Bundesarbeitsgericht Fünfter Senat	Urteil vom 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - ECLI:DE:BAG:2021:080921.U.5AZR205.21.0
I. Arbeitsgericht Heilbronn - Kammern Crailsheim -	Urteil vom 14. Mai 2020 - 7 Ca 447/19 -
II. Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - Kammern Mannheim -	Urteil vom 26. Januar 2021 - 19 Sa 51/20 -

---

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - unterlassener Zwischenverdienst - Böswilligkeit

BUNDESARBEITSGERICHT

5 AZR 205/21
19 Sa 51/20
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. September 2021

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 8. September 2021 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie die ehrenamtliche Richterin Zorn und den ehrenamtlichen Richter Ilgenfritz-Donné für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 26. Januar 2021 - 19 Sa 51/20 - wird zurückgewiesen mit der Maßgabe, dass die ausgeurteilten Zinsen erst ab dem 4. November 2019, 2. Dezember 2019 und 2. Januar 2020 zu zahlen sind.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs und dabei insbesondere darüber, ob der Kläger es böswillig unterlassen hat, anderweitigen Verdienst zu erzielen. 1

Der Kläger war seit April 2017 bei der Beklagten als Qualitätsmanager beschäftigt und verdiente zuletzt 6.666,67 Euro brutto monatlich. Mit Schreiben vom 15. Februar 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt zum 30. September 2019. Dagegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage, der das Arbeitsgericht im August 2019 stattgab. Gleichzeitig verurteilte es die Beklagte, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses zu unveränderten Bedingungen als Qualitätsmanager weiter zu beschäftigen. Die dagegen eingelegte Berufung nahm die Beklagte Ende Dezember 2019 zurück. 2

Mit E-Mail vom 26. September 2019 übersandte die Beklagte dem Prozessbevollmächtigten des Klägers ein Angebot zur Begründung eines befristeten Prozessarbeitsverhältnisses, am 30. September 2019 reichte sie eine Aufgabenbeschreibung nach. Die danach für den Kläger vorgesehenen Aufgaben entsprachen nach dessen Einschätzung zu 80 % seinen zuletzt ausgeübten Tätigkeiten in der Anlagenqualifizierung. Das angebotene Prozessarbeitsverhältnis sollte „für die Dauer des noch laufenden Gerichtsverfahrens, daher bis zu dessen Ab- 3

schluss“ befristet und beiderseits mit einer Frist von vier Wochen zum Monatsende kündbar sein. Vorgesehen war die bisherige Vergütung, jedoch sollten „laut aktueller Rechtsprechung des BAG“ Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und ein Anspruch auf bezahlten Urlaub ausgeschlossen sein.

Der Kläger hatte seinerseits die Beklagte mit E-Mail vom 26. September 2019 aufgefordert, ihn entsprechend dem arbeitsgerichtlichen Urteil als Qualitätsmanager weiter zu beschäftigen und mitgeteilt, es bestehe keine Notwendigkeit für eine gesonderte Vereinbarung über ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis. 4

Am 1. Oktober 2019 erschien der Kläger entsprechend einer Aufforderung der Beklagten zur Arbeitsaufnahme im Betrieb. Hierzu kam es jedoch nicht, weil die Beklagte die vorherige Unterzeichnung der angebotenen Vereinbarung über ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis verlangte. Dies lehnte der Kläger ab. Seit Januar 2020 wurde er zunächst wieder beschäftigt, zum 30. Juni 2020 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut ordentlich. 5

Mit der am 19. November 2019 anhängig gemachten Klage hat der Kläger Vergütung wegen Annahmeverzugs für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2019 unter Abzug des erhaltenen Arbeitslosengeldes verlangt. Er hat gemeint, dem Anspruch stehe böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes nicht entgegen. Es sei ihm nicht zuzumuten gewesen, trotz vorläufig vollstreckbarem Weiterbeschäftigungsurteil ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis einzugehen. 6

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt, 7

> die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 20.000,01 Euro brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangener 8.228,70 Euro netto nebst Zinsen nach bestimmter zeitlicher Staffelung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, ein Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs sei nicht entstanden, weil der Kläger böswillig anderweitigen Verdienst in gleicher Höhe unterlassen habe. Die Annahme der angebotenen Vereinbarung über ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis und die dafür vorgesehenen Konditionen seien dem Kläger zumutbar gewesen. 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage in dem ausgeurteilten Umfang zu Recht stattgegeben. Lediglich der Beginn der Verzinsungspflicht ist wegen § 193 BGB zu korrigieren. 10

I. Der Kläger hat für den Streitzeitraum Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 in Verb. mit § 611a Abs. 2 BGB. Die Beklagte hat den Kläger im Streitzeitraum nicht beschäftigt und befand sich aufgrund ihrer unwirksamen Arbeitgeberkündigung im Annahmeverzug *(§§ 293 ff. BGB)*, ohne dass ein (erneutes) Angebot der Arbeitsleistung erforderlich gewesen wäre *(vgl. BAG 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 19 mwN, BAGE 153, 85)*. Darüber besteht zwischen den Parteien kein Streit. Mit der Revision verfolgt die Beklagte allein das Ziel der Anrechnung unterlassenen anderweitigen Verdienstes. 11

