

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 12. Oktober 2022  
- 5 AZR 30/22 -  
ECLI:DE:BAG:2022:121022.U.5AZR30.22.0

I. Arbeitsgericht Celle

Urteil vom 18. November 2020  
- 2 Ca 103/19 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 9. November 2021  
- 10 Sa 15/21 -

---

Entscheidungsstichwort:

Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes

# BUNDEARBEITSGERICHT



5 AZR 30/22  
10 Sa 15/21  
Landesarbeitsgericht  
Niedersachsen

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
12. Oktober 2022

## URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Oktober 2022 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie die ehrenamtlichen Richter Menssen und Dr. Rahmstorf für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 9. November 2021 - 10 Sa 15/21 - 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 in der Revision noch über Vergütung wegen Annahmeverzugs und Nutzungsausfallentschädigung für den dem Kläger nicht zur Verfügung gestellten Dienstwagen für die Zeit von März 2019 (anteilig) bis April 2020. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten auf Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 25. Juni 2014 seit November 2014 in leitender Position tätig. Zuletzt belief sich sein Bruttomonatsgehalt auf 11.848,00 Euro zzgl. einer Kontoführungsgebühr. Für die in § 4 Abs. 1 Satz 2 des Arbeitsvertrags vorgesehene private Nutzung des Dienstwagens rechnete die Beklagte 809,00 Euro brutto monatlich nach der sog. 1 %-Regelung ab. Der Kläger betrieb neben seiner Tätigkeit für die Beklagte - steuerrechtlich betrachtet als Liebhaberei - ein Gewerbe unter dem Namen „S Kfz-Handel“. 2

Mit Schreiben vom 5. März 2019 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 31. Dezember 2019. Den Dienstwagen des Klägers hatte sie im Zusammenhang mit vorhergehenden Bestandsstreitigkeiten bereits am 30. Juni 2017 abholen lassen. Der Kläger meldete sich nach Zugang der Kündigung vom 5. März 2019 nicht arbeitsuchend und bezog keine Leistungen der Agentur für Arbeit. Das Arbeitsgericht hat im vorliegenden Rechtsstreit mit Urteil vom 18. November 2020 rechtskräftig entschieden, dass die Kündigungen vom 5. März 2019 unwirksam sind. 3

Im Wege mehrfacher Klageerweiterungen hat der Kläger zuletzt für die Zeit vom Zugang der Kündigung bis zum 30. April 2020 Vergütung wegen Annahmeverzugs iHv. 163.067,69 Euro sowie Schadensersatz wegen des Entzugs des Dienstwagens iHv. 11.133,38 Euro, insgesamt 174.201,07 Euro brutto nebst Zinsen verlangt. 4

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Annahmeverzugsforderung bestehe uneingeschränkt. Anderweitigen Verdienst habe er nicht iSv. § 11 Nr. 2 KSchG böswillig unterlassen. Es bestehe keine Obliegenheit des Arbeitnehmers, die Vermittlung der Bundesagentur für Arbeit in Anspruch zu nehmen. Jedenfalls hätte mit Blick auf die Rechtsprechungsänderung durch die Entscheidung vom 27. Mai 2020 (- 5 AZR 387/19 - BAGE 170, 327) nach Art. 20 Abs. 3 GG für den Streitzeitraum Vertrauensschutz gewährt werden müssen. Die Beklagte habe ihn zudem (unstreitig) nicht über seine Pflicht zur Arbeitslosmeldung informiert und damit ihrerseits eine sozialrechtliche Verpflichtung verletzt. Schließlich würden Positionen wie seine als Experte im öffentlichen Auftragswesen für Rüstungsgüter nicht über die Agentur für Arbeit vermittelt, sondern nur durch private Personalvermittler. Ein branchenfremder Wechsel sei nahezu ausgeschlossen. Der Kläger hat behauptet, dass er sich selbst auf verschiedenen Wegen um andere Stellen bemüht habe. Eine Obliegenheit zu einer selbständigen Tätigkeit im Kfz-Handel treffe ihn nicht. 5

