

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 19. Januar 2022
- 5 AZR 346/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:190122.U.5AZR346.21.0

I. Arbeitsgericht München

Endurteil vom 16. Oktober 2019
- 7 Ca 304/19 -

II. Landesarbeitsgericht München

Urteil vom 28. Oktober 2020
- 8 Sa 816/19 -

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Leistungswillen - unterlassener Zwischenverdienst -
Böswilligkeit

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 346/21
8 Sa 816/19
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Januar 2022

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom
19. Januar 2022 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts
Dr. Linck, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk und Dr. Bubach

sowie den ehrenamtlichen Richter Schad und die ehrenamtliche Richterin Mattausch für Recht erkannt:

- A. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 28. Oktober 2020 - 8 Sa 816/19 - teilweise aufgehoben und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:
 - I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 16. Oktober 2019 - 7 Ca 304/19 - teilweise abgeändert und insoweit wie folgt gefasst:
 - 4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 22.033,33 Euro brutto abzüglich 6.323,85 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 1. April 2019 zu bezahlen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
 - 5. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin 57 vH und die Beklagte 43 vH zu tragen.
 - II. Die Berufung der Klägerin im Übrigen und die Anschlussberufung der Beklagten werden zurückgewiesen.
 - III. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 61 vH und die Beklagte 39 vH zu tragen.
- B. Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.
- C. Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben die Klägerin 66 vH und die Beklagte 34 vH zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Die Klägerin war bei der Beklagten seit dem 1. Oktober 2016 als Marketing- und Projektmanagerin mit einem monatlichen Bruttoentgelt von 3.500,00 Euro beschäftigt. Die Beklagte betreibt ein Cateringunternehmen und einen Dorfgasthof. Sie kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 31. Juli 2017 zum 31. August 2017 und mit weiterem Schreiben vom 14. September 2017 zum 15. Oktober 2017 aus betriebsbedingten Gründen. Für die Zeit nach dem 31. August 2017 zahlte die Beklagte keine Vergütung mehr. Im Gütetermin des Kündigungsschutzverfahrens berief sich die Klägerin auf den Vorrang einer Änderungskündigung bezüglich einer von der Beklagten zuvor inserierten Stelle als Servicekraft. Daraufhin bot die Beklagte der Klägerin ab dem 1. Oktober 2017 eine Prozessbeschäftigung als Servicekraft in ihrem Gasthof mit einem monatlichen Bruttogehalt von 2.000,00 Euro an, wobei das Begleitschreiben auf die Chance hinwies, zusätzlich Trinkgelder zu erhalten. Dieses Angebot lehnte die Klägerin mit Schreiben vom 2. Oktober 2017 ab.

2

Im Kündigungsschutzverfahren stellten Arbeits- und Landesarbeitsgericht mit Urteilen vom 22. März 2018 bzw. 28. November 2018 die Unwirksamkeit der Kündigungen vom 31. Juli 2017 und 14. September 2017 fest und gaben dem Weiterbeschäftigungsantrag der Klägerin „entsprechend ihrem Arbeitsvertrag vom 22./27. September 2016 zu unveränderten Bedingungen“ statt. Nach Verkündung der zweitinstanzlichen Entscheidung forderte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 29. November 2018 auf, sich am 3. Dezember 2018 zu einer Besprechung der Einsatzmöglichkeiten einzufinden. Die Klägerin kam dem nach. Auch am 4. Dezember 2018 erschien sie weisungsgemäß, weigerte sich aber, einen ihr vorgelegten Arbeitsvertrag über eine Prozessbeschäftigung für eine Tätigkeit als Frühstückskraft/Zimmermädchen zu unterschreiben. Ihr Prozessbevollmächtigter erklärte in einem Fax vom folgenden Tag dazu, die angebotene Prozessbeschäftigung sei nicht akzeptabel, da eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen ausgeurteilt und dieser Weiterbeschäftigungstitel vorläufig vollstreckbar sei. Daraufhin bot die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 eine Beschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ab dem 11. Dezember 2018 an. Die Klägerin erschien jedoch nicht zur Arbeit und berief sich mit Anwaltsschreiben vom 11. Dezember

3

2018 unter Hinweis auf die ausstehende Vergütung wegen Annahmeverzugs seit September 2017 auf ein Zurückbehaltungsrecht an ihrer Arbeitsleistung.

