

7 Sa 493/23
3 Ca 362/23
(ArbG Kempten)

Verkündet am: 11.04.2024

Zöllner
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwältin B.
B-Straße, B-Stadt

gegen

C.
C-Straße, C-Stadt

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, C-Stadt

- 2 -

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22. März 2024 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Karrasch und die ehrenamtliche Richterin Euling und der ehrenamtliche Richter Kirchschrager

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Kempten teilweise abgeändert.

1. Der Beklagte wird verurteilt € 55.534,82 brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von € 20.983,82 netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 22.03.2022 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

2. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten noch über Vergütung wegen Annahmeverzugs und die Erteilung von Entgeltabrechnungen.

Die Klägerin war seit dem 01.10.2011 bei dem Beklagten als Verwaltungsangestellte auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags vom 29.09.2011 beschäftigt, wobei sie seit 01.01.2014 in Teilzeit mit 28 Stunden pro Woche arbeitete. Mit einem Schreiben vom 27.11.2020 erhielt die Klägerin eine ordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung zum 31.03.2021, wobei der Beklagte der Klägerin gleichzeitig anbot, ab dem 01.04.2021 einen geänderten Arbeitsvertrag abzuschließen. Zu den Einzelheiten wird auf Bl. 179 bis 187 d.A. verwiesen. Die Klägerin lehnte das Änderungsangebot ab, wonach sie bei gleichbleibender Tätigkeit nur noch 15 Stunden pro Woche gearbeitet werden sollte und die Vergü-

tung entsprechend angepasst werden sollte. Weiter ergaben sich im Vergleich zum Arbeitsvertrag vom 29.09.2011 einzelne Änderungen zB. Versetzungsklausel, Sonderzahlungen, Verpflichtung zur Nacht-, Schicht-, Wechselschicht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit im Rahmen der gesetzlichen tariflichen Bestimmungen, Regelungen bei Arbeitsunfähigkeit und sonstiger Arbeitsverhinderung sowie Freistellung. Zu den Einzelheiten der vertraglichen Änderungen wird auf Bl. 130 bis 133 d.A. verwiesen.

Mit einem auf den 05.05.2021 datierten Schreiben kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos aus verhaltensbedingten Gründen.

Gegen die Änderungskündigung wie auch gegen die fristlose Kündigung erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage unter dem Aktenzeichen 2 Ca 2473/20. Mit Schriftsatz im Vorprozess vom 09.09.2022 bot der Beklagte der Klägerin eine Prozessbeschäftigung als Verwaltungsangestellte auf der Basis von 15 Wochenstundenzahl an (vgl. im Einzelnen Blatt 254 d.A.). Die Klägerin nahm dieses Angebot nicht an. Mit Schreiben vom 08.02.2023 erkannte der Beklagte die Anträge im Kündigungsschutzprozess an, worauf das Arbeitsgericht Kempten mit Datum vom 10.02.2023 das folgende Anerkenntnisurteil erließ:

1. *Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigungen der Beklagten vom 27. November 2020 und 05. Mai 2021 nicht aufgelöst ist, sondern über den 31. März 2021 hinaus unverändert fortbesteht.*
2. *Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsanträge weiterzubeschäftigen.*
3. *Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.*
4. *Der Streitwert wird festgesetzt auf € 14.772,31.“*

Mit Schreiben vom 09.02.2023 machte die Klägervertreterin einen Annahmeverzug für einen Verzugszeitraum vom 01.04.2021 bis einschließlich 14.02.2023 geltend. Ab dem 15.02.2023 wurde das Arbeitsverhältnis der Parteien wieder vollzogen, wobei die Klägerin seitdem nur wenige Tage gearbeitet hat. Sie war bis zum 19.10.2023 insgesamt an 142 Kalendertagen arbeitsunfähig erkrankt. Darüber hinaus nahm die Klägerin an 64 Tagen Urlaub. Im Einzelnen war sie vom 20.03.2023 bis 29.03.2023, vom 09.05.2023 bis 12.05.2023, vom 25.05.2023 bis zum 26.05.2023 sowie vom 07.06.2023 bis zum 30.06.2023 arbeitsunfähig erkrankt. Seit dem 10.07.2023 ist sie nunmehr durchgängig arbeitsunfähig