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - sinngemäß zuletzt beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 174.201,07 Euro brutto nebst Zinsen nach bestimmter betragsmäßiger und zeitlicher Staffelung zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, die Verletzung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht sei auch für den Annahmeverzug von Bedeutung. Sie indizierte die Böswilligkeit nach § 11 Nr. 2 KSchG. Da die Agentur für Arbeit eine speziell auf Managerpositionen zugeschnittene Vermittlung anbiete, sei davon auszugehen, dass sie 7

auch dem Kläger eine entsprechende Position mit vergleichbarer Vergütung hätte vermitteln können.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten, die auf den Zahlungsantrag beschränkt war, hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage insoweit abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

8

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann der Berufung der Beklagten nicht stattgegeben werden. Zu Recht rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe im Rahmen der Prüfung des böswilligen Unterlassens anderweitigen Verdienstes (§ 11 Nr. 2 KSchG) die erforderliche Gesamtwürdigung der Umstände des Falls nicht vorgenommen. Zudem ist bezüglich des eingeklagten Gesamtbetrags zwischen der unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs geltend gemachten Arbeitsvergütung und der geforderten Entschädigung für die vorenthaltene Nutzung des Dienstwagens zu unterscheiden.

9

I. Soweit der Kläger Annahmeverzugsvergütung iHv. insgesamt 163.067,69 Euro brutto (einschließlich der Kontoführungsgebühr) verlangt hat, kann die Klage nicht mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung abgewiesen werden.

10

1. Das Berufungsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des Annahmeverzugs ab dem Zugang der Kündigung vom 5. März 2019 erfüllt sind. Die Beklagte hat den Kläger im Streitzeitraum nicht beschäftigt und befand sich aufgrund ihrer unwirksamen Arbeitgeberkündigung im Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB), ohne dass ein Angebot der Arbeitsleistung er-

11

forderlich gewesen wäre (vgl. BAG 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 19 mwN, BAGE 153, 85). Hierüber besteht - ebenso wie über die Höhe der im streitgegenständlichen Zeitraum geschuldeten Vergütung - zwischen den Parteien auch kein Streit.

2. Da im Streitzeitraum nach der rechtskräftig gewordenen Entscheidung des Arbeitsgerichts 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 (vgl. BAG 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 12 mwN). Auch dies hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt. 12

3. § 11 Nr. 2 KSchG bestimmt, dass sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen muss, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. 13

a) 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. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls (BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 31; 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 13). Die Unzumutbarkeit einer 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 19. Mai 2021 - 5 AZR 420/20 - Rn. 15). Dies schließt es aus, einen bei der Gesamtabwägung zu berücksichtigenden Umstand losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls gleichsam absolut zu setzen (BAG 23. Februar 2021 - 5 AZR 213/20 - Rn. 14). 14

- b) Bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Böswilligkeit“ (ebenso „Zumutbarkeit“) 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 Gesamtabwägung nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt wurden oder das Ergebnis in sich widersprüchlich ist (*BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 33; 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 14*). 15
- c) Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen hält die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger müsse sich in voller Höhe seiner Klageforderung böswillig unterlassenen Zwischenverdienst nach § 11 Nr. 2 KSchG anrechnen lassen, einer revisionsrechtlichen Kontrolle nicht stand. 16
- aa) Das Berufungsgericht ist nicht von den oben dargelegten Grundsätzen ausgegangen, die eine Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls erfordern. Es hat vielmehr gemeint, schon das Unterlassen der Meldung als arbeitsuchend erfülle das Merkmal böswilligen Unterlassens iSv. § 11 Nr. 2 KSchG, was wiederum unmittelbar zu einer Anrechnung hypothetischen Verdienstes in voller Höhe der Klageforderung führe. Das Landesarbeitsgericht legt damit den Fokus primär auf die Verletzung der sozialversicherungsrechtlichen Meldepflicht (§ 38 Abs. 1 SGB III) und setzt damit einen Aspekt weitgehend losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls gleichsam absolut. Ein solches Verständnis widerspricht - entgegen einer im Schrifttum geäußerten Befürchtung (*Fischer jurisPR-ArbR 35/2020 Anm. 1*) - auch bei einem Verstoß gegen die sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht der Senatsrechtsprechung (*vgl. Rn. 14*), wonach stets eine Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmen ist. 17
- bb) Da das Landesarbeitsgericht die Notwendigkeit einer umfassenden Abwägung nicht beachtet hat, hat es - folgerichtig - nicht alle für die Beurteilung wesentlichen tatsächlichen Umstände festgestellt und gewürdigt. Insbesondere hat 18