Unter dem 11. Dezember 2018 sprach die Beklagte eine Änderungskündigung zum 31. März 2019 aus und bot der Klägerin an, sie nach dem Ablauf der Kündigungsfrist als Zimmermädchen und Frühstückskraft zu beschäftigen. Die Klägerin nahm dieses Angebot unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung der Änderungskündigung an. Die Änderungskündigung war Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Insoweit haben sich die Parteien im März 2019 in einem gerichtlichen Teilvergleich unter Ausklammerung der streitgegenständlichen Annahmeverzugsansprüche auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. März 2019 verständigt.

4

Die Klägerin bezog im Zeitraum von September 2017 bis Juni 2018 Arbeitslosengeld iHv. insgesamt 11.681,91 Euro netto. Hiervon hat das Arbeitsgericht der Klägerin im Rahmen der ihr rechtskräftig für September 2017 zugesprochenen Vergütung wegen Annahmeverzugs iHv. 3.500,00 Euro brutto einen Nettobetrag iHv. 1.178,20 Euro in Anrechnung gebracht. Von Juli 2018 bis Dezember 2018 bezog die Klägerin Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts iHv. 766,00 Euro netto monatlich, von Januar 2019 bis März 2019 iHv. 774,00 Euro monatlich.

5

Mit ihrer Klage hat die Klägerin - soweit in der Revision noch streitgegenständlich - für die Monate Oktober 2017 bis März 2019 Vergütung wegen Annahmeverzugs iHv. 3.500,00 Euro brutto monatlich nebst Zinsen abzüglich der von ihr bezogenen öffentlich-rechtlichen Leistungen verlangt. Die Prozessbeschäftigung als Servicekraft sei ihr unzumutbar gewesen. Auf ihre im Kündigungsschutzverfahren erklärte Bereitschaft, im Fall einer Änderungskündigung eine derartige Tätigkeit auszuüben, komme es für die Frage der Zumutbarkeit einer anderweitigen Arbeit iSv. § 11 Nr. 2 KSchG nicht an. Für die vertraglich vereinbarte Tätigkeit sei sie durchgehend leistungswillig gewesen. Ab dem 11. Dezember 2018 habe sie sich zu Recht auf ein Zurückbehaltungsrecht an ihrer Arbeits-

6

leistung wegen der ausstehenden Vergütungszahlungen berufen. Eine Bezifferung der nach § 115 Abs. 1 SGB X übergangenen Ansprüche sei bei der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht erforderlich gewesen.

Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Interesse - sinngemäß beantragt, 7

die Beklagte zu verurteilen, an sie 63.000,00 Euro brutto abzüglich 17.421,71 netto nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und gemeint, die von ihr ab dem 1. Oktober 2017 angebotene Prozessbeschäftigung als Servicekraft sei der Klägerin jedenfalls mit Blick auf ihre Erklärungen im Kündigungsschutzverfahren zumutbar gewesen. Der erzielbare Verdienst von 2.000,00 Euro brutto - zuzüglich Trinkgelder - sei auf die Vergütung wegen Annahmeverzugs anzurechnen. Ein Zurückbehaltungsrecht habe die Klägerin mit dem Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 11. Dezember 2018 nicht wirksam ausgeübt, da sie die Höhe der nach § 115 Abs. 1 SGB X übergegangenen Leistungen nicht mitgeteilt habe. Die Klägerin sei durchgehend, jedenfalls aber ab diesem Zeitpunkt, nicht mehr leistungswillig gewesen. 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage, soweit sie in die Revision gelangt ist, abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit auf die Berufung der Klägerin der Klage stattgegeben. Mit der vom Senat nachträglich zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt. 9

Entscheidungsgründe

I. Die Revision der Beklagten ist teilweise begründet. Die Klägerin kann in dem in der Revision noch streitgegenständlichen Zeitraum gemäß § 615 Satz 1, § 611a Abs. 1 iVm. §§ 293 ff. BGB Vergütung wegen Annahmeverzugs der Be- 10

klagten für die Zeit vom 1. Oktober 2017 bis zum 10. Dezember 2018 beanspruchen. Ab dem 11. Dezember 2018 ist der Annahmeverzug wegen des fehlenden Leistungswillens (§ 297 *BGB*) der Klägerin ausgeschlossen. Die vertraglich vorgesehene Vergütung - ohne Trinkgelder -, die sie ab dem 1. Oktober 2017 als Servicekraft hätte erzielen können, ist nach § 11 Nr. 2 *KSchG* bis zum 2. Dezember 2018 auf die wegen Annahmeverzugs geschuldete Vergütung anzurechnen. Weiter muss sich die Klägerin auf das Arbeitsentgelt, das ihr die Beklagte als Annahmeverzugslohn schuldet, einen Teil der erhaltenen öffentlich-rechtlichen Leistungen anrechnen lassen.