erkrankt und seit dem 21.08.2023 im Krankengeldbezug (im Einzelnen wird auf die Übersicht Bl. 260 d.A. verwiesen). Vor dem Verzugszeitraum war die Klägerin vom 15.01.2021 bis 31.01.2021 sowie vom 22.03.2021 bis 31.03.2021 arbeitsunfähig erkrankt. Die Klägerin erhielt im streitgegenständlichen Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 fünf Vermittlungsvorschläge seitens der Agentur für Arbeit. Sie bewarb sich auf diese Vermittlungsvorschläge, erhielt jedoch Absagen hierauf. Darüber hinaus bewarb sich die Klägerin zehnmal im Verzugszeitraum eigeninitiativ und verfolgte fünf Vorschläge des Geschäftsführers des Beklagten Herrn E. Auf einen Vorschlag des Geschäftsführers erfolgte keine Bewerbung, da das Stellenangebot ohne Angabe der Firma und ohne Angabe der Kontaktdaten bzw. des Portals erfolgte. Die Klägerin erteilte Auskunft zu ihren Erwerbsbemühungen unter Nennung der Tätigkeit und des Arbeitgebers. Die vorgesehene Arbeitszeit lässt sich - soweit darin angegeben - den vorgelegten Vermittlungsvorschlägen der Agentur für Arbeit entnehmen, wird jedoch bezüglich der Eigenbemühungen und den Vorschlägen von Herrn E nicht genannt. Darüber hinaus nannte die Klägerin nicht die in Aussicht stehende Vergütung.

Vor dem Arbeitsgericht hat die Klägerin behauptet, sie sei im Verzugszeitraum leistungswillig und leistungsfähig gewesen. Sie habe der Agentur für Arbeit uneingeschränkt für eine Vermittlung zur Verfügung gestanden. Aufgrund der geringen Krankheitszeiten vor dem Verzugszeitraum sei die Behauptung der Beklagten, sie sei im Verzugszeitraum nicht leistungsfähig gewesen, eine Behauptung ins Blaue hinein. Das Arbeitsverhältnis der Parteien sei zum Zeitpunkt der Änderungskündigung bereits angespannt gewesen. Die Klägerin habe daher davon ausgehen müssen, dass die arbeitsvertraglichen Änderungen Kalkül gehabt hätten und der Beklagte ihr durch Versetzung an einen weit entfernten Arbeitsort, Verpflichtung zu Nacht-, Schicht-, Wechselschicht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit etc. das Arbeitsleben schwermacht hätte. Das Arbeitsverhältnis sei auch heute noch angespannt, da der Klägerin der beantragte Urlaub zum Teil nicht bewilligt worden sei. Die Klägerin hat gemeint, sie habe Zwischenverdienst nicht böswillig unterlassen. Es sei ihr nicht zumutbar gewesen, das Änderungsangebot des Beklagten auch nur unter Vorbehalt anzunehmen. Der angebotene neue Arbeitsvertrag habe deutlich schlechtere Bedingungen als der alte vorgesehen. Der Beklagte habe den Kündigungsschutzprozess auch in die Länge gezogen, da er von vornherein die Kündigungsschutzanträge hätte anerkennen können. Weiter habe sie die von dem Beklagten begehrte Auskunft vollständig

erteilt, da sie nicht mehr Informationen zu den Vermittlungsvorschlägen der Agentur für Arbeit habe. Nachdem sie auf ihre Bewerbungen Absagen erhalten habe, könne sie keine genaueren Angaben zu den Verdienstmöglichkeiten oder weiteren vertraglichen Umständen machen. Darüber hinaus sei sie auch nicht verpflichtet gewesen, zu den Gründen der Absagen näher auszuführen.

Im Kammertermin schlossen die Parteien einen Teilvergleich hinsichtlich eines qualifizierten Zwischenzeugnisses. Die ursprünglich eingeklagten Ansprüche auf Erteilung von Urlaub wurden übereinstimmend für erledigt erklärt und nach teilweiser Klagerücknahme bezüglich der Höhe der geltend gemachten Annahmeverzugsansprüche beantragte die Klägerin zuletzt:

I.

