

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 24. Januar 2024
- 5 AZR 331/22 -
ECLI:DE:BAG:2024:240124.U.5AZR331.22.0

I. Arbeitsgericht Gera

Urteil vom 19. November 2020
- 5 Ca 264/17 -

II. Thüringer Landesarbeitsgericht

Urteil vom 6. September 2022
- 1 Sa 427/20 -

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Anderweitiger Verdienst aus einer Geschäftsführertätigkeit - Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes - Übernahme einer unentgeltlichen Tätigkeit

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 331/22

1 Sa 427/20

Thüringer

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Januar 2024

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2023 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl und Neumann sowie den ehrenamtlichen Richter Jungbluth und die ehrenamtliche Richterin Mattausch für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 6. September 2022 - 1 Sa 427/20 - im Kostenpunkt und soweit aufgehoben, als das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Gera vom 19. November 2020 - 5 Ca 264/17 - hinsichtlich der Ziffern 1. bis 4. zurückgewiesen hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten - soweit für die Revision relevant - über Vergütung wegen Annahmeverzugs für den Zeitraum 1. Mai bis 30. September 2014. 1

Die Klägerin war bei der Beklagten ab Januar 1999 zunächst als leitende kaufmännische Angestellte beschäftigt und von August 2002 bis zu ihrer Abberufung mit Gesellschafterbeschluss vom 29. Oktober 2013, eingetragen in das Handelsregister am 11. November 2013, als Geschäftsführerin tätig. Nach § 2 Nr. 2 Satz 2 des Geschäftsführervertrags vom 1. August 2002 erhielt sie ein Urlaubsgeld in Höhe eines halben Monatsgehalts, fällig mit der Gehaltszahlung Juli. Die Klägerin war mit dem Gesellschafter der Beklagten verheiratet. Seit dem 23. Juli 2013 lebten die Ehegatten getrennt. Nach der Abberufung war die Klägerin weiter bei der Beklagten tätig. Sie erhielt unverändert eine Vergütung von monatlich 7.000,00 Euro brutto. Die nach dem Geschäftsführervertrag geschuldeten monatlichen Zuschüsse zur privaten Krankenversicherung iHv. 443,29 Euro und zur privaten Pflegeversicherung iHv. 24,70 Euro zahlte die Beklagte gleichfalls weiter. 2

Mit Schreiben vom 27. Februar 2014 kündigte die Beklagte das Dienstverhältnis zum 30. April 2014, hilfsweise zum nächstmöglichen Zeitpunkt und 3

stellte die Klägerin von der Arbeit frei. Die Klägerin meldete sich im März 2014 bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitslos, bis Ende 2015 konnte ihr keine andere Tätigkeit vermittelt werden.

Am 13. März 2014 wurde die G GmbH (im Folgenden G GmbH) gegründet und am 15. Mai 2014 in das Handelsregister eingetragen. Alleiniger Gesellschafter war Herr A. Die Klägerin wurde als einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführerin eingetragen. Für ihre Tätigkeit erhielt sie kein Entgelt, sondern nur eine Gewinnbeteiligungszusage. Zwischen den Parteien besteht Streit, ob Herr A der Lebensgefährte der Klägerin war.

4

Nach Umfirmierung der G GmbH in die G Holding GmbH (im Folgenden weiter G GmbH) wurde die G GmbH persönlich haftende Gesellschafterin der am 19. Februar 2015 in das Handelsregister eingetragenen G Gesellschaft für Kraftstoff- und Automobiltechnologie mbH & Co. KG (im Folgenden G GmbH & Co. KG), an der die Klägerin mit einem Anteil von 10.000,00 Euro als Kommanditistin beteiligt ist. Mit Bescheinigung vom 17. Dezember 2015 teilte die Steuerberatungsgesellschaft K GmbH mit, dass die G GmbH und die G GmbH & Co. KG bis zum 31. Oktober 2015 Verluste erzielt haben, die Klägerin keine Vergütung (Lohn, Gehalt, Tantieme) erhalten habe und an sie keine Ausschüttung erfolgt sei.

5

Mit Schreiben vom 14. Juli 2014, 22. Juli 2014 und 29. September 2014 - letzteres der Klägerin zugegangen am 1. Oktober 2014 - sprach die Beklagte weitere fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigungen aus. Mit Urteil vom 29. Januar 2016 (- 2 Ca 112/14 -) stellte das Arbeitsgericht Gera fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die ordentliche Kündigung vom 27. Februar 2014 noch durch die außerordentlichen Kündigungen vom 14. Juli 2014 und 22. Juli 2014 aufgelöst worden ist und wies die Klage gegen die außerordentliche Kündigung vom 29. September 2014 ab. Die Berufung der Klägerin wurde mit Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 13. Dezember 2018 (- 4 Sa 68/16 -) zurückgewiesen.