1. Die Klägerin kann für die Zeit vom 1. Oktober 2017 bis zum 10. Dezember 2018 Vergütung wegen Annahmeverzugs verlangen. 11

a) Die Beklagte hat die Klägerin im Streitzeitraum nicht beschäftigt und befand sich bereits ab dem 1. September 2017 aufgrund ihrer unwirksamen Arbeitgeberkündigung(en) im Annahmeverzug (§ 293 *BGB*), ohne dass ein Angebot der Arbeitsleistung erforderlich gewesen wäre (vgl. *BAG 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 19 mwN, BAGE 153, 85*). 12

b) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass der Annahmeverzug weder durch die Angebote einer Prozessbeschäftigung ab dem 1. Oktober 2017 als Servicekraft bzw. ab dem 4. Dezember 2018 als Zimmermädchen/Frühstückskraft, noch durch das Schreiben vom 10. Dezember 2018 mit dem Angebot einer Weiterbeschäftigung entsprechend der arbeitsgerichtlichen Entscheidung im Kündigungsschutzverfahren zur Abwendung der Zwangsvollstreckung beendet wurde. Der Annahmeverzug endet mit Wirkung für die Zukunft (erst) dann, wenn der Arbeitgeber wieder bereit ist, die geschuldete Arbeitsleistung im Rahmen des bisherigen Vertragsverhältnisses entgegenzunehmen. Das Angebot einer Prozessbeschäftigung zu geänderten oder den bisherigen Bedingungen führt dagegen nicht zur Beendigung des Annahmeverzugs, weil der Arbeitgeber in diesem Fall die Arbeitsleistung nicht als Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrags entgegennimmt (vgl. *BAG 19. September 2012 - 5 AZR 627/11 - Rn. 30 mwN, BAGE 143, 119*). 13

- c) Das Landesarbeitsgericht ist jedoch zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin Vergütung wegen Annahmeverzugs bis zum 31. März 2019 verlangen kann. Der Annahmeverzug der Arbeitgeberin war vielmehr bereits ab dem 11. Dezember 2018 ausgeschlossen, weil die Klägerin ab diesem Zeitpunkt - worauf sich die Beklagte berufen hat - nicht mehr leistungswillig war. 14
- aa) Nach § 297 BGB kommt der Arbeitgeber nicht in Verzug, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 BGB zu der für die Handlung des Arbeitgebers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Die Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Arbeitnehmers sind vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen (*BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 543/20 - Rn. 9; 28. Juni 2017 - 5 AZR 263/16 - Rn. 30*). Der Annahmeverzug des Arbeitgebers ist damit ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig oder nicht leistungswillig ist (*BAG 19. Mai 2004 - 5 AZR 434/03 - zu II 2 a der Gründe mwN*). Beruft sich der Arbeitgeber gegenüber einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzug auf dessen Leistungsunfähigkeit oder -unwilligkeit iSd. § 297 BGB, erhebt er eine Einwendung, für deren Voraussetzungen er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast trägt (*BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 543/20 - Rn. 11*). 15
- bb) Der Leistungswille hat sich auf die iSv. § 294 BGB zu bewirkende Beschäftigung zu beziehen (*vgl. BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 543/20 - Rn. 14; 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 21 mwN, BAGE 141, 34*). Daher ist die Ablehnung der angebotenen Prozessbeschäftigungsverhältnisse als Servicekraft oder als Zimmermädchen/Frühstückskraft für die Frage der Leistungswilligkeit der Klägerin unerheblich, weil es sich hierbei nicht um die arbeitsvertraglich vereinbarte und zuletzt zugewiesene Tätigkeit als Marketing- und Produktmanagerin handelte. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. Auch die Tatsache, dass die Klägerin sich nicht unmittelbar nach dem arbeitsgerichtlichen Urteil im Kündigungsschutzverfahren vom 22. März 2018 auf den dort unter Ziffer 3 ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsanspruch berufen hat, stellt kein Indiz für ei- 16

nen mangelnden Leistungswillen ab diesem Zeitpunkt dar, denn der Arbeitnehmer kann auch nach der Beendigung des Streits über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses regelmäßig eine Arbeitsaufforderung des im Annahmeverzug befindlichen Arbeitgebers abwarten (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 14 mwN, BAGE 141, 340*).

