möglichen Beendigungstermin entstehen; für die dann folgende Zeit sind sie wie neu begründete Forderungen zu behandeln, da der Verwalter die Möglichkeit gehabt hätte, ihr Entstehen zu verhindern (Nummer 2). Schließlich sind auch die Verbindlichkeiten, für die der Verwalter nach dem Antrag auf Feststellung der Masseunzulänglichkeit die Gegenleistung in Anspruch nimmt, als Neumasseverbindlichkeit zu behandeln (Nummer 3). Auch nach einer Feststellung der Masseunzulänglichkeit muß ein Arbeitnehmer, der seine Leistung voll zu erbringen hat - der also nicht vom Verwalter ‚freigestellt‘ worden ist -, Anspruch auf volle Vergütung für diese Arbeitsleistung haben. ...“

(2) Diese Ausführungen der Gesetzesbegründung sind nicht geeignet, die 22 vom Beklagten zu 2. vertretene Auslegung des § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO zu stützen. Die Verwendung der Begriffe „Kündigung“ oder „kündigen“ erlaubt nicht den Rückschluss, dem Gesetzgeber sei es nicht auf die Wirksamkeit der Kündigung angekommen. Die Gesetzesbegründung deutet vielmehr in die entgegengesetzte Richtung: Leitgedanke der gesetzlichen Regelung ist, dass Neumasseverbindlichkeiten iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO vorliegen, wenn ihre Entstehung dem Verwalter zugerechnet werden kann (*MüKoInsO/Hefermehl 3. Aufl. § 209 Rn. 30*). Diese Zurechnung hat auch dann zu erfolgen, wenn der Verwalter - wie hier - eine nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 17 KSchG entsprechende Kündigung erklärt, weil er vor deren Ausspruch die erforderliche Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG unterlassen hat. Anhaltspunkte dafür, dass entgegen dem allgemeinen Verständnis mit „kündigen“ allein die Abgabe einer entsprechenden Erklärung losgelöst von deren Wirksamkeit gemeint ist, sind der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen.

b) Der Beklagte zu 2. hätte deshalb das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis jedenfalls mit Beendigungsdatum vor dem 12. Juni 2014 wirksam kündigen müssen, um zu verhindern, dass für die Folgezeit Neumasseyverbindlichkeiten nach § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO entstehen. Dies ist ihm nicht gelungen. Der Kläger hat die „Rücknahme“ der Kündigung vom 9. April 2013 durch den Beklagten zu 2. akzeptiert, die Unwirksamkeit der Kündigung vom 22. April 2013 ist rechtskräftig festgestellt. 23

IV. Die Revision hat überwiegend Erfolg, soweit sich der Beklagte zu 2. gegen die Höhe der dem Kläger vom Landesarbeitsgericht zugesprochenen Annahmeverzugsvergütung richtet. Der Kläger hat Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 12. Juni 2014 bis zum 31. Januar 2015 nebst Zinsen unter Anrechnung des erzielten Zwischenverdienstes. Das Berufungsurteil ist jedoch aufzuheben, soweit das Landesarbeitsgericht Aufwendungen des Klägers vom Zwischenverdienst in Abzug gebracht hat (§ 562 ZPO). Der Kläger hat keinen Anspruch auf Aufwendungsersatz. Der Senat kann in der Sache selbst endentscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die erforderlichen Feststellungen sind vom Landesarbeitsgericht getroffen. 24