II. Weil im Streitzeitraum nach der - rechtskräftig gewordenen - Entscheidung des Arbeitsgerichts im Kündigungsschutzprozess das Arbeitsverhältnis fortbestanden hat, richtet sich die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 2 KSchG und nicht nach dem weitgehend inhaltsgleichen § 615 Satz 2 BGB *(zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche der beiden Normen sh. BAG 2. Oktober 2018 - 5 AZR 376/17 - Rn. 28, BAGE 163, 326; 24. Februar 2016 - 5 AZR 425/15 - Rn. 13, BAGE 154, 192)*. Danach muss sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Dabei hindert die Anrechnung bereits die Entstehung des Annahmeverzugsanspruchs und führt nicht nur zu einer Aufrechnungslage *(st. Rspr., zuletzt - zu § 615 Satz 2 BGB - BAG 19. Mai 2021 - 5 AZR 420/20 - Rn. 14 mwN)*. 12

1. 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)* zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert *(st. Rspr., zuletzt - zu § 615 Satz 2 BGB - BAG 19. Mai 2021 - 5 AZR 420/20 - Rn. 15 mwN)*. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der 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 *(BAG 23. Februar 2021 - 5 AZR 213/20 - Rn. 14 mwN; 19. Mai 2021 - 5 AZR 420/20 - Rn. 15, st. Rspr.)*. 13

2. Bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „Zumutbarkeit“ und „Böswilligkeit“ kommt dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zu, der vom Revisionsgericht nur beschränkt daraufhin überprüfbar ist, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, bei der Unterordnung des festgestellten Sachverhalts unter diesen Rechtsbegriff Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt worden sind, bei der gebotenen Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt wurden oder das Ergebnis in sich widersprüchlich ist *(BAG 19. Mai 2021 - 5 AZR 420/20 - Rn. 16; 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 20; 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - zu B I 2 b aa der Gründe - jeweils mwN).* Dieser eingeschränkten Rechtskontrolle hält die angefochtene Entscheidung stand. Das Landesarbeitsgericht geht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Senats von den zutreffenden Maßstäben aus und wendet sie rechtsfehlerfrei auf den Streitfall an. 14

a) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass die von der Beklagten angebotene Beschäftigung als solche dem Kläger an sich zumutbar war. Nach seinem Vorbringen in der Berufungsverhandlung entsprach sie - bei unveränderter Vergütung - nach der ihm übermittelten Tätigkeitsbeschreibung zu 80 % den Arbeiten, die er zuletzt bis zur Kündigung schon ausgeübt hatte. Dass und aus welchen Gründen ihm die restlichen 20 % der Tätigkeiten nicht zumutbar gewesen wären, hat der Kläger nicht geltend gemacht. Er war vielmehr ausdrücklich bereit, die angebotene Arbeit ab dem 1. Oktober 2019 aufzunehmen und lehnte lediglich die von der Beklagten als Voraussetzung für die Arbeitsaufnahme verlangte Unterzeichnung einer Vereinbarung über ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis ab. 15

b) Damit hat der Kläger zwar vorsätzlich eine ihm bekannte anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bei demselben Arbeitgeber, die grundsätzlich zur Anrechnung führen kann *(st. Rspr., vgl. BAG 23. Februar 2021 - 5 AZR 213/20 - Rn. 13 mwN)*, außer Acht gelassen. Daraus kann ihm jedoch, wie das Landesarbeitsgericht ohne revisible Rechtsfehler angenommen hat, kein Böswilligkeit begründender Vorwurf gemacht werden. Der Kläger war nicht verpflichtet, trotz des 16

erstrittenen, vorläufig vollstreckbaren *(§ 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG)* Weiterbeschäftigungsurteils während des laufenden Kündigungsschutzprozesses neben dem gekündigten Arbeitsverhältnis ein befristetes Prozessarbeitsverhältnis einzugehen.