cc) Ab dem 11. Dezember 2018 war der Annahmeverzug jedoch wegen des fehlenden Leistungswillens der Klägerin ausgeschlossen. 17

(1) Die Feststellung der Voraussetzungen des Leistungswillens liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Dem Landesarbeitsgericht steht deshalb insoweit ein Beurteilungsspielraum zu. Das Revisionsgericht kann lediglich prüfen, ob das Berufungsgericht von den richtigen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände berücksichtigt und Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat. Eine Aufhebung des Berufungsurteils darf nur erfolgen, wenn eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums durch das Landesarbeitsgericht festzustellen ist (*vgl. BAG 24. Juni 2021 - 5 AZR 385/20 - Rn. 19*). 18

(2) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Leistungswille der Klägerin habe über den 10. Dezember 2018 hinaus fortbestanden, hält auch dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat nicht alle für die Beurteilung dieser inneren Tatsache wesentlichen Umstände berücksichtigt. 19

(a) Es hat angenommen, der fehlende Leistungswille der Klägerin werde nicht dadurch indiziert, dass sie sich auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen habe. Das wäre auch im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis bei erheblichen Vergütungsrückständen zulässig gewesen, ohne den Verdacht zu begründen, sie wolle sich zeitweilig oder gar dauerhaft rechtswidrig der ihr obliegenden Arbeitspflicht entziehen. 20

(b) Diese Würdigung des Tatsachenvortrags ist unvollständig und rechtsfehlerhaft. 21

(aa) Das Landesarbeitsgericht hat nicht alle relevanten von ihm festgestellten tatsächlichen Umstände berücksichtigt. Es hat außer Acht gelassen, dass die Klägerin zunächst mit Schreiben vom 5. Dezember 2018 ihre Arbeitskraft unter Bezugnahme auf den titulierten, „notfalls vollstreckbaren“ Weiterbeschäftigungsanspruch angeboten hat, um dann, unmittelbar nach dem darauf erfolgenden Angebot einer Beschäftigung „aufgrund“ des Titels zur Abwendung der Zwangsvollstreckung im Schreiben vom 10. Dezember 2018, ein Zurückbehaltungsrecht an ihrer Arbeitsleistung geltend zu machen. Schon die Widersprüchlichkeit dieses Verhaltens könnte als hinreichendes Indiz für fehlenden Leistungswillen gesehen werden und hätte vom Landesarbeitsgericht in den Blick genommen werden müssen.

(bb) Das Berufungsgericht hat zudem die fehlende Indizwirkung unzutreffend allein damit begründet, dass die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ein übliches Vorgehen bei Vergütungsrückständen sei. Für die Annahme eines fortbestehenden Leistungswillens des Arbeitnehmers trotz Zurückbehaltung seiner Arbeitskraft muss jedoch das Zurückbehaltungsrecht auch wirksam ausgeübt werden (*vgl. BAG 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 - Rn. 33, BAGE 124, 141*). Ob dies der Fall war, hat das Landesarbeitsgericht nicht näher geprüft.

(3) Das Berufungsurteil unterliegt deshalb insoweit der Aufhebung (§ 562 Abs. 1 ZPO). Einer Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht bedarf es indes nicht. Da die maßgeblichen Tatsachen festgestellt sind und ergänzender Sachvortrag hierzu nicht zu erwarten ist, kann der Senat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts ist davon auszugehen, dass Ansprüche auf Annahmeverzugslohn ab dem 11. Dezember 2018 wegen des - von der Beklagten eingewandten - mangelnden Leistungswillens der Klägerin ausgeschlossen sind. Die Klägerin hat ein etwaig bestehendes Zurückbehaltungsrecht an ihrer Arbeitsleistung jedenfalls nicht wirksam ausgeübt.

(a) Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB wie auch nach § 273 BGB steht unter dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Arbeitnehmer

muss dem Arbeitgeber unter Angabe des Grundes klar und eindeutig mitteilen, er werde dieses Recht mit Blick auf eine ganz bestimmte, konkrete Gegenforderung wahrnehmen. Nur so wird der Arbeitgeber in die Lage versetzt, den möglichen Anspruch des Arbeitnehmers zu prüfen und ggf. zu erfüllen (vgl. zu § 273 BGB BAG 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - Rn. 52; 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 37, BAGE 153, 111; zu § 320 BGB MHdB ArbR/Reichold 5. Aufl. § 41 Rn. 12 mwN).

