

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 13. Juli 2022
- 5 AZR 498/21 -
ECLI:DE:BAG:2022:130722.U.5AZR498.21.0

I. Arbeitsgericht Reutlingen

Urteil vom 4. Mai 2021
- 7 Ca 194/19 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 18. November 2021
- 7 Sa 56/21 -

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzugsvergütung - Ausschlussfristen

Leitsatz:

Der Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs kann in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns einer Ausschlussfrist nicht unterworfen werden.

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 498/21

7 Sa 56/21

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

13. Juli 2022

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Juli 2022 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie die ehrenamtlichen Richter Ilgenfritz-Donné und Raabe für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 18. November 2021 - 7 Sa 56/21 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns für den Zeitraum 1. Juli bis 9. August 2017. 1

Der Kläger war seit Juli 2008 bei dem beklagten Bauunternehmen als Vorarbeiter beschäftigt und betrieb daneben ein eigenes Baugewerbe. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien, das durch Eigenkündigung des Klägers zum 15. Oktober 2017 endete, fand der für allgemeinverbindlich erklärte Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 4. Juli 2002 idF vom 10. Juni 2016 (BRTV-Bau) Anwendung. Dieser enthält in § 14 eine zweistufige Ausschlussfristenregelung, wonach - auf der ersten Stufe - alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden. 2

Am 21. Juni 2017 fand zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer der Beklagten ein Gespräch statt, dessen Inhalt im Einzelnen streitig geblieben ist, und in dessen Verlauf dem Kläger ein Schreiben der Beklagten vom selben Tag übergeben wurde, das wie folgt lautet: 3

„Auflösung des Arbeitsverhältnisses / Kündigung gemäß § 1 a KSchG

Sehr geehrter Herr M,

wir nehmen Bezug auf das heute in unserem Büro geführte Gespräch. Dieses Gespräch hatte Ihre beiden Abmahnungen zum Gegenstand. Hierin haben Sie außerdem bestä-

tigt, dass Sie sich nicht mehr in der Firma wohl fühlen und sich daher auch in Ihrem Arbeitsverhalten zurückgenommen haben.

Hiermit lösen wir im beiderseitigen Einvernehmen das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung zum

21.06.2017.

Aus gesetzlichen Gründen müssen wir Sie darauf hinweisen, dass Sie verpflichtet sind, sich spätestens innerhalb von drei Tagen bei der zuständigen Agentur für Arbeit persönlich arbeitssuchend zu melden. Eine verspätete Meldung kann zu einer Minderung Ihres Arbeitslosengeldanspruchs führen. Weiterhin sind Sie verpflichtet, sich aktiv um eine neue Beschäftigung zu bemühen.

Ihre Arbeitspapiere erhalten Sie mit der Beendigung Ihres Arbeitsverhältnisses. Wir danken für Ihre Tätigkeit bei O GmbH und wünschen für Ihre weitere Zukunft alles Gute.“

Nachdem der Kläger mit Schriftsatz vom 30. Juni 2017 Kündigungsschutzklage erhoben hatte, teilte die Beklagte - nach erfolgloser Güteverhandlung - dem Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Anwaltsschreiben vom 9. August 2017 ua. mit:

4

„Sehr geehrter Herr Kollege W,

ich hatte inzwischen Gelegenheit mit meiner Partei erneut die Sache abschließend zu erörtern.

Zunächst darf ich festhalten, dass hier keine außerordentliche fristlose oder sonstige Kündigung vom 21.06.2017 vorliegt.

Hier ging ich persönlich von einem falschen Schreiben aus.

Was meine Mandantin unterschrieben hat, ist lediglich das Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages unter dem 21.06.2017 zum 30.06.2017 und zwar im beiderseitigen Einvernehmen.

Eine einseitige Willenserklärung in der Form, dass das Arbeitsverhältnis zu Ihrem Mandanten, wie auch immer, fristlos oder ordentlich gekündigt wurde, gibt es nicht.

Klarstellend darf ich für meine Partei mitteilen, dass diese auch aus dem Schreiben vom 21.06.2017 keine Rechte herleitet.

Ihr Mandant wird aufgefordert, unverzüglich die Arbeit bei meiner Partei aufzunehmen. Er wird vertragsgemäß beschäftigt werden.