aa) Die Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers während eines Kündigungsschutzprozesses kann - abgesehen von dem im Streitfall nicht in Betracht kommenden betriebsverfassungsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG *(vgl. dazu etwa Fitting BetrVG 30. Aufl. § 102 Rn. 103 ff.; Thüsing in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 102 Rn. 210 ff.)* - auf verschiedenen Grundlagen erfolgen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können eine vertragliche Vereinbarung über die vorübergehende Fortsetzung des gekündigten Arbeitsverhältnisses treffen *(zu einer solchen Fallgestaltung sh. BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 457/20 -)*, sei es als durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage auflösend bedingtes, sei es als bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses befristetes Arbeitsverhältnis *(BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 247/19 - Rn. 20 mwN, BAGE 170, 311)*. In der Vergangenheit hat es die Rechtsprechung auch als denkbar angesehen, aufgrund eines weiteren, zweckbefristeten Arbeitsvertrags ein zweites Arbeitsverhältnis neben das gekündigte zu stellen *(vgl. BAG 4. September 1986 - 8 AZR 636/84 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 53, 17; offengelassen jedoch BAG 20. Mai 2021 - 2 AZR 457/20 - Rn. 18)*. Hat der gekündigte Arbeitnehmer ein vorläufig vollstreckbares Weiterbeschäftigungsurteil erstritten, kommt darüber hinaus die rein tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers aufgrund des im Weiterbeschäftigungsurteil titulierten allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs in Betracht *(vgl. BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 247/19 - Rn. 23 ff., aaO)*. 17

bb) Unabhängig davon, ob der zur Weiterbeschäftigung verurteilte Arbeitgeber im Einzelfall ein berechtigtes Interesse daran haben kann, die Prozessbeschäftigung losgelöst vom gekündigten Arbeitsverhältnis auf eine andere vertragliche Grundlage zu stellen, und unabhängig davon, welche konkreten Regelungen er dafür anbietet, ist der gekündigte Arbeitnehmer, der ein vorläufig vollstreckbares Weiterbeschäftigungsurteil erstritten hat, nicht verpflichtet, trotz des 18

Weiterbeschäftigungstitels ein Angebot des Arbeitgebers zu einer vertraglichen Gestaltung der Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses anzunehmen. § 11 Nr. 2 KSchG regelt - wie § 615 Satz 2 BGB - eine aus § 242 BGB hergeleitete Obliegenheit, aus Rücksichtnahme gegenüber dem Arbeitgeber einen zumutbaren Zwischenverdienst zu erzielen. Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers findet jedoch dort eine Grenze, wo der Arbeitnehmer einen (vorläufig) vollstreckbaren Titel und damit einen den Arbeitgeber bindenden Rechtsanspruch hat. Das Beharren des Arbeitnehmers darauf, dass der Arbeitgeber seine aus dem (vorläufig) vollstreckbaren Titel folgende Rechtspflicht erfüllt, ist nicht treuwidrig iSd. § 242 BGB. Der Kläger hat somit nicht ohne sachlichen Grund *(vgl. allg. zu diesem Kriterium ErfK/Kiel 21. Aufl. KSchG § 11 Rn. 7; MüKoBGB/Hergenröder 8. Aufl. § 11 KSchG Rn. 21)* eine ihm ihrer Art nach an sich zumutbare Arbeit nicht aufgenommen. Es hätte der Beklagten - wollte sie das Annahmeverzugsrisiko mindern - oblegen, ihrer Verpflichtung aus dem Weiterbeschäftigungsurteil nachzukommen und die Weiterbeschäftigung des Klägers während des Kündigungsschutzprozesses nicht vom Abschluss eines befristeten Prozessarbeitsverhältnisses abhängig zu machen *(zur Zumutbarkeit der vorläufigen Weiterbeschäftigung nach Maßgabe eines Weiterbeschäftigungsurteils sh. LKB/Linck KSchG 16. Aufl. § 11 Rn. 25)*.

3. Die Höhe der monatlichen Vergütung und die Höhe des vom Kläger im Annahmeverzugszeitraum bezogenen Arbeitslosengeldes, das wegen des Anspruchsübergangs nach § 115 Abs. 1 SGB X *(sh. dazu BAG 29. April 2015 - 5 AZR 756/13 - Rn. 8 ff., BAGE 151, 281)* den Annahmeverzugsanspruch - wie insoweit § 11 Nr. 3 KSchG lediglich klarstellt *(ganz hM, vgl. nur ErfK/Kiel 21. Aufl. KSchG § 11 Rn. 12; APS/Biebl 6. Aufl. KSchG § 11 Rn. 29; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 95 Rn. 96 - jeweils mwN)* - mindert, stehen zwischen den Parteien außer Streit. Insoweit hat die Revision auch keine Angriffe erhoben. 19

4. Für die zugesprochene Annahmeverzugsvergütung schuldet die Beklagte nach § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB Verzugszinsen, die dem Kläger gemäß § 187 Abs. 1 BGB ab dem Tag nach Eintritt der Fälligkeit zustehen *(vgl. BAG 19. Mai 2015 - 3 AZR 891/13 - Rn. 45 mwN)*. Das Entgelt ist nach Ziff. 2 20

Arbeitsvertrag zum Monatsende fällig. Wegen § 193 BGB verschiebt sich der Beginn der Verzinsung entsprechend der in den Tenor aufgenommenen Maßgabe.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 21

Linck Volk Biebl

Zorn Uwe Ilgenfritz-Donné

ECLI:DE:BAG:2021:080921.U.5AZR205.21.0