(b) Diesen Anforderungen genügt das Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 11. Dezember 2018 nicht. Es nennt zwar die vermeintlich rückständigen Ansprüche der Klägerin, verweist dabei aber nur pauschal auf abziehende „auf die Agentur für Arbeit gem. § 115 SGB 10 übergegangene Ansprüche“, ohne diese jedoch zu beziffern. Das ist unzureichend, weil die Beklagte so nicht in die Lage versetzt wurde, den geforderten Betrag genau zu bestimmen und die Forderung zu erfüllen. Sie war nicht gehalten, von sich aus die Höhe der an die Klägerin gezahlten öffentlich-rechtlichen Leistungen zu ermitteln. Der Anspruchsübergang nach § 115 Abs. 1 SGB X betrifft den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers, der die erhaltenen Leistungen konkret beziffern kann und muss. 26

(c) Die unwirksame Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts und die aufgezeigte Widersprüchlichkeit ihres Verhaltens bei dem Angebot ihrer Arbeitsleistung sind hinreichende Indizien für fehlenden Leistungswillen der Klägerin bei der Nichtbefolgung der Arbeitsaufforderung ab dem 11. Dezember 2018. Gegen diese Indizien hat die Klägerin nichts vorgebracht, was die aus ihnen folgende Annahme der Leistungsunwilligkeit erschüttern könnte. 27

(4) Da vorliegend ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht nicht wirksam ausgeübt wurde, kann dahinstehen, ob dies vor einer rechtskräftigen Entscheidung über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses überhaupt möglich ist oder ob im Anwendungsbereich von § 11 KSchG diese Regelung vorgeht. Dafür könnte sprechen, dass ansonsten bei Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts die nach § 11 Nr. 2 KSchG bestehende Obliegenheit des Arbeitnehmers, im gekündigten Arbeitsverhältnis auch eine zumutbare aber ggf. geringer vergütete 28

Tätigkeit vorübergehend auszuüben (*vgl. dazu BAG 17. November 2011 - 5 AZR 564/10 - Rn. 17, 21, BAGE 140, 42*), leerliefe.

2. Auf die Annahmeverzugsvergütung (§ 615 Satz 1 BGB) muss sich die Klägerin gemäß § 11 Nr. 2 KSchG für die Zeit vom 1. Oktober 2017 bis zum 2. Dezember 2018 anderweitigen Verdienst als Servicekraft iHv. 2.000,00 Euro brutto monatlich anrechnen lassen. 29

a) Nach § 11 Nr. 2 KSchG 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. 30

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 der Arbeit bewusst verhindert (*st. Rspr., zuletzt BAG 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 13 mwN*). Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Nichtvertragsgemäße Arbeit ist nicht ohne weiteres mit unzumutbarer Arbeit gleichzusetzen. § 11 Nr. 2 KSchG schließt den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber nur vertragswidrige Arbeit anbietet. Denn das Angebot vertragsgerechter Arbeit zwecks Erfüllung des bestehenden Arbeitsverhältnisses würde bereits den Annahmeverzug beenden (*vgl. BAG 17. November 2011 - 5 AZR 564/10 - Rn. 17, BAGE 140, 42*). 31

Lehnt der Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Änderungskündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen ab, kann hierin ein böswilliges Unterlassen liegen. Die Sozialwidrigkeit der Kündigung hat nicht zwingend die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit zu geänderten Bedingungen zur Folge (*MüKoBGB/Hergenröder 8. Aufl. KSchG § 11 Rn. 25*). Die Wahlmöglichkeit des § 2 Satz 1 KSchG wird also durch § 11 Nr. 2 KSchG faktisch eingeschränkt, sie steht gleichsam unter dem Vorbehalt der Obliegenheit 32

des § 11 Nr. 2 KSchG. Die Ablehnung des Änderungsangebots im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung ist deshalb im Grundsatz nicht anders zu beurteilen als die Ablehnung eines entsprechenden Angebots nach erfolgter Kündigung (vgl. *Linck/Krause/Bayreuther/Linck 16. Aufl. KSchG § 11 Rn. 28*).

bb) 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 und bei der gebotenen Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt wurden oder das Ergebnis in sich widersprüchlich ist (*BAG 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 14; 19. Mai 2021 - 5 AZR 420/20 - Rn. 16 mwN*). 33

cc) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht Stand, weil es nicht alle wesentlichen tatsächlichen Umstände gewürdigt hat. 34