es sich nicht hinreichend mit den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses auseinandergesetzt, keine widerspruchsfreien Feststellungen zu den vom Kläger behaupteten eigenen Bemühungen um eine anderweitige Tätigkeit getroffen und diese dementsprechend ebenfalls nicht ausreichend berücksichtigen können. Ausgehend hiervon lässt sich nicht ausschließen, dass das Landesarbeitsgericht bei Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände zu einer anderen Beurteilung der Böswilligkeit iSv. § 11 Nr. 2 KSchG gelangt wäre.

4. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar, § 561 ZPO. Die Anrechnung eines hypothetischen Verdienstes aus selbständiger Tätigkeit kam nach den getroffenen Feststellungen vorliegend nicht in Betracht. Dem Vortrag der Beklagten sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass der Kläger mit Blick auf den zuvor hobbymäßig betriebenen Gebrauchtwagenhandel während des Annahmeverzugs zumutbarerweise eine selbständige Tätigkeit im Kfz-Handel in Vollzeit aufnehmen konnte und musste.

5. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann der Senat über die Begründetheit der Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nicht endentscheiden, zumal die Anwendung und Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe „Zumutbarkeit“ und „Böswilligkeit“ in erster Linie Sache der Tatsachengerichte ist. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Dieses wird im fortgesetzten Berufungsverfahren zur Beurteilung der Frage, ob der Kläger im Streitzeitraum durch die Verletzung der sozialrechtlichen Meldepflicht böswillig iSd. § 11 Nr. 2 KSchG handelte, die erforderliche umfassende Gesamtabwägung - ggf. nach Aufklärung streitig gebliebenen Sachvortrags der Parteien - nachzuholen haben.

a) Die Verletzung der in § 38 Abs. 1 SGB III geregelten Pflicht, sich innerhalb von drei Tagen nach Erhalt einer außerordentlichen Kündigung bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden, hat im Rahmen der durchzufüh-



renden Gesamtabwägung Beachtung zu finden (vgl. BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 47, BAGE 170, 327).

aa) § 38 Abs. 1 SGB III beinhaltet zwar eine rein sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht, mit der vorrangig arbeitsmarktpolitische und sozialversicherungsrechtliche Zwecke verfolgt werden. Dennoch ist diese auch im Rahmen der Anrechnungsvorschriften beim Annahmeverzug zu beachten, weil dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich das zugemutet werden kann, was ihm das Gesetz ohnehin abverlangt. Die sozialrechtlichen Handlungspflichten können bei der Auslegung des Begriffs des böswilligen Unterlassens am Maßstab der gemeinsamen Vertragsbeziehung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht außer Acht gelassen werden (vgl. BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 47, BAGE 170, 327; ErfK/Kiel 22. Aufl. KSchG § 11 Rn. 8; KR/Spilger 13. Aufl. § 11 KSchG Rn. 48; MüKoBGB/Hergenröder 8. Aufl. KSchG § 11 Rn. 20; Staudinger/Fischinger [2022] § 615 Rn. 173, jew. mwN; ablehnend Fischer jurisPR-ArbR 35/2020 Anm. 1). Denn der Arbeitnehmer darf nach § 11 Nr. 2 KSchG nicht vorsätzlich verhindern, dass ihm eine zumutbare Arbeit überhaupt angeboten wird (BAG 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 17). Dies betrifft auch die Fälle, in denen sich der Arbeitnehmer typischen Informationsangeboten - etwa denen der Agentur für Arbeit und der Jobcenter - verschließt, auch wenn er noch keine konkreten Stellenangebote vor Augen hat (Kolbe Anm. AP BGB § 615 Nr. 158). Dieses Normverständnis des § 11 Nr. 2 KSchG bedeutet indes nicht, dass die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten gleichsam „eins zu eins“ bei der Bestimmung des böswilligen Unterlassens herangezogen werden (so aber wohl Witteler/Brune NZA 2020, 1689, 1691; für eine bloße „Ausstrahlung“ Staudinger/Fischinger § 615 Rn. 174a). Sie bilden vielmehr Anknüpfungspunkte für die Konkretisierung des böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes.