6

Mit ihrer Klage hat die Klägerin - soweit für die Revision von Bedeutung - für die Zeit vom 1. Mai bis zum 30. September 2014 Zahlung des Arbeitsentgelts, des Zuschusses zur privaten Kranken- und Pflegeversicherung und des Urlaubsgeldes als Annahmeverzugsvergütung verlangt. Sie hat die Auffassung vertreten, eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes sei ausgeschlossen, weil sie im streitgegenständlichen Zeitraum keine Vergütung erzielt habe. Der Kommandanteil stelle keine Gegenleistung für die Geschäftsführertätigkeit dar und weise aufgrund der bis Ende Oktober 2015 erzielten Verluste im Annahmeverzugszeitraum keinen anrechenbaren Geldwert auf. Anderweitigen Erwerb habe sie nicht böswillig unterlassen, weil sie mit der Meldung bei der Agentur für Arbeit alles Erforderliche getan habe. Maßgeblicher Grund für die Unentgeltlichkeit ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin seien die Anfangsverluste der G GmbH gewesen.

7

Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Belang - zuletzt sinngemäß beantragt,

8

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 35.000,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus jeweils 7.000,00 Euro brutto seit dem 1. Juni 2014, dem 1. Juli 2014, dem 1. August 2014, dem 1. September 2014 und dem 1. Oktober 2014 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 2.216,00 Euro Zuschuss zur privaten Krankenversicherung nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus jeweils 443,20 Euro seit dem 1. Juni 2014, dem 1. Juli 2014, dem 1. August 2014, dem 1. September 2014 und dem 1. Oktober 2014 zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 123,50 Euro Zuschuss zur privaten Pflegeversicherung nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus jeweils 24,70 Euro seit dem 1. Juni 2014, dem 1. Juli 2014, dem 1. August 2014, dem 1. September 2014 und dem 1. Oktober 2014 zu zahlen;
4. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 3.500,00 Euro brutto Urlaubsgeld für das Jahr 2014 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über

dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. August 2014 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, der Klägerin stehe keine Annahmeverzugsvergütung zu. Sie müsse sich den Wert des Kommanditanteils und ein fiktives Entgelt für ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin der G GmbH anrechnen lassen. Die Klägerin habe es böswillig unterlassen, eine Gegenleistung für ihre Fremdgeschäftsführertätigkeit bei der G GmbH anzunehmen. Ihre unentgeltliche Tätigkeit sei ausschließlich darauf zurückzuführen, dass sie die G-Unternehmen zugunsten ihres damaligen Lebensgefährten habe fördern wollen. Außerdem hätte sie als studierte Betriebswirtin mit langjähriger Erfahrung im Automotive-/Chemiebereich auch ohne weiteres eine anderweitige Tätigkeit mit entsprechender Bezahlung finden können.

9

Das Arbeitsgericht hat der Klage - soweit für die Revision von Bedeutung - stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die zu zahlenden Zuschüsse zur privaten Krankenversicherung und zur privaten Pflegeversicherung nicht „netto“ geschuldet sind. Mit der vom Landesarbeitsgericht mit Ausnahme der Ansprüche auf Urlaubsabgeltung zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

10

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts in dem in der Revision noch anhängigen Umfang zu Unrecht zurückgewiesen. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht über die Begründetheit der Klage entscheiden. Dies 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).