(1) Das Berufungsgericht hat bei der Prüfung der Böswilligkeit nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Klägerin im Kündigungsschutzverfahren auf eine für sie mögliche Weiterbeschäftigung als Servicekraft hingewiesen und später im Zusammenhang mit der geltend gemachten Annahmeverzugsvergütung eine derartige Tätigkeit für unzumutbar gehalten hat. Es hat hierzu lediglich ausgeführt, die subjektive Einschätzung (der Arbeitnehmerin) zur Zumutbarkeit einer Beschäftigung im Kündigungsschutzprozess sei nicht mit dem Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung gleichzusetzen. Dies trifft zwar abstrakt zu, führt aber nicht dazu, dass dieser Gesichtspunkt bei der Prüfung vollständig außer Betracht bleibt. Das Landesarbeitsgericht hat nicht beachtet, dass der Arbeitnehmer nach einer betriebs- oder personenbedingten Kündigung die Möglichkeit einer anderweitigen Weiterbeschäftigung mit Erfolg geltend machen kann, wenn er das Anforderungsprofil dieser Stelle erfüllt und ihm eine Tätigkeit auf dem freien Arbeitsplatz nicht objektiv schlechthin unzumutbar ist (vgl. *KR-Rachor 13. Auf. § 1 KSchG Rn. 240*). In diesem Fall soll grundsätzlich der Arbeitnehmer 35

selbst entscheiden können, ob er eine Weiterbeschäftigung unter veränderten, möglicherweise erheblich schlechteren Arbeitsbedingungen akzeptiert oder nicht. Beruft er sich zeitnah auf eine solche ihm bekannte Beschäftigungsmöglichkeit, ist grundsätzlich von deren Zumutbarkeit auszugehen (*BAG 26. März 2015 - 2 AZR 417/14 - Rn. 28 mwN, BAGE 151, 199*). Die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit hat damit auch eine subjektive Komponente. Hätte das Landesarbeitsgericht dies berücksichtigt, hätte es erkennen können und müssen, dass das Verhalten der Klägerin widersprüchlich war, weil sie sich im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens auf eine Tätigkeit als Servicekraft als zumutbare und mögliche Weiterbeschäftigung berufen und eine anschließend angebotene, jedenfalls im Wesentlichen gleichartige Tätigkeit als Prozessbeschäftigung abgelehnt hat.

(2) Auch dieser Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts verlangt keine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, da der wesentliche Sachverhalt festgestellt und weiterer Vortrag nicht zu erwarten ist. 36

(a) Wenn sich ein Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess auf die Möglichkeit der Zuweisung einer aus seiner subjektiven Sicht zumutbaren geringwertigen Tätigkeit als die Kündigung ausschließendes milderer Mittel beruft, ist es ihm nach § 242 BGB regelmäßig verwehrt, im Annahmeverzugsprozess die objektive Unzumutbarkeit einer entsprechenden Tätigkeit geltend zu machen. Hierin liegt ein widersprüchliches Verhalten. Die Klägerin konnte sich deshalb unabhängig davon, ob ihr die angebotene Prozessbeschäftigung als Servicekraft objektiv zumutbar war nicht mehr auf eine etwaige Unzumutbarkeit berufen. Der Einwand der Klägerin, ihre Bereitschaft zur Ausübung der Tätigkeit hätte nur nach Ausspruch einer Änderungskündigung bestanden, während die Situation nach Ausspruch einer Beendigungskündigung nicht vergleichbar sei, ist rechtlich nicht erheblich. Die Klägerin verkennt, dass die abgelehnte Prozessbeschäftigung keine dauerhafte Änderung der Arbeitsbedingungen bewirkt hätte, während die im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens erklärte Bereitschaft, zu geänder- 37

ten Bedingungen weiterzuarbeiten, zu einer dauerhaften Änderung der Arbeitsbedingungen geführt hätte. Die im Kündigungsschutzverfahren erklärte - hypothetische - Bereitschaft war also weitgehender als das, was im Rahmen der Prozessbeschäftigung von ihr gefordert gewesen wäre.