22

bb) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war dem Kläger seine sozialrechtliche Verpflichtung, sich arbeitsuchend zu melden, bewusst. Ungeachtet dessen hat er davon abgesehen. Sein Verhalten war damit vorwerfbar im hier maßgeblichen Sinn und bei der nach § 11 Nr. 2 KSchG erforderlichen Abwägung zu berücksichtigen.

23

cc) Soweit die Revision einwendet, die Nichterfüllung der sozialrechtlichen Meldepflicht müsse vorliegend aus Vertrauensschutzgesichtspunkten unbeachtet bleiben, ist dies nicht zutreffend. 24

(1) Verfassungsrechtliche Gründe, insbesondere das Grundrecht des Klägers aus Art. 12 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG, stehen der Berücksichtigung der Verletzung der sozialrechtlichen Meldepflicht nicht entgegen. Hierfür ist unerheblich, dass die Entscheidung des Senats vom 27. Mai 2020 (- 5 AZR 387/19 - BAGE 170, 327), mit der die frühere Rechtsprechung des Neunten Senats aufgegeben wurde (BAG 16. Mai 2000 - 9 AZR 203/99 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 94, 343), erst nach dem streitgegenständlichen Zeitraum ergangen ist. Höchststrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und erzeugt keine damit vergleichbare Rechtsbindung. Eine in der Rechtsprechung bislang vertretene Gesetzesauslegung aufzugeben, verstößt nicht als solches gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Die über den Einzelfall hinausreichende Geltung fachgerichtlicher Gesetzesauslegung beruht allein auf der Überzeugungskraft ihrer Gründe sowie der Autorität und den Kompetenzen des Gerichts. Ein Gericht kann deshalb von seiner bisherigen Rechtsprechung abweichen, auch wenn keine wesentlichen Änderungen der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen eintreten. Es muss jedoch den im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz des Vertrauensschutzes beachten und ihm erforderlichenfalls durch Billigkeitserwägungen Rechnung tragen. Eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist grundsätzlich unbedenklich, wenn sie hinreichend begründet ist und sich im Rahmen einer vorhersehbaren Entwicklung hält (BAG 5. Juli 2022 - 9 AZR 341/21 - Rn. 25; BVerfG 25. März 2021 - 2 BvL 1/11 - Rn. 72, BVerfGE 157, 177; 5. November 2015 - 1 BvR 1667/15 - Rn. 12). 25

(2) Ausgehend hiervon ist ein Vertrauen des Klägers darauf, dass sein Unterlassen der Meldung bei der Agentur für Arbeit nach den Entscheidungen des Neunten Senats vom 16. Mai 2000 (- 9 AZR 203/99 - BAGE 94, 343) und des Sechsten Senats vom 24. Februar 1981 (- 6 AZR 334/78 -) nicht bei der Prüfung böswilligen Unterlassens iSv. § 11 Nr. 2 KSchG zu berücksichtigen sei, nicht schutzwürdig. Diese Entscheidungen sind ergangen, bevor der Gesetzgeber eine 26