11

- I. Die Revision ist im eingelegten Umfang statthaft. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht die Revision nicht lediglich hinsichtlich der Ablehnung der Anrechnung anderweitigen Verdienstes der Klägerin wegen des böswilligen Unterlassens zumutbarer Arbeit zugelassen. Das Landesarbeitsgericht hat vielmehr in Ziffer 3 des Tenors des Berufungsurteils die Revision für die Beklagte mit Ausnahme der Ansprüche auf Urlaubsabgeltung uneingeschränkt zugelassen. Die Ausführungen unter IV der Urteilsgründe enthalten - anders als die Klägerin meint - keine Einschränkung der Zulassungsentscheidung auf „Fragen zu den Anforderungen an ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes“, sondern die Begründung für die Zulassung der Revision. Im Übrigen wäre eine derartige Beschränkung der im Tenor uneingeschränkt zugelassenen Revision in den Urteilsgründen unwirksam (*BAG 19. März 2003 - 5 AZN 751/02 - zu II 2 der Gründe, BAGE 105, 308*).
- II. Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat hinsichtlich der Frage, was die Klägerin gemäß § 11 Nr. 1 KSchG durch anderweitige Arbeit verdient hat, die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast rechtsfehlerhaft angewendet. Bei der Prüfung, was die Klägerin gemäß § 11 Nr. 2 KSchG hätte verdienen können, wenn sie es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihr zumutbare Arbeit anzunehmen, hat das Berufungsgericht einen unzutreffenden Maßstab angewendet und den Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt und gewürdigt.
1. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst richtig davon ausgegangen, dass die Beklagte sich im streitgegenständlichen Zeitraum im Annahmeverzug befunden hat.
- a) Aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 13. Dezember 2018 (- 4 Sa 68/16 -) steht fest, dass zwischen den Parteien im Streitzeitraum vom 1. Mai bis zum 30. September 2014 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, das aufgrund der ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 27. Februar 2014 und der außerordentlichen Kündigungen der Beklagten vom 14. Juli 2014 und 22. Juli 2014 nicht aufgelöst worden ist.

b) Das Landesarbeitsgericht hat ebenso rechtsfehlerfrei angenommen, 16
dass aufgrund der rechtskräftig festgestellten Unwirksamkeit der arbeitgebersei-
tigen Kündigung vom 27. Februar 2014 zum 30. April 2014 ein Arbeitsangebot
der Klägerin nach § 296 BGB entbehrlich war. Nach ständiger Rechtsprechung
gerät der unwirksam kündigende Arbeitgeber gemäß §§ 293 ff. BGB in Annah-
meverzug, ohne dass es eines - auch nur wörtlichen - Angebots des Arbeitneh-
mers bedarf (*vgl. nur BAG 29. März 2023 - 5 AZR 255/22 - Rn. 13; 12. Oktober*
2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 11, jew. mwN). Denn in der Kündigung des Arbeitge-
bers liegt zugleich die Erklärung, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nach Ab-
lauf der Kündigungsfrist bzw. bei der fristlosen Kündigung nach deren Zugang
nicht mehr anzunehmen (*BAG 29. März 2023 - 5 AZR 255/22 - aaO; 14. Dezem-*
ber 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 32, BAGE 161, 198). Die Beklagte hat die Klägerin
im Streitzeitraum freigestellt und nicht mehr beschäftigt.

2. Rechtsfolge des Annahmeverzugs nach § 615 Satz 1 BGB ist die Auf- 17
rechterhaltung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs (*st. Rspr., zuletzt BAG*
10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 48 mwN). Der Arbeitnehmer hat trotz
Nichtleistung der Arbeit Anspruch auf die vereinbarte Vergütung.

a) Der Entgeltanspruch der Klägerin umfasst nach ihrer Abberufung als Ge- 18
schäftsführerin die zuletzt vereinbarte Bruttomonatsvergütung iHv. 7.000,00 Euro
sowie die Zuschüsse zur privaten Krankenversicherung iHv. monatlich
443,20 Euro und zur privaten Pflegeversicherung iHv. monatlich 24,70 Euro. So-
weit die Klägerin mit der Klage einen vereinbarten Zuschuss zur privaten Kran-
kenversicherung iHv. monatlich 443,29 Euro geltend gemacht hat, hat das Ar-
beitsgericht der Klage lediglich iHv. monatlich 443,20 Euro stattgegeben, ohne
dass die Klägerin die teilweise Klageabweisung angegriffen hat. Es handelt sich
auch nicht um eine von Amts wegen nach § 319 ZPO zu berichtigende offenbare
Unrichtigkeit, weil sich die Unrichtigkeit für einen Außenstehenden nicht erkenn-
bar aus dem Zusammenhang des Urteils des Arbeitsgerichts ergibt.

b) Der Anspruch auf Annahmeverzug umfasst für den streitgegenständli- 19
chen Zeitraum auch das Urlaubsgeld iHv. 3.500,00 Euro brutto. Der Arbeitneh-
mer soll während des Annahmeverzugs so gestellt werden, als hätte er gearbei-

tet. Erfasst ist damit der Bruttoverdienst mit allen Entgeltbestandteilen, einschließlich des Urlaubsgeldes (vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 25, BAGE 141, 340; Schaub ArbR-HdB/Linck 20. Aufl. § 95 Rn. 67). Gemäß § 2 Nr. 2 Satz 2 des Geschäftsführervertrags vom 1. August 2002 schuldete die Beklagte der Klägerin ein Urlaubsgeld in Höhe eines halben Monatsgehalts, fällig mit der Gehaltszahlung für Juli. Wie bereits die systematische Stellung von Nr. 2 Satz 2 unter „§ 2 Bezüge der Geschäftsführerin“ zeigt, handelt es sich bei dem Urlaubsgeld um einen Vergütungsbestandteil. § 2 Nr. 2 Satz 2 des Geschäftsführervertrags setzt zur Entstehung des Anspruchs nach dem Wortlaut der Vereinbarung auch keine tatsächliche Beschäftigung voraus.

3. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 1 KSchG nicht ausgeschlossen werden. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit die Grundsätze der sekundären Darlegungslast verkannt. 20

a) Die Anrechnung des Zwischenverdienstes richtet sich vorliegend nach § 11 KSchG. Diese Vorschrift enthält für den Annahmeverzug nach einer Kündigung im Geltungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG eine Spezialregelung zu § 615 Satz 2 BGB (vgl. BAG 2. Oktober 2018 - 5 AZR 376/17 - Rn. 28, BAGE 163, 326; ErfK/Preis/Greiner 24. Aufl. BGB § 615 Rn. 84). 21

b) 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 13. Juli 2022 - 5 AZR 498/21 - Rn. 37; 24. Februar 2016 - 5 AZR 425/15 - Rn. 16, BAGE 154, 192). 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 oder einem freien Mitarbeiterverhältnis (vgl. BAG 13. Juli 2022 - 5 AZR 498/21 - aaO; allgA vgl. nur BeckOGK/Bieder Stand 1. Juli 2022 BGB § 615 Rn. 84; APS/Biebl 7. Aufl. KSchG § 11 Rn. 18; Staudinger/Fischinger (2022) § 615 Rn. 164 f.; MüKoBGB/Henssler 9. Aufl. § 615 Rn. 84; ErfK/Kiel 24. Aufl. KSchG § 11 Rn. 4a; Schaub ArbR-HdB/Linck 20. Aufl. § 95 Rn. 75, jew. 22

mwN). Erzielt der Arbeitnehmer durch eine Tätigkeit während des Annahmeverzugs erst später einen Ertrag, kommt eine anteilmäßige Anrechnung, die der Arbeitsleistung im Verzugszeitraum entspricht, in Betracht (*BAG 16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - zu II 3 d der Gründe, BAGE 111, 123; ErfK/Preis/Greiner 24. Aufl. BGB § 615 Rn. 91; aA Staudinger/Fischinger aaO Rn. 165*), denn anzurechnen ist der Wert des Erwerbs, der kausal durch das Freiwerden der Arbeitskraft ermöglicht worden ist. Ggf. muss der durch eine selbständige Tätigkeit erzielte Gewinn gemäß § 287 ZPO geschätzt werden (*Staudinger/Fischinger aaO Rn. 165; MüKoBGB/Henssler aaO; HWK/Krause 10. Aufl. § 615 BGB Rn. 90*). Einkünfte, die der Arbeitnehmer aus einer Kapitalbeteiligung an einem Unternehmen ohne eigene Tätigkeit für das Unternehmen erzielt, sind dagegen grundsätzlich nicht anrechenbar (*Schaub ArbR-HdB/Linck aaO; MüKoBGB/Henssler aaO*).

c) Auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann der Senat nicht beurteilen, ob und in welcher Höhe die Klägerin aufgrund ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin der G GmbH anderweitigen Verdienst erzielt hat. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit die Grundsätze der sekundären Darlegungslast verkannt. 23

aa) Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum für die Geschäftsführertätigkeit bei der G GmbH keine laufenden Einkünfte erzielt hat. Auch aus der vereinbarten Gewinnbeteiligung erfolgte jedenfalls im streitgegenständlichen Zeitraum keine Vergütung, weil die G GmbH bis Oktober 2015 keine Gewinne erzielte. 24

bb) Das Landesarbeitsgericht hat jedoch die Anrechnung der Kommanditistenbeteiligung bei der G GmbH & Co. KG und etwaig aus dieser Beteiligung erzielter Gewinne mit einer unzutreffenden Begründung ausgeschlossen. 25