(b) Diesem Ergebnis stehen die bindenden tatsächlichen Feststellungen (§ 559 Abs. 2 ZPO) des Landesarbeitsgerichts nicht entgegen. Es hat im Rahmen der Entscheidungsgründe zwar ausgeführt, die Argumentation der Beklagten überzeuge „auch in tatsächlicher Hinsicht“ nicht, weil sich nach deren Vorbringen die Klägerin im Kündigungsrechtsstreit auf eine ausgeschriebene Stelle als Bedienung bezogen habe, im Rahmen der Prozessbeschäftigung jedoch nicht diese Position (für eine ausgebildete Servicekraft) von der Beklagten angeboten worden sei, sondern eine durch Zusammenfassung der Stellen mehrerer ungelerner Abrufrkräfte geschaffene neue Position. Damit hat das Landesarbeitsgericht in tatsächlicher Hinsicht nur festgestellt, dass die Beklagte vorgetragen hat, sie habe der Klägerin eine andere Stelle als Servicekraft angeboten als die ursprünglich ausgeschriebene, auf die sich die Klägerin im Gütetermin des Kündigungsschutzverfahrens berufen hatte. Ob es sich tatsächlich um unterschiedliche Stellen handelte, kann dahinstehen. Denn die Berufungsentscheidung enthält keine tatsächlichen Feststellungen dazu, dass die Klägerin, auf deren Einschätzung es insoweit ankommt, die angebotene Prozessbeschäftigung abgelehnt hat, weil es sich nicht um die ursprünglich inserierte Stelle handelte. 38

b) Die Klägerin muss sich im Rahmen von § 11 Nr. 2 KSchG lediglich den Bruttoverdienst von 2.000,00 Euro monatlich aus der angebotenen Prozessbeschäftigung ab dem 1. Oktober 2017 anrechnen lassen, nicht aber zusätzlich möglicherweise bei dieser Tätigkeit erzielbare Trinkgelder. 39

aa) Der Begriff des „Verdienenkönnens“ in § 11 Nr. 2 KSchG ist einschränkend dahingehend auszulegen, dass er sich nur auf vertraglich geregelte Ansprüche für eine zumutbare Arbeit gegen den jeweiligen Vertragspartner bezieht. Die Chance, Trinkgelder - schenkweise Zuwendungen von Dritten (vgl. *Sagan NJW 2019, 1977, 1978; Staudinger/Chiusi [2021] BGB § 516 Rn. 53*) - erhalten zu können, ist insoweit unerheblich. Für die Nichtanrechnung im Rahmen von 40

§ 11 Nr. 2 KSchG spricht auch, dass das Trinkgeld üblicherweise nicht zum Arbeitsentgelt zählt, und deshalb weder im Falle von Urlaub noch im Falle der Erkrankung fortzuzahlen ist (vgl. *Schmitt/Küfner-Schmitt in Schmitt EFZG 8. Aufl. § 4 EFZG Rn. 116 mwN; Hexel in Münchner Anwaltshandbuch ArbR 5. Aufl. § 20 Rn. 24*). Es wird dementsprechend auch nicht als Annahmeverzugslohn geschuldet (vgl. *LAG Hamburg 13. Februar 2008 - 5 Sa 69/07 - zu II der Gründe*).

bb) Auch der Siebte Senat ist im Jahr 1995 (*BAG 28. Juni 1995 - 7 AZR 1001/94 - zu I 1 und 2 und zu II 1 der Gründe, BAGE 80, 230*) davon ausgegangen, dass Trinkgelder nicht zum Arbeitsverdienst zählen und ebenso keine zum Arbeitsentgelt gehörenden Sachbezüge darstellen. Soweit er im Rahmen eines obiter dictums ausgeführt hat, in Ausnahmefällen könne - aufgrund einer besonderen vertraglichen Vereinbarung - die Verschaffung einer Verdienstmöglichkeit, namentlich die Möglichkeit Trinkgelder in Empfang zu nehmen, ein Naturalbezug sein, ergibt sich für den vorliegenden Fall kein anderes Ergebnis, weil eine derartige besondere vertragliche Vereinbarung nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht vorgesehen war. Sie ergibt sich weder aus dem ab dem 1. Oktober 2017 angebotenen Arbeitsvertrag über eine Prozessbeschäftigung noch aus dem dazugehörigen Anschreiben. 41

c) Die Anrechnung unterlassenen Verdienstes iHv. 2.000,00 Euro brutto monatlich endete mit Ablauf des 2. Dezember 2018. Nach Verkündung der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts im Kündigungsschutzrechtsstreit am 28. November 2018 forderte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 29. November 2018 auf, am 3. Dezember 2018 zu einem Gespräch über Einsatzmöglichkeiten zu erscheinen. Dieser Weisung kam die Klägerin nach. Am 4. Dezember 2018 erschien sie erneut zum angewiesenen Zeitpunkt am von der Beklagten bestimmten Ort. Auf das weitere Angebot einer Prozessbeschäftigung ab dem 4. Dezember 2018 als Zimmermädchen/Frühstückskraft musste sich die Klägerin, die ein vorläufig vollstreckbares Weiterbeschäftigungsurteil erstritten hatte, nicht einlassen (vgl. *BAG 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 16, 18*). Hierauf hat ihr Prozessbevollmächtigter unverzüglich, mit Faxschreiben vom folgenden Tag, hingewiesen. Für die Zeit vom 3. Dezember 2018 bis 10. Dezember 42