1. Der vom Kläger für die Zeit vom 12. Juni 2014 bis zum 31. Januar 2015 geltend gemachte Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung nach § 615 Satz 1 BGB iVm. § 611 Abs. 1 BGB in Höhe von 40.177,53 Euro brutto ist nicht in voller Höhe schlüssig dargelegt, weil der Kläger selbst vorträgt, in diesem Zeitraum Zwischenverdienst in Höhe von 37.692,04 Euro brutto erzielt zu haben. Schlüssig dargelegt ist lediglich eine Forderung in Höhe von 2.485,49 Euro brutto. 25

a) Der Beklagte zu 2. befand sich nach Ausspruch der unwirksamen Kündigung vom 22. April 2013 und Ablauf der Kündigungsfrist ab dem 1. August 2013 im Annahmeverzug (§ 293 BGB). Er hat die Arbeitsleistung des Klägers im Streitzeitraum nicht angenommen. Ein Angebot der Arbeitsleistung war nach § 296 BGB angesichts der unwirksamen Kündigung entbehrlich (*st. Rspr., vgl. BAG 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 41 mwN, BAGE 151, 45*). 26

- b) Die arbeitsvertraglich einbezogene tarifvertragliche Ausschlussfrist zur Geltendmachung der Ansprüche hat der Kläger durch Erhebung der Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 22. April 2013 gewahrt. Mit einer Bestandsschutzklage wahrt der Arbeitnehmer, ohne dass es einer bezifferten Geltendmachung bedarf, eine einstufige Ausschlussfrist bzw. die erste Stufe einer zweistufigen Ausschlussfrist für alle aus dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses resultierenden Ansprüche (*BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 80/17 - Rn. 36*). Zugleich macht der Arbeitnehmer mit einer Bestandsschutzklage die vom Ausgang dieses Rechtsstreits abhängigen Ansprüche im Sinne der zweiten Stufe einer tarifvertraglich geregelten Ausschlussfrist „gerichtlich geltend“ (*BAG 24. September 2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 28, BAGE 149, 169*). Hiergegen wendet sich der Beklagte zu 2. mit der Revision nicht. 27
- c) Der Zwischenverdienst des Klägers ist nach § 11 Nr. 1 KSchG in der vom Landesarbeitsgericht festgestellten Höhe von 37.692,04 Euro brutto von der Vergütung wegen Annahmeverzugs in Höhe von 40.177,53 Euro brutto in Abzug zu bringen. Dabei ist das Gesamtbruttoeinkommen im streitgegenständlichen Zeitraum zugrunde zu legen (*vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 29 f., BAGE 141, 340*). Die Anrechnung des Zwischenverdienstes richtet sich allerdings nicht, wie vom Landesarbeitsgericht angenommen, nach § 615 Satz 2 BGB, sondern nach § 11 Nr. 1 KSchG. Diese Vorschrift enthält für den Annahmeverzug nach einer Kündigung im Geltungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG eine Spezialregelung zu § 615 Satz 2 BGB (*vgl. BAG 21. Februar 2012 - 9 AZR 487/10 - Rn. 20, BAGE 141, 27; ErfK/Preis 18. Aufl. § 615 BGB Rn. 84*). 28
- d) Im Umfang des erzielten anderweitigen Verdienstes erfolgt die Anrechnung gemäß § 11 Nr. 1 KSchG ipso iure und bedarf keiner Erklärung des Arbeitgebers (*vgl. BAG 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - zu II 1 der Gründe, BAGE 108, 27; MüKoBGB/Henssler 7. Aufl. § 615 Rn. 63; AR-Kamanabrou 8. Aufl. § 615 BGB Rn. 63*). Die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 1 KSchG hindert bereits die Entstehung des Anspruchs aus § 615 Satz 1 BGB und führt nicht nur zu einer Aufrechnungslage (*vgl. BAG* 29

22. November 2005 - 1 AZR 407/04 - Rn. 27, BAGE 116, 246; HWK/Krause 8. Aufl. § 615 BGB Rn. 85; Staudinger/Richardi/Fischinger [2016] § 615 Rn. 151). Hieraus folgt, dass eine Klage nur in Höhe des Differenzbetrags zwischen der Annahmeverzugsvergütung nach § 615 Satz 1 BGB und dem nach § 11 Nr. 1 KSchG anzurechnenden anderweitigen Verdienst schlüssig ist, wenn der Kläger selbst vorträgt, solchen erzielt zu haben.