Klarstellend möchte ich auch darauf hinweisen, dass Ihr Mandant auch nach dem 21.06.2017, auch nicht bis zum 30.06.2017, die Arbeit aufgenommen oder angeboten hat.

...“

Unter demselben Datum erklärte die Beklagte gegenüber dem Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozess, „der klageweise geltend gemachte Anspruch des Klägers (werde) vollumfänglich anerkannt“. Weiter führte sie aus, sie habe „entgegen der Kündigungsschutzklage keinerlei Kündigung unter dem 21.06.2017 ausgesprochen“, „sondern lediglich ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages zum 30.06.2017 dem Kläger unterbreitet“.

Zur Arbeit erschien der Kläger nicht mehr. Vergütung zahlte ihm die Beklagte bis zum 30. Juni 2017.

Am 24. August 2017 erließ das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozess ein Anerkenntnis-Teilurteil, mit dem ua. festgestellt wurde, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die schriftliche Kündigung vom 21. Juni 2017 nicht aufgelöst wird, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 21. Juni 2017 hinaus fortbesteht. Außerdem verurteilte es die Beklagte, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits weiter zu beschäftigen.

Mit der gut zwei Jahre später, am 1. Oktober 2019, anhängig gemachten Leistungsklage hat der Kläger Vergütung wegen Annahmeverzugs für den Zeitraum 1. Juli bis 9. August 2017 unter Abzug des für August 2017 erhaltenen Arbeitslosengeldes verlangt und geltend gemacht, die Beklagte sei im Streitzeitraum wegen ihrer unwirksamen Arbeitgeberkündigung im Annahmeverzug gewesen, ohne dass es eines Angebots der Arbeitsleistung bedurft hätte. Dass die Beklagte eine Kündigung ausgesprochen habe, stehe durch die Bindungswirkung des Anerkenntnis-Teilurteils im Kündigungsschutzprozess fest. Der Vergütungsanspruch bestehe jedenfalls noch in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns von - damals - 8,84 Euro brutto je Stunde, denn insoweit greife die tarifliche Ausschlussfrist des § 14 Nr. 1 BRTV-Bau nicht ein. Die vereinbarte Arbeitszeit habe

jeweils 9,5 Stunden montags bis donnerstags und 8,5 Stunden freitags betragen. Ein anderweitiges Arbeitsverhältnis habe er erst am 1. September 2017 begonnen, anderweitigen Verdienst aus seinem Baugewerbe müsse er sich nicht anrechnen lassen, weil dieser Nebenverdienst während der Beschäftigung bei der Beklagten auch nicht angerechnet worden sei.

Der Kläger hat - nach Klagerücknahme im Übrigen - zuletzt sinngemäß beantragt, 9

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.728,22 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. August 2017 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 579,02 Euro brutto abzüglich von der Agentur für Arbeit gezahlter 310,32 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. September 2017 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, sie habe sich mangels Arbeitsangebots des Klägers nicht im Annahmeverzug befunden. Das Schreiben vom 21. Juni 2017 enthalte keine Arbeitgeberkündigung, sondern sei ihr Angebot an den Kläger, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich durch Aufhebungsvertrag zum 30. Juni 2017 zu beenden. Aus dem Anerkenntnis-Teilurteil ergebe sich nicht, dass sie tatsächlich eine Kündigung ausgesprochen habe. Es sei eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewollt gewesen. Der Kläger habe bei dem Gespräch am 21. Juni 2017 erklärt, er habe „keinen Bock“ mehr, für die Beklagte zu arbeiten, und längst eine neue Stelle. Um Geld zu verdienen, wolle er weiterhin auch noch nebenbei arbeiten. Die vom Kläger behauptete Arbeitszeit sei unzutreffend, gearbeitet worden seien von Montag bis Freitag jeweils maximal acht Stunden. Außerdem hat die Beklagte gemeint, der Kläger müsse sich anderweitigen Verdienst aus einem neuen Arbeitsverhältnis, das er nahtlos eingegangen sei, anrechnen lassen. Dasselbe gelte für anderweitigen Verdienst des Klägers aus seiner nebengewerblichen Tätigkeit, die er ab dem 22. Juni 2017 und verstärkt in den Monaten Juli und August 2017 ausgeübt habe. Schließlich sei der Anspruch des Klägers nach § 14 BRTV-Bau wegen 10

nicht rechtzeitiger Geltendmachung verfallen. Dem stehe § 3 MiLoG nicht entgegen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision begehrt. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts nicht zurückgewiesen werden. 12

I. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht erkannt, dass ein möglicher Anspruch des Klägers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns jedenfalls nicht nach der Ausschlussfristenregelung in § 14 Nr. 1 BRTV-Bau verfallen wäre. Dem steht § 3 Satz 1 MiLoG entgegen. 13

1. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass entsprechend den Feststellungen des Arbeitsgerichts, auf die das Landesarbeitsgericht in seinem - recht knappen - Tatbestand Bezug genommen hat, auf ihr Arbeitsverhältnis der für allgemeinverbindlich erklärte BRTV-Bau Anwendung fand, der im Streitzeitraum idF vom 10. Juni 2016 galt. Nach § 14 Nr. 1 BRTV-Bau verfallen alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden. Dazu gehören alle Ansprüche, die die Arbeitsvertragsparteien aufgrund ihrer durch den Arbeitsvertrag begründeten Rechtsbeziehung gegeneinander haben, ohne dass es auf die materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage ankommt (*BAG 27. Januar 2016 - 5 AZR 277/14 - Rn. 17 mwN, BAGE 154, 93*). Die Tarifnorm erfasst daher 14

auch den Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB, den es ohne Arbeitsverhältnis nicht gäbe. Das bestätigt § 14 Nr. 2 Satz 2 BRTV-Bau, wenn er - auf der zweiten Stufe - von dem Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers ausnimmt, die während eines Kündigungsschutzprozesses fällig werden.

2. Der Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs wird rätierlich wie derjenige wegen tatsächlich geleisteter Arbeit nach § 5 Nr. 7.2 BRTV-Bau am 15. des Monats fällig, der auf den Monat folgt, für den die Vergütung zu zahlen ist. Im Streitfall sind dies der 15. August 2017 für den Julilohn und der 15. September 2017 für den Augustlohn. Dass der Kläger die tarifliche Ausschlussfrist nicht gewahrt hat, steht zwischen den Parteien außer Streit. 15

3. Die Ausschlussfristenregelung des § 14 Nr. 1 BRTV-Bau ist jedoch insoweit unwirksam, als sie die Geltendmachung des Anspruchs auf den gesetzlichen Mindestlohn beschränkt, § 3 Satz 1 MiLoG. Das hat der Senat für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 Abs. 1 EFZG bereits entschieden (*BAG 20. Juni 2018 - 5 AZR 377/17 - Rn. 19 ff., BAGE 163, 99; zur Teilunwirksamkeit einer tariflichen Verfallfrist, die den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausnimmt vgl. auch BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 541/17 - Rn. 41; 27. Oktober 2020 - 9 AZR 531/19 - Rn. 15; zur Unverfallbarkeit des Anspruchs auf Entgeltzahlung an Feiertagen in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns sh. BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 43/18 - Rn. 37 ff., BAGE 165, 205*). Für den Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns gilt nichts Anderes. 16

a) § 3 Satz 1 MiLoG erfasst unmittelbar nur den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn für geleistete Arbeit. § 615 Satz 1 BGB erhält jedoch dem Arbeitnehmer im Annahmeverzugszeitraum den Vergütungsanspruch aus § 611a Abs. 2 BGB aufrecht, es gilt das Lohnausfallprinzip (*allgA, vgl. nur BAG 7. November 2002 - 2 AZR 742/00 - zu B I 1 e der Gründe, BAGE 103, 265; APS/Biebl 6. Aufl. KSchG § 11 Rn. 16; ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 76; Staudinger/Fischinger [2022] § 615 Rn. 135; HWK/Krause 10. Aufl. § 615 BGB Rn. 79; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 95 Rn. 65 - jeweils mWN*) mit der 17