(1) Der Kommanditanteil könnte als solcher eine anderweitige Vergütung darstellen, wenn die Klägerin ihn für ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin gewährt bekommen hätte. Soweit das Landesarbeitsgericht dies mit der Begründung ver- 26

neint hat, die Beklagte habe eine Verknüpfung der Kommanditistenbeteiligung mit der Geschäftsführertätigkeit nicht konkret dargetan, obwohl es an ihr gewesen wäre, den konkreten Zusammenhang der Gewährung der Beteiligung im Sinne einer Gegenleistung für die Geschäftsführertätigkeit darzutun, hat es die Grundsätze der sekundären Darlegungs- und Beweislast verkannt. Danach genügt die nicht darlegungspflichtige Partei ihrer Darlegungslast nicht durch einfaches Bestreiten einer nicht ins Blaue hinein erhobenen pauschalen Behauptung der darlegungspflichtigen Partei (*dazu BAG 14. Juni 2023 - 8 AZR 136/22 - Rn. 29 mwN*), wenn dieser die nähere Darlegung der erforderlichen Tatsachen nicht möglich oder zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (*st. Rspr., vgl. nur BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 359/21 - Rn. 29; BGH 18. Januar 2018 - I ZR 150/15 - Rn. 30, jew. mwN*).

(2) In einer solchen Situation befindet sich vorliegend die Beklagte. Sie kann keinen Vortrag zu der Gewinnbeteiligungszusage und zu der vertraglichen Gestaltung der Kommanditistenstellung halten. Kenntnis über diese Tatsachen hat allein die Klägerin. Ihrer hieraus resultierenden sekundären Darlegungslast ist sie bislang nicht ausreichend nachgekommen. Nachdem die Klägerin erstinstanzlich vorgetragen hatte, mit ihr sei bereits bei ihrer Bestellung als Geschäftsführerin vereinbart worden, dass eine Vergütung nur in der damals beabsichtigten und dann umgesetzten Kommanditistenbeteiligung der noch zu gründenden GmbH & Co. KG erfolgen werde, hat sie in der Berufungsinstanz bestritten, dass die Übernahme des Kommanditanteils der GmbH & Co. KG eine Gegenleistung für von ihr für die G GmbH erbrachte Geschäftsführertätigkeit gewesen sei. Ihre Behauptung in der Revisionsinstanz, der Kommanditanteil komme nicht als anrechenbare Gegenleistung für ihre Geschäftsführertätigkeit in Betracht, weil sie diesen Anteil nicht als Schenkung erhalten, sondern dafür eine Kommanditeinlage in bar geleistet habe, stellt neuen Sachvortrag dar, der in der Revisionsinstanz nach § 559 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nicht berücksichtigungsfähig ist (*vgl. BAG 31. Mai 2023 - 5 AZR 273/22 - Rn. 19*).

27

4. Das Landesarbeitsgericht hat den von der Beklagten erhobenen Einwand, die Klägerin habe böswillig anderweitigen Erwerb unterlassen (§ 11 Nr. 2 *KSchG*), zu Unrecht zurückgewiesen. Das Berufungsgericht ist zwar von den zutreffenden Obersätzen ausgegangen, hat diese aber bei der Subsumtion verlassen. Zudem hat es den Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt und nicht alle relevanten Umstände rechtsfehlerfrei berücksichtigt. 28

a) Gemäß § 11 Nr. 2 *KSchG* muss sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. 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 (*BAG 29. März 2023 - 5 AZR 255/22 - Rn. 27*). 29

Das Unterlassen eines anderweitigen Erwerbs ist nicht nur dann böswillig, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände, nämlich Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber, vorsätzlich untätig bleibt, sondern Böswilligkeit kann auch dann vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Zahlungspflicht des Arbeitgebers vorsätzlich mit einer zu geringen Vergütung zufrieden gibt (*BAG 20. Januar 1967 - 3 AZR 253/66 - zu 5 a der Gründe, BAGE 19, 194*). Die Absicht einer Schädigung ist dabei nicht erforderlich. Es genügt das vorsätzliche Außerachtlassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbsarbeit. Fahrlässiges, auch grob fahrlässiges Verhalten reicht allerdings nicht aus (*BAG 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 17; 11. Januar 2006 - 5 AZR 98/05 - Rn. 18, BAGE 116, 359*). 30

In § 11 Nr. 2 *KSchG* wird dem Arbeitnehmer eine Pflicht zur angemessenen Rücksichtnahme auf die Belange des Arbeitgebers auferlegt. Der Arbeitneh- 31

mer soll seine Annahmeverzugsansprüche nicht ohne Rücksicht auf den Arbeitgeber durchsetzen können (vgl. BAG 11. Januar 2006 - 5 AZR 125/05 - Rn. 16, BAGE 116, 355). Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. 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 (st. Rspr., vgl. nur BAG 29. März 2023 - 5 AZR 255/22 - Rn. 27; 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 14).

b) Bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Böswilligkeit“ 32
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 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 15; 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 33).

c) Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen hält die Annahme des Landes- 33
arbeitsgerichts, die Beklagte könne dem Anspruch der Klägerin die Einwendung böswillig unterlassenen Erwerbs nach § 11 Nr. 2 KSchG durch die - nach ihrem Vortrag unentgeltliche - Tätigkeit als Geschäftsführerin bei der G GmbH nicht entgegenhalten, einer revisionsrechtlichen Kontrolle nicht stand. Das Landesarbeitsgericht ist zwar von den zutreffenden Obersätzen ausgegangen, hat diese aber bei der Subsumtion nicht angewendet. Zudem hat es den Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt und nicht alle relevanten Umstände berücksichtigt.

aa) Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, 34
dass für die Annahme eines böswilligen Unterlassens das Vorliegen einer Schädigungsabsicht nicht erforderlich ist. Bei der Subsumtion hat es diesen Obersatz jedoch rechtsfehlerhaft außer Acht gelassen. Das Berufungsgericht hat vielmehr

ausgeführt, dass insbesondere dann, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Anspruchsteller „in reiner Schädigungsabsicht“ eine sonst übliche oder tatsächlich angebotene Vergütung ablehne, eine Anrechnung fiktiven Erwerbs in Betracht kommen könne. Ein böswillig unterlassener Erwerb durch die Übernahme der unentgeltlichen Geschäftsführertätigkeit scheidet aus, weil aus Sicht der Kammer eine Schädigungsabsicht der Klägerin nicht feststellbar sei.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat zudem bei der Subsumtion nicht alle relevanten Umstände des vorliegenden Falls berücksichtigt. 35

(1) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe sich mit ihrer unentgeltlichen Tätigkeit eine Existenz aufbauen wollen, dies sei vergleichbar mit dem Aufbau einer selbständigen Tätigkeit, ist rechtsfehlerhaft. Ein die Böswilligkeit ausschließender Grund kann zwar auch die Absicht des Arbeitnehmers sein, sich selbständig zu machen. War ein solches Vorhaben realistisch, bestehen gegen die Berücksichtigung von vorbereitenden Tätigkeiten für eine selbständige Berufsausübung im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung grundsätzlich keine Bedenken (vgl. BAG 16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - zu II 3 d der Gründe, BAGE 111, 123; 18. Januar 1963 - 5 AZR 200/62 - zu II 4 b der Gründe, BAGE 14, 31). Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang aber unberücksichtigt gelassen, dass die Klägerin bei Aufnahme ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin gerade nicht Gesellschafterin der G GmbH war und die G GmbH & Co. KG, an der sie später einen Kommanditanteil hielt, erst zu einem späteren Zeitpunkt gegründet wurde. Die Klägerin war vielmehr auf der Grundlage eines Dienstvertrags oder eines Arbeitsvertrags bei der G GmbH beschäftigt und konnte jederzeit gekündigt werden. Dies steht der Gleichwertigkeit mit einer selbständigen Tätigkeit entgegen. 36

(2) Das Landesarbeitsgericht hat zudem nicht beachtet, dass bislang unaufgeklärt geblieben ist, wovon die Klägerin im Verzugszeitraum mit ihren Kindern gelebt hat. Sie war mit dem Geschäftsführer der Beklagten, deren Alleingesellschafter er zu dieser Zeit war, verheiratet. Die Eheleute lebten seit dem 23. Juli 2013 getrennt, also auch im streitgegenständlichen Verzugszeitraum. Ob die Klägerin in dieser Zeit von ihrem Ehepartner Unterhaltsleistungen erhalten hat und 37

ob die Höhe der Unterhaltsleistungen von einem etwaigen eigenen Verdienst abhing, könnte in einem Fall wie diesem bei der Feststellung böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs durch Aufnahme einer unentgeltlichen Fremdgeschäftsführertätigkeit in einem Unternehmen, das jedenfalls zum Zeitpunkt der außerordentlichen Kündigung nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts im Kündigungsschutzverfahren in einem Wettbewerbsverhältnis zu der Beklagten stand und dessen Gesellschafter nach der - streitigen - Behauptung der Beklagten im Streitzeitraum enger Lebensgefährte der Klägerin war, von Bedeutung sein. Nach § 139 Abs. 2 ZPO gebotene Hinweise zur Aufklärung dieses Sachverhalts sind durch das Landesarbeitsgericht bislang nicht erfolgt.