2018 steht der Klägerin also der ungekürzte Annahmeverzugslohnanspruch zu. Ab dem 11. Dezember 2018 war der Annahmeverzug aufgrund der fehlenden subjektiven Leistungswilligkeit der Klägerin ausgeschlossen, da sie der Arbeitsaufforderung vom 10. Dezember 2018, zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ihre bisherige Tätigkeit wieder auszuüben, nicht nachgekommen ist (*vgl. Rn. 17 ff.*).

3. Die Berechnung der noch zu zahlenden und dabei anzurechnenden Beträge folgt den vom Senat hierzu aufgestellten Grundsätzen. 43

a) Der anderweitige Verdienst, den die Klägerin während des Anrechnungszeitraums böswillig unterlassen hat, ist nicht pro-rata-temporis, sondern auf die Gesamtvergütung für die Dauer des (beendeten) Annahmeverzugs anzurechnen (*vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 29, BAGE 141, 340*). Für die Vergleichsberechnung ist daher zunächst die Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste zu ermitteln. Dem ist das gegenüberzustellen, was der Arbeitnehmer in der betreffenden Zeit zu erwerben böswillig unterlassen hat (*BAG 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 32*). 44

b) Wenn sich der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs nach § 11 Nr. 2 KSchG auf das vom Arbeitgeber geschuldete Arbeitsentgelt böswillig unterlassenen Verdienst anrechnen lassen muss, ist nur in Höhe des Anteils, den der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG noch vom Arbeitgeber verlangen kann, das bezogene Arbeitslosengeld nach § 11 Nr. 3 KSchG zur Anrechnung zu bringen (*BAG 11. Januar 2006 - 5 AZR 125/05 - Rn. 15 ff., BAGE 116, 355*). Bei der Berechnung dieser Anteile sind im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtberechnung die bereits rechtskräftig vom Arbeitsgericht ausgeurteilten Beträge für September 2017 mit einzubeziehen. Die für den Monat Dezember 2018 notwendige anteilige Berechnung der Vergütung wegen Annahmeverzugs ist auf der Grundlage eines Tagessatzes von einem Dreißigstel des Monatsentgelts durchzuführen (*vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 24, BAGE 141, 340*), entsprechendes gilt für die anteilig zu berücksichtigenden öffentlich-rechtlichen Leistungen. 45

c) Der Gesamtbetrag der Vergütung wegen Annahmeverzugs beläuft sich hiernach ausgehend von 3.500,00 Euro brutto monatlich für den Zeitraum 1. September 2017 bis zum 10. Dezember 2018 auf 53.666,67 Euro brutto. Unter Berücksichtigung einer Anrechnung von 2.000,00 Euro brutto monatlich im Zeitraum vom 1. Oktober 2017 bis zum 2. Dezember 2018 ergibt sich ein insgesamt zu zahlender Betrag von 25.533,33 Euro brutto. Abzüglich des bereits vom Arbeitsgericht zugesprochenen Betrags von 3.500,00 Euro für September 2017 stehen der Klägerin hiernach noch 22.033,33 Euro brutto zu. Bezogen auf den Gesamtzeitraum kann die Klägerin danach einen Anteil von 47,58 Prozent des ungekürzten Annahmeverzugslohns verlangen. 46

Im Gesamtzeitraum des Annahmeverzugs der Beklagten hat die Klägerin öffentlich-rechtliche Leistungen iHv. 15.767,24 Euro netto bezogen. In Höhe des Anteils von 47,58 Prozent des ungekürzten Annahmeverzugslohns, den die Klägerin beanspruchen kann, sind die bezogenen öffentlich-rechtlichen Leistungen anzurechnen, mithin iHv. 7.502,05 Euro netto. Unter Berücksichtigung des bereits vom Arbeitsgericht ausgeteilten Abzugs von 1.178,20 Euro (für September 2017) ergibt sich noch ein Anrechnungsbetrag von 6.323,85 Euro netto. 47

II. Der Klägerin stehen gesetzliche Zinsen jedenfalls ab dem zuletzt geltend gemachten Zeitpunkt zu. 48

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 49

Linck

Volk

Bubach

Schad

Mattausch