Folge, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich so zu stellen ist, als hätte er gearbeitet. Dies verlangt, den Mindestlohn nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MiLoG als Geldfaktor in die Berechnung der Annahmeverzugsvergütung einzustellen, soweit nicht aus anderen Rechtsgründen ein höherer Vergütungsanspruch besteht. Denn anderenfalls stünde der Arbeitnehmer entgegen dem Gesetzesbefehl des § 615 Satz 1 BGB schlechter als er bei tatsächlicher Arbeit gestanden hätte. In diesem Falle hätte er - unbeschadet von Ausschlussfristen - jedenfalls den gesetzlichen Mindestlohn erhalten (*BAG 20. Juni 2018 - 5 AZR 377/17 - Rn. 33 f., BAGE 163, 99; 30. Januar 2019 - 5 AZR 43/18 - Rn. 40, BAGE 165, 205; 6. Dezember 2017 - 5 AZR 699/16 - Rn. 16 ff.; im Ergebnis ebenso die hM im Schrifttum, vgl. - pars pro toto - MüKoBGB/Müller-Glöge 8. Aufl. § 1 MiLoG Rn. 28; ErfK/Franzen 22. Aufl. MiLoG § 1 Rn. 20; HK-MiLoG/Düwell 2. Aufl. § 1 Rn. 16 ff.; Thüsing/Bayreuther MiLoG und AEntG 2. Aufl. § 1 MiLoG Rn. 64; Staudinger/Richardi/Fischinger [2020] § 611a Rn. 1414; HWK/Sittard 10. Aufl. § 1 MiLoG Rn. 8; Schaub ArbR-HdB/Vogelsang 19. Aufl. § 66 Rn. 48; Riechert/Nimmerjahn Mindestlohngesetz 2. Aufl. § 1 Rn. 40 - jeweils mwN*). Seit dem 1. Januar 2015 kann deshalb der Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns einer tariflichen (oder sonstigen) Ausschlussfrist nicht mehr unterworfen werden.

b) Dem stehen weder die Abdingbarkeit des § 615 BGB noch die „Anrechnungsvorschriften“ des § 615 Satz 2 BGB und § 11 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG entgegen. 18

aa) § 615 BGB ist grundsätzlich abdingbar (*BAG 10. Januar 2007 - 5 AZR 84/06 - Rn. 28; ausf. hierzu MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. Bd. 1 § 76 Rn. 11 ff.*) mit der Folge, dass ein Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nicht entsteht. Daraus folgt aber lediglich, dass ein solcher auch nicht in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns entstehen kann. Ist die Abbedingung des § 615 BGB wirksam einzel- oder tarifvertraglich vereinbart, ist der Arbeitnehmer gerade nicht so zu stellen, als hätte er gearbeitet (*ErfK/Franzen 22. Aufl. MiLoG § 1 Rn. 20; insoweit zutr. MHdB ArbR/Tillmanns aaO Rn. 59*). Ist § 615 BGB jedoch nicht wirksam abbedungen, muss der Arbeitnehmer so gestellt werden, als hätte er 19

gearbeitet. Dann hätte er im Verzugszeitraum auch Anspruch auf Entgelt jedenfalls in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns gehabt mit der Folge, dass § 3 Satz 1 MiLoG zur Anwendung kommt (*aA MHdB ArbR/Tillmanns aaO Rn. 59*). Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Abbedingung des § 615 BGB auch im Falle einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung wirksam sein kann, oder ob damit nicht der gesetzliche Kündigungsschutz unterlaufen werden würde (*so zB ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 8; HWK/Krause 10. Aufl. § 615 BGB Rn. 107; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 11; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 95 Rn. 5 - jeweils mwN*), braucht der Senat nicht zu entscheiden. Im Streitfall ist § 615 BGB weder arbeitsvertraglich noch durch den BRTV-Bau abbedungen.

bb) Muss sich der Arbeitnehmer nach § 615 Satz 2 BGB oder § 11 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG tatsächlich erzielten oder böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienst „anrechnen“ lassen, hindert dies bereits die Entstehung des Annahmeverzugsanspruchs und führt nicht nur zu einer Aufrechnungslage (*st. Rspr., vgl. nur BAG 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 12 mwN*). Entsteht danach der Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs überhaupt nicht, kann er auch nicht - entgegen der Befürchtung der Revision - *contra legem* in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns bestehen. Entsteht er wegen der „Anrechnung“ in geringerer Höhe als der vertragliche Vergütungsanspruch, besteht kein Grund, den Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nicht bis zur Höhe des gesetzlichen Mindestlohns vor Verfallfristen zu sichern. Denn hätte der Arbeitnehmer bei dem sich im Annahmeverzug befindlichen Arbeitgeber arbeiten dürfen, hätte er jedenfalls den gesetzlichen Mindestlohn erhalten. 20

II. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann der Senat jedoch nicht entscheiden, ob im Streitzeitraum überhaupt ein Anspruch des Klägers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs entstanden ist, der in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns nicht nach § 14 Nr. 1 BRTV-Bau verfallen wäre. 21

1. Entgegen der Auffassung der Revision scheidet Annahmeverzug der Beklagten nicht am fehlenden Arbeitsangebot des Klägers. 22

- a) Der Arbeitgeber kommt gemäß § 293 BGB in Verzug, wenn er im erfüllbaren Arbeitsverhältnis die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung grundsätzlich tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers (§ 295 BGB) genügt, wenn der Arbeitgeber ihm zuvor erklärt hat, er werde die Arbeitsleistung nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen (*BAG 25. Februar 2015 - 1 AZR 642/13 - Rn. 41, BAGE 151, 35; 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 41, BAGE 151, 45*). Für den Fall der unwirksamen Arbeitgeberkündigung geht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon aus, ein Angebot der Arbeitsleistung sei regelmäßig nach § 296 BGB entbehrlich (*BAG 6. Dezember 2017 - 5 AZR 815/16 - Rn. 11 mwN*). Zudem kann ein Angebot der Arbeitsleistung ausnahmsweise nicht erforderlich sein, wenn offenkundig ist, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung, die geschuldete Arbeitsleistung anzunehmen, beharrt (*BAG 18. September 2019 - 5 AZR 240/18 - Rn. 19 mwN, BAGE 168, 25*) oder er aus offensichtlichen rechtlichen Gründen die geschuldete Leistung nicht annehmen kann (*vgl. BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 211/21 - Rn. 13 - „Lockdown“*).
- b) Davon ausgehend war ein Angebot der Arbeitsleistung jedenfalls im Streitzeitraum entbehrlich.
- aa) Dabei kann dahinstehen, ob - wovon das Landesarbeitsgericht ausgegangen ist - die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit ihrem Schreiben vom 21. Juni 2017 gekündigt hat. Denn jedenfalls war aufgrund dieses Schreibens offenkundig, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis als beendet ansah und den Kläger „mit sofortiger Wirkung“ nicht mehr beschäftigen wollte und nicht mehr beschäftigen würde. Dass - wie die Revision meint - die Beendigung erst zum 30. Juni 2017 erfolgen und außerdem noch die „Zustimmung“ des Klägers erforderlich sein sollte, lässt sich dem Schreiben der Beklagten nicht einmal ansatzweise entnehmen.
- bb) Die Entbehrlichkeit des Angebots der Arbeitsleistung entfiel erst mit Zugang des Anwaltsschreibens vom 9. August 2017, mit dem die Beklagte mitteilte,

aus dem Schreiben vom 21. Juni 2017 keine Rechte (mehr) herzuleiten und den Kläger aufforderte, die Arbeit (wieder) aufzunehmen. Für die Zeit danach verlangt der Kläger indes keine Vergütung wegen Annahmeverzugs.

2. Ohne weitere Sachaufklärung kann entgegen den Vorinstanzen nicht davon ausgegangen werden, der Kläger sei im Streitzeitraum leistungswillig gewesen. 27

a) Unbeschadet der sonstigen Voraussetzungen gerät der Arbeitgeber gemäß § 297 BGB nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außer Stande ist, die geschuldete Arbeitsleistung aus in seiner Person liegenden Gründen zu bewirken. Neben der Leistungsfähigkeit ist danach der Leistungswille eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen muss (*st. Rspr., vgl. nur BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 543/20 - Rn. 9 mwN*). Denn der leistungsunwillige Arbeitnehmer setzt sich selbst außer Stande, die Arbeitsleistung zu bewirken. Weil der Leistungswille eine innere Tatsache ist, reicht regelmäßig ein bloßes „Lippenbekenntnis“ des Arbeitnehmers hierzu nicht aus (*vgl. BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 27, BAGE 141, 34; ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 46; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 38*). 28