2. Der Kläger hat überdies nicht bewiesen, dass er zum Erwerb der Musterberechtigungen tatsächlich Aufwendungen in Höhe von 23.433,10 Euro hatte. Das Landesarbeitsgericht hat bei der tatrichterlichen Würdigung des Parteivortrags gegen § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO verstoßen, indem es angenommen hat, der Kläger habe - nach Bestreiten des Beklagten zu 2. - den Beweis geführt, die behaupteten Aufwendungen tatsächlich erbracht zu haben. Die diesbezügliche Rüge des Beklagten zu 2. ist begründet. 30

a) Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Kläger habe die Rechnungen für Kurse und Hotelübernachtungen tatsächlich bezahlt, weil diese bereits vor Kursantritt zu bezahlen gewesen seien und aus der Durchführung der Kurse auf eine Zahlung geschlossen werden könne. Anderenfalls wäre der Kläger nicht zu den Kursen zugelassen worden. 31

b) Diese vom Berufungsgericht nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorgenommene Würdigung des tatsächlichen Vorbringens der Parteien unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle. Es ist zu prüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und Grenzen des § 286 ZPO beachtet hat. Seine Würdigung muss in sich widerspruchsfrei, ohne Verletzung von Denkgesetzen sowie allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt und rechtlich möglich sein (BAG 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 49). 32

c) Unter Zugrundelegung dieses Prüfungsmaßstabs ist die Rüge des Beklagten zu 2. begründet. Er hatte im zweiten Rechtszug bestritten, dass der Kläger die von ihm vorgelegten Rechnungen für Grundkurs, Landetraining und Hotelübernachtung selbst bezahlt hat, mithin die Aufwendungen tatsächlich getätigt hat. Es war damit Sache des Klägers, zu beweisen, dass er die entspre- 33

chenden Zahlungen erbracht hat. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe die Zahlungen durch Vorlage der Rechnungen bewiesen, verstößt gegen Denkgesetze, denn eine Rechnung ist weder ein Beleg für eine tatsächliche Bezahlung des darin geforderten Rechnungsbetrags noch für eine Zahlung durch den Adressaten der Rechnung selbst. Es ist keineswegs ausgeschlossen, dass ein Dritter - etwa das Unternehmen, bei dem der Kläger den anderweitigen Verdienst erzielt hat, - die Aufwendungen ganz oder teilweise getragen hat. Hierauf hat die Revision zu Recht hingewiesen. Der Kläger hat den nach Bestreiten durch den Beklagten zu 2. erforderlichen Beweis der Erfüllung nicht erbracht. Wegen dieses Verfahrensfehlers ist das Berufungsurteil in dem in die Revision gelangten Umfang aufzuheben.

3. Einer Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO) bedarf es nicht. Aufgrund des festgestellten Sachverhalts ist die Sache zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Landesarbeitsgericht ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, der vom Kläger erzielte Zwischenverdienst sei um die vom Kläger behaupteten Aufwendungen gemindert. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Kläger tatsächlich Aufwendungen in der geltend gemachten Höhe hatte. Auch wenn Aufwendungen für Schulungen auf den Flugzeugmustern Airbus A320 und Boeing 757/767 beim Kläger angefallen wären, wären diese nicht vom Zwischenverdienst in Abzug zu bringen.

34

a) Die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 1 KSchG bezweckt, eine Besser- oder Schlechterstellung des Arbeitnehmers nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess zu vermeiden. Er ist so zu stellen, als wäre das Arbeitsverhältnis ungekündigt weitergeführt worden. Damit können grundsätzlich auch erforderliche Aufwendungen zur Erzielung des anderweitigen Verdienstes von diesem in Abzug gebracht werden (so auch *MüKoBGB/Henssler 7. Aufl. § 615 Rn. 68; HaKo/Nägele-Berkner 6. Aufl. KSchG § 11 Rn. 29; ErfK/Preis 18. Aufl. § 615 BGB Rn. 90; KR-Spilger 11. Aufl. § 11 KSchG Rn. 44; Staudinger/Richardi/Fischinger [2016] § 615 Rn. 163*). Denn diese wären nicht entstanden, hätte der Arbeitnehmer sich nicht um einen anderweitigen