sozialrechtliche Pflicht zur Meldung bei der Agentur für Arbeit bzw. beim Arbeitsamt als arbeitsuchend eingeführt hat (*zur Rechtsentwicklung vgl. Harks in Schlegel/Voelzke jurisPK-SGB III 2. Aufl. § 38 SGB III Rn. 3 ff.*). § 37b Satz 1 SGB III aF sah diese Pflicht erstmals mit Wirkung vom 1. Juli 2003 vor. Seit Einführung der sozialrechtlichen Pflicht zur Meldung bei der Agentur für Arbeit als arbeitsuchend wurde im Schrifttum vertreten, dass diese auch bei der Frage böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes während des Annahmeverzugs zu beachten sei (*zB Bayreuther NZA 2003, 1365, 1366*). Auch hat sich der Senat - anders als die Revision ausführt - in der Entscheidung vom 11. Januar 2006 (- 5 AZR 98/05 - Rn. 19, BAGE 116, 359) nicht „zustimmend“ auf die Entscheidung des Neunten Senats vom 16. Mai 2000 (- 9 AZR 203/99 - aaO) bezogen, in der eine Obliegenheit des Arbeitnehmers zur Meldung als arbeitsuchend abgelehnt wurde. Vielmehr hat er in dem Urteil vom 11. Januar 2006 (- 5 AZR 98/05 - aaO) ausdrücklich offengelassen, inwieweit der Arbeitnehmer eigene Anstrengungen zur möglichen Aufnahme einer zumutbaren Arbeit unternehmen müsse. Er hat „hierzu“ zwar die Entscheidung des Neunten Senats vom 16. Mai 2000 zitiert, aber ebenso Stimmen aus dem Schrifttum, welche abweichend hiervon die Annahme von Böswilligkeit für möglich halten, wenn sich der Arbeitnehmer nicht arbeitsuchend meldet. Als der Kläger die Meldung als arbeitsuchend im März 2019 entgegen § 38 Abs. 1 Satz 2 SGB III unterließ, bestanden die entsprechende sozialrechtliche Verpflichtung und die Diskussion über etwaige Auswirkungen im Rahmen von § 11 Nr. 2 KSchG bereits seit mehr als 15 Jahren.

b) Neben dem Verstoß des Klägers gegen seine sozialversicherungsrechtliche Meldepflicht sind bei der Beurteilung etwaiger Böswilligkeit iSv. § 11 Nr. 2 KSchG im fortgesetzten Berufungsverfahren auch weitere tatsächliche Umstände des Falls zu berücksichtigen. 27

aa) Das gilt zunächst für die vom Landesarbeitsgericht festgestellte Tätigkeit des Klägers in leitender Position. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, die vom Kläger vorgebrachte Spezialisierung als „Experte im öffentlichen Auftragswesen für Rüstungsgüter“ sei ungeachtet der eher kurzen Dauer der Tätigkeit bei der Beklagten und seiner bislang nicht näher erläuterten Er- 28

werbsbiografie von hinreichendem Gewicht, wäre zu prüfen, ob dem Kläger ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, wenn er während des Annahmeverzugs sein Hauptaugenmerk auf eine Tätigkeit in diesem Wirtschaftsbereich gelegt haben sollte. In diesem Zusammenhang dürfte ua. von Belang sein, welche Fachkenntnisse der Kläger besitzt und welche Tätigkeiten er vor Eintritt in das Arbeitsverhältnis zur Beklagten ausgeübt hat.

bb) Weiter kann gerade im vorliegenden Fall eines Arbeitnehmers in leitender Position etwaigen eigenen Bemühungen des Klägers um eine anderweitige Tätigkeit eine erhebliche Bedeutung zukommen, wobei deren Umfang und Einzelheiten nach entsprechendem Sachvortrag ggf. näher aufzuklären sein werden. Die hierzu im Berufungsurteil bereits getroffenen Feststellungen sind in sich widersprüchlich und daher nicht ausreichend. Das Landesarbeitsgericht hat zunächst als streitigen Beklagtenvortrag die Behauptung aufgeführt, soweit der Kläger auf die Kontaktaufnahme zu einem „Headhunter“ abstelle, habe diese vor dem Kündigungsausspruch gelegen. In den Entscheidungsgründen heißt es dann, der Kläger habe nach der Kündigung keinen Headhunter mehr kontaktiert. Damit wird dieser Sachverhalt sowohl als streitig wie auch als unstrittig behandelt. Dieser Widerspruch lässt sich durch den Verweis des Berufungsgerichts auf die Schriftsätze der Parteien nicht auflösen. Vielmehr ergeben diese, dass die Beklagte die einzelnen Kontakte zu Headhuntern zwar mit Nichtwissen bestritten, aber nicht eingewandt hat, dass alle derartigen - behaupteten - Kontakte nach Ausspruch der Kündigung vom 5. März 2019 erfolgt seien. Der Kläger hat in der Berufungserwiderung vom 17. Mai 2021 im streitgegenständlichen Zeitraum mehrere Kontakte zu Headhuntern nach Ausspruch der Kündigung behauptet. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, welche Tätigkeiten - nur innerhalb der Rüstungsbranche oder auch außerhalb - der Kläger bei seinen Bewerbungen und im Rahmen der - behaupteten - eigenständigen Suche aus welchen Gründen in Betracht gezogen hat.