b) Der Arbeitgeber hat darzulegen und zu beweisen, dass der Arbeitnehmer zur Leistung objektiv außer Stande oder subjektiv nicht bereit war (*vgl. BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 15 mwN*). Wendet der Arbeitgeber die fehlende Leistungsfähigkeit oder den fehlenden Leistungswillen des Arbeitnehmers im Annahmeverzugszeitraum ein, reicht es zunächst aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen hierauf geschlossen werden kann. Sodann ist es Sache des Arbeitnehmers, die Indizwirkung zu erschüttern. Trägt er nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt die Behauptung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer sei während des Verzugszeitraums leistungsunfähig oder leistungsunwillig gewesen, als zugestanden. Anderenfalls ist der Arbeitgeber für die fehlende Leistungsfähigkeit bzw. fehlenden Leistungswillen begründenden Tatsachen beweispflichtig (*st. Rspr., vgl. nur - zum Leistungswillen - BAG 22. Februar 2012*). 29

- 5 AZR 249/11 - Rn. 17, BAGE 141, 34 und - zur Leistungsfähigkeit - BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 543/20 - Rn. 21 f. mwN).

c) Weil die Feststellung des Leistungswillens im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegt, steht den Tatsachengerichten insoweit ein Beurteilungsspielraum zu (BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 18). 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. Dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung hält das Berufungsurteil nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass die Beklagte ausreichend Indizien vorgebracht hat, die auf eine Leistungsunwilligkeit des Klägers hindeuten. 30

aa) Der Kläger ist unstreitig der Aufforderung der Beklagten, die Arbeit bei ihr wiederaufzunehmen, nicht nachgekommen und hat auch nach Erwirken des entsprechenden Anerkenntnis-Teilurteils die Arbeit nicht wiederaufgenommen. Gründe hierfür hat er bislang nicht genannt. Dieses Verhalten weist zwar unmittelbar nur auf fehlenden Leistungswillen für die außerhalb des eingeklagten Annahmeverzugszeitraums liegende Zeit hin, ist jedoch auch geeignet als Indiz für fehlenden Leistungswillen im streitgegenständlichen Zeitraum. War der Kläger, wovon auch die Vorinstanzen auszugehen scheinen, ab dem 10. August 2017 nicht mehr bereit, für die Beklagte zu arbeiten, muss er - soll sein Leistungswille nicht bloßes „Lippenbekenntnis“ bleiben - näher erläutern, warum er zunächst ernsthaft leistungswillig war, ihm dieser Leistungswille aber unmittelbar nach der Arbeitsaufforderung der Beklagten abhanden kam. 31

bb) Ein weiteres Indiz für fehlenden Leistungswillen wäre es, wenn der Kläger, was die Vorinstanzen bislang nur zugunsten der Beklagten als wahr unterstellt, nicht jedoch nach § 286 Abs. 1 ZPO festgestellt haben, in dem Gespräch am 21. Juni 2017 gesagt hatte, er habe „keinen Bock“ mehr, für die Beklagte zu arbeiten. In einer solchen Äußerung kommt entgegen der Auffassung der Vorinstanzen nicht nur „Unlust“ zum Ausdruck, vielmehr indiziert sie jedenfalls in Verbindung mit dem späteren Verhalten des Klägers, dass ihm auch im Streit- 32

zeitraum der ernsthafte Wille, weiterhin bei der Beklagten die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, fehlte.

cc) Nachdem beide Vorinstanzen davon ausgegangen sind, die Beklagte habe keine ausreichenden Indizien für fehlenden Leistungswillen des Klägers im streitgegenständlichen Zeitraum vorgebracht, gebieten der Anspruch auf rechtliches Gehör (*Art. 103 Abs. 1 GG*) und das aus *Art. 2 Abs. 1 GG* iVm. dem Rechtsstaatsprinzip (*Art. 20 Abs. 3 GG*) hergeleitete „allgemeine Prozessgrundrecht“ auf ein faires Verfahren (*dazu BAG 14. September 2020 - 5 AZB 23/20 - Rn. 27 mwN, BAGE 172, 186*), dem Kläger im fortgesetzten Berufungsverfahren die Möglichkeit zu eröffnen, sich substantiiert dazu einzulassen, warum er im Streitzeitraum leistungswillig gewesen sein will, obwohl er später der Arbeitsaufforderung der Beklagten nicht nachgekommen ist. 33