(3) Soweit das Landesarbeitsgericht bei der Prüfung der Böswilligkeit darauf abgestellt hat, dass die Klägerin in der Gesellschaft ihres „damaligen mutmaßlichen Lebensgefährten“ und damit in einem Familienunternehmen tätig wurde, hat es nicht beachtet, dass die Intensität der persönlichen Bindung zwischen dem Gesellschafter der G GmbH, Herrn A, und der Klägerin zwischen den Parteien des Rechtsstreits umstritten ist. Die Klägerin hat ausdrücklich bestritten, dass Herr A ihr Lebensgefährte gewesen sei und vorgetragen, im Jahr 2014 habe sich eine private Verbindung entwickelt, die jedoch keine Lebensgemeinschafts-Qualität aufgewiesen habe. Sollte es für die Gesamtabwägung auf diesen Gesichtspunkt tragend ankommen, ist eine weitere Sachaufklärung durch das Landesarbeitsgericht geboten. 38

cc) Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht im Rahmen der Gesamtabwägung zunächst zutreffend berücksichtigt, dass sich die Klägerin bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet hat. 39

(1) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass eine Verletzung der in § 38 Abs. 1 SGB III geregelten sozialrechtlichen Verpflichtung, sich innerhalb bestimmter Fristen bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden, im Rahmen der Gesamtabwägung bei der Prüfung des böswilligen Unterlassens anderweitigen Verdienstes im Annahmeverzugszeitraum zu berücksichtigen ist (*BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 21 ff. mwN*). Die Nichterfüllung der sozialrechtlichen Meldepflicht hat auch nicht aus Vertrauensschutzgesichtspunk- 40

ten unbeachtet zu bleiben, insbesondere ist ein Vertrauen, dass ein 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 (vgl. dazu ausf. BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 26).

(2) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat sich die Klägerin 41 im März 2014 bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet, sie hat aber keine adäquaten Stellenangebote erhalten. Soweit die Beklagte behauptet, die Klägerin hätte als studierte Betriebswirtin mit ihren Berufserfahrungen unschwer eine entgeltliche Beschäftigung finden können, ist die Beklagte als Arbeitgeberin dafür darlegungs- und beweisbelastet, dass die Klägerin eine zumutbare Tätigkeitsmöglichkeit - etwa auch unter Abgabe eines eigenen Arbeitsangebots - nicht wahrgenommen hat. Eine konkrete zumutbare Arbeitsgelegenheit für die Klägerin hat die Beklagte nicht dargetan. Sie hat die Klägerin auch nicht über konkrete Stellenangebote informiert (vgl. dazu bereits BAG 16. Mai 2000 - 9 AZR 203/99 - zu II 2 b cc der Gründe, BAGE 94, 343). Der allgemeine Hinweis des Arbeitgebers, es seien für den Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt freie Stellen vorhanden, reicht nicht aus (KR/Spilger 13. Aufl. § 11 KSchG Rn. 49).

5. Entgegen der Auffassung der Beklagten steht dem Annahmeverzugs- 42 lohnanspruch der Klägerin nicht die Einwendung treuwidrigen Verhaltens gemäß § 242 BGB wegen der Ausübung von Konkurrenzaktivitäten entgegen.

a) Der Arbeitgeber kommt trotz Nichtannahme der Arbeitsleistung nicht in 43 Annahmeverzug, wenn ihm nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens die Annahme der Arbeitsleistung unzumutbar ist (st. Rspr. seit BAG 26. April 1956 - GS 1/56 - zu II 3 der Gründe, BAGE 3, 66; zuletzt BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 39). Anerkannt sind ua. Fälle, in denen bei Annahme der Arbeitsleistung strafrechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers, seiner Angehörigen oder anderer Betriebsangehöriger unmittelbar oder mittelbar nachhaltig so gefährdet werden, dass die Abwehr dieser Gefährdung Vorrang vor dem Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines

Verdienstes haben muss. Es muss ein ungewöhnlich schwerer Verstoß gegen allgemeine Verhaltenspflichten vorliegen, der den Arbeitgeber berechtigt, die Dienste abzulehnen (*BAG 16. April 2014 - 5 AZR 739/11 - Rn. 17; 1. Juli 1993 - 2 AZR 88/93 - zu II 3 der Gründe*).

b) Der Begriff der „Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Die Rechtsanwendung des Berufungsgerichts ist revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbar. Eine revisionsrechtlich erhebliche Rechtsverletzung liegt nur dann vor, wenn der Rechtsbegriff selbst verkannt worden ist oder wenn bei der Unterordnung des festgestellten Sachverhalts unter diesen Rechtsbegriff Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt oder bei der gebotenen Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind oder das Ergebnis in sich widersprüchlich ist (*BAG 16. April 2014 - 5 AZR 739/11 - Rn. 18*). 44

c) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe mit dem Einwand, die Klägerin könne wegen ihrer Konkurrenztaetigkeit kein Urlaubsgeld beanspruchen, keine Umstände dargetan, aufgrund derer ihr die Annahme der Arbeitsleistung der Klägerin unzumutbar war, ist danach nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat insoweit keine revisionsrechtlich erhebliche Rechtsverletzung aufgezeigt. 45