29

cc) Als Aspekte einer Gesamtabwägung aller Umstände des konkreten Falls können auch die diversen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten der Parteien mit den bereits vorangegangenen unwirksamen und zurückgenommenen Kündigungen

30

zu berücksichtigen sein. Entsprechendes gilt für den Verstoß der Beklagten gegen ihre sozialrechtliche Verpflichtung aus § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III, auch wenn dieser nicht kausal dafür war, dass der Kläger seiner Meldepflicht nicht nachkam. Entscheidend für das Gewicht dieses Aspekts wird sein, weshalb die Beklagte den in leitender Position tätigen Kläger nicht auf seine sozialrechtliche Meldepflicht hingewiesen hat.

6. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass unter Berücksichtigung aller Umstände böswilliges Verhalten des Klägers iSd. § 11 Nr. 2 KSchG vorlag, ist hinsichtlich einer Anrechnung hypothetischen Verdienstes näher aufzuklären, ob die Agentur für Arbeit im Streitzeitraum zumutbare Vermittlungsangebote unterbreitet hätte, ob - falls dies der Fall gewesen wäre - eine Bewerbung des Klägers erfolgreich gewesen wäre sowie welchen Verdienst er im Rahmen der angenommenen Beschäftigungsmöglichkeit ab welchem Zeitpunkt hätte erzielen können. Hierbei wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass grundsätzlich der Arbeitgeber, der mit dem Ausspruch der unwirksamen Kündigung die Ursache für den Annahmeverzug gesetzt hat, die Beweislast für die Einwendung nach § 11 Nr. 2 KSchG trägt. Dies gilt auch in dem Regelfall, in dem der Arbeitnehmer sich arbeitsuchend gemeldet hat und Auskunft über die ihm unterbreiteten Vermittlungsvorschläge erteilen kann (*vgl. BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 27, BAGE 170, 327*).

Die beklagte Arbeitgeberin hat unter Verweis auf die Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit für Führungskräfte schlüssig behauptet, dass im Streitzeitraum jedenfalls Vermittlungsmöglichkeiten für den Kläger bestanden hätten. Im Rahmen der interessengerecht abgestuften Darlegungslast (*vgl. BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 27, BAGE 170, 327*) ist es - auch mit Blick auf die Verletzung der Meldepflicht - nunmehr am klagenden Arbeitnehmer, zu Vermittlungsmöglichkeiten und -chancen so konkret wie möglich und unter Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten vorzutragen. Hat er dies getan, ist es wiederum Sache des Arbeitgebers, sich hierauf konkret zu erklären (§ 138 Abs. 2 ZPO). Die Feststellungslast hinsichtlich der Fragen, ob etwaige Vermittlungsvor-

schläge „zumutbare“ und im Falle einer Bewerbung verwirklichtbare Erwerbschancen dargestellt hätten, bleibt beim Arbeitgeber.

7. Hinsichtlich des Zeitpunkts, ab dem eine Anrechnung erfolgen könnte, fehlt es nach dem bisherigen Parteivorbringen bereits an schlüssigem Vortrag der Beklagten dazu, ab wann für den Kläger die Möglichkeit hypothetischen Verdienstes bestanden hätte. Denn auch bei einer unterstellten Erfüllung der Verpflichtung nach § 38 Abs. 1 SGB III gilt hierfür bei einer fristlosen Kündigung immerhin eine Frist von drei Tagen (§ 38 Abs. 1 Satz 2 SGB III). Es ist bislang weder vorgetragen und erscheint auch wenig wahrscheinlich, dass bei einer fristlosen Kündigung, die - wie hier - gegen Anfang eines Monats ausgesprochen wurde, eine erfolgreiche Vermittlung für einen in leitender Position tätigen Arbeitnehmer unmittelbar am Tag nach dem Zugang der Kündigung hätte erfolgen können. 33

II. Hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten Nutzungsausfallentschädigung wegen der entzogenen Möglichkeit der Privatnutzung des Dienstwagens iHv. 11.133,38 Euro ist die klageabweisende Entscheidung des BerufungsgERICHTS gleichfalls nicht frei von Rechtsfehlern (§ 545 Abs. 1, § 546 ZPO). 34

1. Das Landesarbeitsgericht ist offenbar davon ausgegangen, dass sich der Anspruch auf Entschädigung für die vorenthaltene Nutzung eines Dienstwagens aus § 615 iVm. § 611a Abs. 2 BGB ergebe. Jedenfalls hat es keine Differenzierung hinsichtlich der Anspruchsgrundlagen vorgenommen. Der Anspruch auf die Entschädigung für die vorenthaltene Nutzung eines Dienstwagens folgt jedoch nicht aus diesen Bestimmungen, sondern aus § 280 Abs. 1 Satz 1, § 283 Satz 1 BGB (BAG 19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - Rn. 42; 21. März 2012 - 5 AZR 651/10 - Rn. 24; Staudinger/Fischinger [2022] § 615 Rn. 138; aA ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 611a Rn. 523). Gegen diesen Schadensersatzanspruch kann nicht nach § 11 Nr. 2 KSchG eingewandt werden, der Arbeitnehmer müsse sich böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienst anrechnen lassen. 35

2. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann der Senat auch über diesen Streitgegenstand nicht endentscheiden 36

(§ 563 Abs. 3 ZPO). Es ist unklar, ob bzw. in welcher Höhe dem Kläger ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 Satz 1, § 283 Satz 1 BGB zusteht, weil offen ist, ob und ggf. für welchen Teil der Forderung ihn ein überwiegendes Mitverschulden iSv. § 254 Abs. 1 BGB trifft.

a) Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 Satz 1, § 283 Satz 1 BGB liegen vor. Die Beklagte hat ihre Pflicht aus § 4 Abs. 1 Satz 2 des Arbeitsvertrags vom 25. Juni 2014, dem Kläger einen Dienstwagen zur Privatnutzung zur Verfügung zu stellen, verletzt, indem sie seinen Dienstwagen am 30. Juni 2017 abgeholt hat. Wegen Zeitablaufs ist es der Beklagten unmöglich iSv. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB, dem Kläger einen Dienstwagen im streitgegenständlichen Zeitraum zur Verfügung zu stellen (*vgl. BAG 21. März 2012 - 5 AZR 651/10 - Rn. 24; 19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - Rn. 41*). Es ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hätte, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. 37

b) Die gemäß § 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB auf der Grundlage der steuerlichen Bewertung der privaten Nutzungsmöglichkeit mit monatlich 1 % des Listenpreises des Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt der Erstzulassung zu bemessende Nutzungsausfallentschädigung (*vgl. BAG 21. März 2012 - 5 AZR 651/10 - Rn. 26; 19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - Rn. 43*) hat der Kläger für den streitgegenständlichen Zeitraum zutreffend mit einem Betrag iHv. 11.133,38 Euro beziffert. Die Höhe des geltend gemachten Schadensersatzes ist zwischen den Parteien nicht streitig. 38

c) Das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - ein mitwirkendes Verschulden des Klägers iSv. § 254 Abs. 1 BGB hinsichtlich einer Schadensminderung durch die (ungenutzte) Möglichkeit, anderweitigen Verdienst zu erzielen, nicht umfassend geprüft. Die Verteilung der Verantwortlichkeit für einen entstandenen Schaden im Rahmen des § 254 BGB ist jedoch in erster Linie Sache tatrichterlicher Würdigung und in der Revision nur eingeschränkt überprüfbar (*BAG 28. Juni 2018 - 8 AZR 141/16 - Rn. 32; 21. Mai 2015 - 8 AZR 116/14, 8 AZR 867/13 - Rn. 25*). Das führt auch insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entschei- 39

dung an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht die erforderliche Abwägung zur Beurteilung der Verantwortlichkeit für den entstandenen Schaden nachholen müssen.

III. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 40

Linck

Biebl

Bubach

Menssen

Rahmstorf