3. Stellt das Landesarbeitsgericht - ggf. nach Beweisaufnahme über den Inhalt des Gesprächs am 21. Juni 2017 - fest, dass der Kläger im Streitzeitraum leistungswillig und die Beklagte damit im Annahmeverzug war, wird es zudem der Frage der Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 1 KSchG nachgehen müssen. 34

a) Nach derzeitigem Verfahrensstand hat der Kläger im Streitzeitraum keinen anderweitigen Verdienst aus einem neuen Arbeitsverhältnis erzielt. Zutreffend hat insoweit das Arbeitsgericht, dessen Gründe sich das Landesarbeitsgericht zu eigen gemacht hat, angenommen, die für die Erzielung anderweitigen Verdienstes darlegungs- und beweispflichtige Beklagte habe das Vorbringen des Klägers, er habe erst zum 1. September 2017 ein neues Arbeitsverhältnis begründet, nicht widerlegt. 35

b) Unberücksichtigt gelassen haben die Vorinstanzen aber das Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe im Streitzeitraum, insbesondere in den Monaten Juli und August 2017, verstärkt in seinem eigenen Gewerbebetrieb gearbeitet und dabei erheblichen Verdienst erzielt. Darauf hat der Kläger lediglich erwidert, Verdienst aus seinem Gewerbebetrieb müsse er sich nicht anrechnen lassen, 36

weil ein solcher Nebenverdienst auch während des vollzogenen Arbeitsverhältnisses nicht angerechnet worden sei. Das ist in dieser Pauschalität nicht richtig.

aa) Anderweitiger Verdienst ist nach § 11 Nr. 1 KSchG auf den Vergütungsanspruch wegen Annahmeverzugs dann und insoweit anzurechnen, als der anderweitige Verdienst kausal durch das Freiwerden von der bisherigen Arbeitspflicht ermöglicht wurde (*BAG 24. Februar 2016 - 5 AZR 425/15 - Rn. 16, BAGE 154, 192; 9. Februar 2022 - 5 AZR 347/21 - Rn. 28*). Dabei ist es unerheblich, in welcher Weise die frei gewordene Arbeitskraft verwertet wird. Anzurechnen sind deshalb nicht nur Entgelte aus einem Arbeitsverhältnis, sondern auch Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit (*allgA, vgl. nur APS/Biebl 6. Aufl. KSchG § 11 Rn. 18; ErfK/Kiel 22. Aufl. KSchG § 11 Rn. 4a; Staudinger/Fischinger [2022] § 615 Rn. 164; MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. Bd. 1 § 76 Rn. 67; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 95 Rn. 75 - jeweils mwN*). Weil die Parteien mit ihren Anträgen und Einwendungen den Zeitraum der bei § 11 Nr. 1 KSchG grundsätzlich vorzunehmenden Gesamtberechnung bestimmen (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 29, BAGE 141, 340*), kommt es auf Einkünfte des Klägers im Zeitraum 1. Juli bis 9. August 2017 an. 37

bb) Maßgeblich ist deshalb, ob der Kläger durch das Freiwerden von der Arbeitspflicht bei der Beklagten im Streitzeitraum in zeitlich höherem Umfang in seinem eigenen Gewerbebetrieb tätig werden konnte und tatsächlich tätig war und dadurch höhere Einkünfte erzielte, als er sie erzielt hätte, wenn er im Streitzeitraum bei der Beklagten gearbeitet hätte. Dazu wird der Kläger sich im fortgesetzten Berufungsverfahren erklären müssen. Hat er im Vergleich zu den entsprechenden Zeiten tatsächlicher Beschäftigung im Streitzeitraum durch das Freiwerden seiner Arbeitskraft höhere Einkünfte und dadurch einen höheren Gewinn aus seiner gewerblichen Tätigkeit erzielt, muss er sich die Differenz nach § 11 Nr. 1 KSchG anrechnen lassen. 38

III. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht auch 39
über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

Linck

Volk

Biebl

Raabe

Ilgenfritz-Donné