6. Die festgestellten Rechtsfehler führen zur Aufhebung des Berufungsurteils, § 562 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (*vgl. § 561 ZPO*). Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann der Senat über die Begründetheit der Klage nicht abschließend entscheiden. Das führt zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 46

a) Das Landesarbeitsgericht wird im fortgesetzten Berufungsverfahren unter Berücksichtigung der Grundsätze der sekundären Beweislast zu prüfen haben, ob die Klägerin den Kommanditanteil oder Gewinne aus der Kommanditbeteiligung als Vergütung für die Tätigkeit als Geschäftsführerin bei der G GmbH im 47

streitgegenständlichen Zeitraum erhalten hat. Sollte das Landesarbeitsgericht dies bejahen, wird es die Höhe der Vergütung ausgehend von dem Wert des Anteils oder der Gewinne - ggf. gemäß § 287 ZPO - festzustellen haben. Soweit die Klägerin erst nach Beendigung des Annahmeverzugs Einkünfte erzielt hat, die auf Tätigkeiten im Verzugszeitraum beruhen, sind diese nach § 11 Nr. 1 KSchG ggf. anteilig anzurechnen.

b) Das Landesarbeitsgericht wird weiter - unter Berücksichtigung der Hinweise des Senats im Rahmen einer umfassenden Gesamtabwägung, ggf. nach Aufklärung des streitig gebliebenen Sachvortrags der Parteien - prüfen müssen, ob die unentgeltliche Tätigkeit als Geschäftsführerin bei der G GmbH ein böswilliges Unterlassen iSd. § 11 Nr. 2 KSchG darstellt und in welcher Höhe ggf. ein böswillig unterlassener Verdienst anzurechnen ist. 48

aa) Das Landesarbeitsgericht muss erneut eine Gesamtabwägung aller vorliegenden konkreten Umstände vornehmen und dabei berücksichtigen, dass bei der Übernahme einer unentgeltlichen Tätigkeit die Anrechnung böswillig unterlassenen Erwerbs den Nachweis einer Schädigungsabsicht nicht erfordert, die Tätigkeit der Klägerin als angestellte Fremdgeschäftsführerin bei der G GmbH gerade nicht dem Aufbau einer selbständigen Tätigkeit gleichzusetzen ist und auch ohne weitere Sachaufklärung nicht zugunsten der Klägerin unterstellt werden kann, dass der alleinige Gesellschafter der G GmbH, Herr A, der Lebensgefährte der Klägerin war. 49

bb) Sollte das Landesarbeitsgericht ein böswilliges Unterlassen bejahen, wird es - ggf. nach Schätzung gemäß § 287 ZPO - zu prüfen und festzustellen haben, in welcher Höhe die Klägerin einen anrechenbaren Verdienst hätte erzielen können. Dabei wird einerseits zu beachten sein, dass die G GmbH nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts während der Phase ihrer Gründung und zu Beginn ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit keinen Gewinn erzielt hat. Zum anderen ist in den Blick zu nehmen, dass dies bei einem neu gegründeten Unternehmen nicht ungewöhnlich ist und dass kein die Sittenwidrigkeit auslösendes Missverhältnis zwischen der Leistung eines Fremdgeschäftsführers einer GmbH - auch in Anbetracht des ihn ggf. treffenden Haftungs- und Insolvenzrisikos - und 50

der Gegenleistung der GmbH bestehen darf (vgl. *KG Berlin 12. März 1996 - 14 U 7775/94 - GmbHR 1996, 613*).

c) Für den Fall der - ggf. teilweisen - Klagestattgabe weist der Senat weiter 51
darauf hin, dass Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB ab
dem Tag nach Eintritt der Fälligkeit gemäß § 187 Abs. 1 BGB geschuldet sind.
Fällt der Fälligkeitstag jedoch auf einen Samstag oder einen Feiertag, verschiebt
sich der Zeitpunkt der Fälligkeit nach § 193 BGB auf den nächsten und der Eintritt
des Verzugs auf den darauffolgenden Werktag (vgl. *BAG 15. Mai 2001 - 1 AZR
672/00 - zu II der Gründe, BAGE 98, 1*).

Linck

Biebl

Neumann

Jungbluth

Mattausch