35

Arbeitsplatz bemühen müssen. Dem steht nicht entgegen, dass ersparte Aufwendungen im Rahmen des § 11 Nr. 1 KSchG im Unterschied zu § 615 Satz 2 BGB nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind (*KR-Spilger 11. Aufl. § 11 KSchG Rn. 59; HaKo/Nägele-Berkner 6. Aufl. KSchG § 11 Rn. 40*). Denn daraus folgt nicht, dass tatsächlich angefallene Aufwendungen für den erzielten anderweitigen Verdienst schlechthin nicht berücksichtigungsfähig sind. Die Anrechnung erforderlicher Aufwendungen auf den im Verzugszeitraum erzielten anderweitigen Verdienst betrifft eine andere Fallgestaltung.

- b) Es können jedoch nicht jegliche Aufwendungen für eine weitere Berufstätigkeit des Arbeitnehmers als zwischenverdienstmindernd anerkannt werden. Zu unterscheiden ist zwischen Aufwendungen, die erforderlich sind, um im Rahmen der bisherigen Qualifikation des Arbeitnehmers einer weiteren Erwerbstätigkeit fachkundig und sachgerecht nachgehen zu können, und solchen, die im Sinne einer Fortbildung die Qualifikation des Arbeitnehmers erhöhen, ohne dass diese Qualifikation zur Ausübung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit benötigt wird. 36
- aa) Zu der ersten Kategorie gehören Aufwendungen, die dazu dienen, eine vorhandene Qualifikation, die in dem gekündigten Arbeitsverhältnis zur Verrichtung der geschuldeten Tätigkeit erforderlich war, zu behalten. Des Weiteren sind hier Aufwendungen zu berücksichtigen, die einem Arbeitnehmer durch die Aufnahme einer Tätigkeit an einem weit entfernt liegenden Arbeitsort in Form von Reise- und Übernachtungskosten entstehen. Im Streitfall wären daher zB Aufwendungen zum Erhalt der Musterberechtigung für die Fokker 100 als erforderlich anzusehen. 37
- bb) Anders zu beurteilen sind hingegen Aufwendungen, die der Arbeitnehmer hat, um sich weiter zu qualifizieren und hierdurch seinen „Marktwert“ auf dem Arbeitsmarkt zu erhöhen, ohne dass die hierbei erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten dem Arbeitgeber unmittelbar zugutekommen. Die Berücksichtigung solcher Aufwendungen als zwischenverdienstmindernd widerspräche dem Zweck des § 11 Nr. 1 KSchG. Wollte man sie als Abzugsposten beim erzielten anderweitigen Verdienst berücksichtigen, führte dies wirtschaftlich betrachtet 38

dazu, dass der Arbeitgeber diese Qualifizierungsmaßnahme voll bezahlt, ohne ihr zugestimmt und ohne hiervon im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung einen Nutzen zu haben. Der Arbeitnehmer würde damit gerade nicht so gestellt, als wenn das Arbeitsverhältnis ungekündigt weitergeführt worden wäre. Denn im fortbestehenden Arbeitsverhältnis hätte er keinen Anspruch gegen seinen Arbeitgeber auf Vergütung einer solchen Qualifizierungsmaßnahme. Dies darf nicht außer Acht gelassen werden, ist doch Ziel des Kündigungsschutzprozesses das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses und die Weiterbeschäftigung zu den vertraglich vereinbarten Bedingungen. Im bestehenden Arbeitsverhältnis hat der Arbeitgeber grundsätzlich nur die Kosten einer Fortbildung zu tragen, die innerbetrieblich von Vorteil ist oder nur der Auffrischung oder Vertiefung bereits vorhandener Kenntnisse dient (*vgl. BAG 30. November 1994 - 5 AZR 715/93 - zu 2 b der Gründe, BAGE 78, 356; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang 17. Aufl. § 176 Rn. 29 mwN*). Der Arbeitgeber ist dagegen - abgesehen von § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG - grundsätzlich nicht verpflichtet, sich an den Kosten einer Qualifizierung des Arbeitnehmers zu beteiligen, die für diesen von geldwerterem Vorteil ist, sei es, dass er hierdurch bei seinem bisherigen Arbeitgeber die Voraussetzungen einer höheren Vergütung erfüllt oder dass sich die erworbenen Kenntnisse auch anderweitig nutzbar machen lassen. Erklärt sich der Arbeitgeber hierzu freiwillig bereit, kann er mit dem Arbeitnehmer eine Vereinbarung treffen, die ihn zur Rückzahlung der vom Arbeitgeber getragenen Ausbildungskosten verpflichtet, wenn er vor Ablauf einer vereinbarten Bindungsdauer aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Bei der Bemessung der Bindungsdauer sind die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung in ein angemessenes Verhältnis zueinander zu setzen (*vgl. BAG 19. Januar 2011 - 3 AZR 621/08 - Rn. 33 ff. mwN, BAGE 137, 1*).

cc) Konsequenz dieses Verständnisses von § 11 Nr. 1 KSchG ist zugleich, dass ein Arbeitnehmer es grundsätzlich nicht iSv. § 11 Nr. 2 KSchG böswillig unterlässt, eine andere zumutbare Arbeit anzunehmen, wenn Voraussetzung hierfür der erfolgreiche Abschluss einer Qualifizierungsmaßnahme ist, für die der Arbeitnehmer finanzielle Aufwendungen zu erbringen hat. Es ist Sache des Arbeitnehmers, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls abzuwä-

39

gen, was ihm wichtiger und für seinen persönlichen Lebensweg erfolgversprechender erscheint.

dd) In Anwendung dieser Grundsätze sind die Aufwendungen des Klägers für den Erwerb der Musterberechtigungen für den Airbus A320 und die Boeing 757/767 nicht zwischenverdienstmindernd zu berücksichtigen. Der Kläger kann diese bei dem Beklagten zu 2. nicht nutzbar einbringen, weil die Schuldnerin die beiden Flugzeugmuster nicht eingesetzt hatte. Zudem war dem Kläger bekannt, dass die Schuldnerin nach dem Insolvenzantrag den Flugbetrieb eingestellt hatte. Durch die erworbene Qualifikation haben sich damit ausschließlich die Arbeitsmarktchancen des Klägers verbessert (*vgl. dazu BAG 19. Februar 2004 - 6 AZR 552/02 - zu 2 b cc (3) der Gründe, BAGE 109, 345*), ohne dass der Beklagte zu 2. hiervon einen Vorteil gehabt hätte. Der Kläger konnte von vornherein die erworbenen Musterberechtigungen nur bei anderen Fluggesellschaften verwerten. Wenn er sich vor dem Hintergrund der schlechten wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin dazu entschieden hat, Musterberechtigungen für den Airbus A320 und die Boeing 757/767 zu erwerben, war dies für sein weiteres berufliches Fortkommen zwar eine nachvollziehbare Entscheidung. Da der Beklagte zu 2. bzw. die Schuldnerin im fortbestehenden Arbeitsverhältnis jedoch nicht verpflichtet gewesen wären, die für diese Qualifizierung erforderlichen Kosten zu tragen, kann der Kläger dieses wirtschaftliche Ergebnis nicht mittelbar über eine Anrechnung dieser Aufwendungen auf den im Verzugszeitraum erzielten anderweitigen Verdienst erreichen. 40

ee) Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung vom Kläger persönlich nachgereichte Sachvortrag kann nicht berücksichtigt werden, weil sich der Kläger vor dem Bundesarbeitsgericht nach § 11 Abs. 4 Satz 1 ArbGG von einem Prozessbevollmächtigten, also einem Rechtsanwalt oder einem in § 11 Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 ArbGG iVm. § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 und Nr. 5 ArbGG genannten postulationsfähigen Verfahrensbevollmächtigten vertreten lassen muss. Der Kläger ist nicht selbst postulationsfähig. 41

c) Der Senat kann nach § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden, weil der festgestellte Sachverhalt zur Endentscheidung reif ist. Hiernach ist 42

auf den Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung nach § 615 Satz 1 BGB iVm. § 611 Abs. 1 BGB in Höhe von 40.177,53 Euro brutto der im Verzugszeitraum erzielte Zwischenverdienst in Höhe von 37.692,04 Euro brutto anzurechnen. Dieser anderweitige Verdienst mindert sich nicht um die Aufwendungen zum Erwerb der Musterberechtigungen für den Airbus A320 und die Boeing 757/767. Die Klage ist deshalb nur im Umfang von 2.485,49 Euro brutto begründet. Der Anspruch des Klägers auf Prozesszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 1. Februar 2015 folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

V. Der für den Fall des Unterliegens mit dem Hauptantrag gestellte Hilfsantrag fällt dem Senat zur Entscheidung an. Dieser Antrag ist - in der gebotenen Auslegung - für den Fall gestellt, dass die Aufwendungen des Klägers nicht vom Zwischenverdienst in Abzug zu bringen sind. Diese innerprozessuale Bedingung ist eingetreten. Der Senat ist nicht gehindert, über den Antrag selbst zu endentscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der Antrag ist jedoch unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erstattung des Darlehens in Höhe von 25.000,00 Euro nebst Zinsen. 43

1. Als Anspruchsgrundlage kommen lediglich die Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677, 683 Satz 1, § 670 BGB in Betracht. Der Beklagte zu 2. hat den Kläger unstreitig nicht beauftragt, das Darlehen aufzunehmen. 44

2. Geschäftsführung ohne Auftrag setzt voraus, dass der Geschäftsführer ein Geschäft „für einen anderen“ besorgt. Das ist der Fall, wenn er das Geschäft nicht (nur) als eigenes, sondern (auch) als fremdes führt, also in dem Bewusstsein und mit dem Willen, zumindest auch im Interesse eines anderen zu handeln. Zu unterscheiden ist zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften (*st. Rspr.*, vgl. nur BGH 1. Februar 2018 - III ZR 53/17 - Rn. 8 mwN). Voraussetzung für den Anspruch auf Kostenerstattung nach §§ 677, 683 Satz 1, § 670 BGB ist dabei jedenfalls, dass die Aufwendungen erforderlich waren und dem mutmaßlichen Willen des Dritten entsprachen (vgl. BGH 30. März 2017 - I ZR 263/15 - Rn. 53). 45

3. Danach hat der Kläger kein fremdes Geschäft geführt, das dem mutmaßlichen Willen des Beklagten zu 2. entsprach, indem er Aufwendungen tätigte, um seine Beschäftigungschancen bei anderen Fluggesellschaften zu steigern. Der Kläger ist dabei nur im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig geworden. Der für eine Fremdgeschäftsführung erforderliche unmittelbare Bezug zum Rechts- und Interessenkreis des Beklagten zu 2. ist nicht schon deshalb gegeben, weil der erzielte Zwischenverdienst auf die Vergütung wegen Annahmeverzugs anzurechnen ist und damit dem Vermögen des Beklagten zu 2. zugutekommt. Dem steht entgegen, dass der Kläger mit den Aufwendungen sein berufliches Fortkommen sichern wollte. Eine dadurch mittelbar bewirkte Vermögensmehrung auf Seiten des Beklagten zu 2. stellt keine Wahrnehmung von Interessen des anderen und damit keine Geschäftsführung dar, welche eine Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag rechtfertigen könnte. 46

VI. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 47

Linck

Biebl

Volk

Zorn

Hepper