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat April 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 723,58 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Mai 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Juni 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Juli 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat August 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
6. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat September 2021 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
7. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Oktober 2021 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

8. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat November 2021 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
9. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Dezember 2021 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
10. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin eine Jahressonderzahlung 2021 2.114,13 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
11. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für das Jahr 2021 eine Corona-Prämie in Höhe von 290,92 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
12. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Januar 2022 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
13. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Februar 2022 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
14. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat März 2022 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
15. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat April 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
16. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Mai 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
17. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Juni 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
18. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Juli 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
19. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat August 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

- 7 -

20. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat September 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
 21. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Oktober 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
 22. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat November 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
 23. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Dezember 2022 2.409,27 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
 24. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für das Jahr 2022 eine Jahressonderzahlung in Höhe von 2.346,94 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über den jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
 25. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für das Jahr 2022 eine Corona-Prämie in Höhe von 290,92 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
 26. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Januar 2023 2.409,27 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
 27. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Februar 2023 1.202,22 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 440,44 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
- II. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin bei Zahlung der unter Ziffer I. eingeklagten Beträge pro Monat entsprechende Abrechnungen in Textform zu erteilen.

Die Beklagte hat konkludent beantragt, die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat behauptet, die Klägerin sei im Verzugszeitraum leistungsunfähig und leistungsunwillig gewesen. Der vorformulierte neue Arbeitsvertrag, der der Klägerin gleichzeitig mit der Kündigung vom 27.11.2020 unterbreitet wurde, habe der zum damaligen Zeitpunkt üblichen formularmäßigen Gestaltung der Arbeitsverträge beim Beklagten entsprochen. Der Grund für die fristlose Kündigung sei eine Anzeige der Klägerin einer behaupteten Ordnungswidrigkeit gegen den Geschäftsführer des Beklagten gewesen, da

die Arbeitsbescheinigung von dem Beklagten nicht ordnungsgemäß ausgefüllt worden sei, wobei die Arbeitsbescheinigung nach zwei Wochen korrigiert für die Klägerin bereitgelegt habe. Der Beklagte hat gemeint, die Leistungsunwilligkeit der Klägerin habe sich daraus ergeben, dass sie zwei Jahre keine Stelle gefunden habe, obwohl Verwaltungskräfte im Verzugszeitraum stark nachgefragt gewesen seien. Weiter habe für die Leistungsunwilligkeit gesprochen, dass sie den angebotenen geänderten Arbeitsvertrag nicht unter Vorbehalt angenommen habe. Überdies sei die Klägerin auch leistungsunfähig gewesen. Sie sei bereits vor dem Verzugszeitraum erheblich erkrankt gewesen und nach dem Verzugszeitraum nahezu durchgängig infolge Urlaub und Krankheit ausgefallen. Jedenfalls habe die Klägerin Zwischenverdienst böswillig unterlassen, da ihr die Annahme des geänderten Arbeitsvertrages unter Vorbehalt zumutbar gewesen sei. Der Kündigungsschutzprozess sei von der Beklagten nicht künstlich in die Länge gezogen worden. Wesentlicher Grund für die Verzögerung des Vorprozesses sei es gewesen, dass die Kammer ein Jahr nicht besetzt gewesen sei. Darüber hinaus habe der Beklagte umfangreich zur Vergleichbarkeit der Mitarbeiter vortragen müssen. Schließlich sei es zu dem Anerkenntnis gekommen, da der zuständige Richter auf die Personalratsanhörung hingewiesen habe und sich der Personalratsvorsitzende an die Einzelheiten nicht mehr erinnern könne. Die von der Klägerin vorgebrachten Einzelheiten hinsichtlich der vertraglichen Gestaltung des neuen Angebots des Arbeitsvertrages seien irrelevant gewesen, da es der Klägerin auf jeden Fall möglich gewesen wäre, dieses unter Vorbehalt anzunehmen. Darüber hinaus sei die Klägerin ihrer Auskunftsverpflichtung aus § 242 BGB nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 27.05.2020 - 5 AZR 387/19 nicht hinreichend nachgekommen. Die Klägerin hätte auch Auskunft darüber geben müssen, was der Grund für das Scheitern der Erwerbsbemühungen gewesen sei und daher sei die Auskunft von der Klägerin nicht vollständig erteilt worden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, da die Annahmeverzugsansprüche an der fehlenden Leistungsfähigkeit der Klägerin im Verzugszeitraum, § 297 BGB gescheitert seien. Das Arbeitsgericht hat dazu unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausgeführt, dass der Arbeitgeber unbeschadet der sonstigen Voraussetzungen nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug gerät, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken. Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Arbeitnehmers seien vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige

Voraussetzungen, die während des gesamten Verzugszeitraums vorliegen müssen und der leistungsunwillige Arbeitnehmer setze sich selbst außerstande, die Arbeitsleistung zu bewirken. Weil der Arbeitgeber bei der Berufung auf die Leistungsunfähigkeit oder die Leistungsunwilligkeit eine Einwendung erhebe, trage er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer im Streitzeitraum zur Leistung objektiv außerstande oder subjektiv nicht bereit war. Dazu reiche es zunächst aus, wenn er Indizien vortrage, aus denen auf die Leistungsunfähigkeit oder Leistungsunwilligkeit des Arbeitnehmers geschlossen werden könne und weil der Arbeitgeber über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers regelmäßig keine näheren Kenntnisse habe, genüge er seiner primären Darlegungslast grundsätzlich schon dadurch, dass er Indizien vortrage, aus denen auf eine Leistungsunfähigkeit im Annahmeverzugszeitraum geschlossen werden könne. Hat der Arbeitgeber solche Indizien vorgetragen, sei es Sache des Arbeitnehmers die Indizwirkung der behaupteten Tatsachen zu erschüttern, wobei es nahe liegend sei, insoweit die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden. Der Arbeitgeber sei dann für die Leistungsunfähigkeit beweispflichtig und könne sich auf das Zeugnis der den Arbeitnehmer behandelnden Ärzte und auf ein Sachverständigengutachten berufen.

Weiter hat das Arbeitsgericht darauf verwiesen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die primäre Darlegungslast des Arbeitgebers für die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht bedeute, dass der Arbeitgeber die von ihm behauptete Tatsache - Leistungsunfähigkeit - mittels Indizien zu beweisen hätte. Er müsse lediglich Tatsachen vortragen, die einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür bieten, dass der Arbeitnehmer im Streitzeitraum für die geschuldete Tätigkeit nicht bzw. nicht uneingeschränkt leistungsfähig gewesen sei, die also eine entsprechende Schlussfolgerung ermöglichen und als wahrscheinlich erscheinen lassen. Dabei dürften keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, denn der Arbeitgeber verfüge regelmäßig über keine näheren Informationen zum Gesundheitszustand des Arbeitnehmers. So habe das Bundesarbeitsgericht beispielsweise die Koinzidenz zwischen dem Ablauf der Kündigungsfrist und dem behaupteten Ende der Arbeitsunfähigkeit nach einer mehrmonatigen Erkrankung als entsprechendes Indiz ausreichen lassen.

Bei Beachtung dieser Grundsätze habe nach der Ansicht des Arbeitsgerichts der Beklagte hinreichende Indizien dargelegt, die dafür sprachen, dass die Klägerin im Verzugszeitraum

vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 nicht uneingeschränkt leistungsfähig gewesen sei und die Klägerin sei diesen Indizien im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast nicht entgegengetreten. Vor allem die signifikanten Arbeitsunfähigkeitszeiten an sich nach dem Verzugszeitraum sowie die Koinzidenz der deutlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten vor dem Verzugszeitraum, der behaupteten Arbeitsfähigkeit im gesamten Verzugszeitraum und der signifikanten Arbeitsunfähigkeitszeiten nach dem Verzugszeitraum hatten für das Arbeitsgericht indiziert, dass die Leistungsfähigkeit der Klägerin nicht uneingeschränkt während des gesamten Verzugszeitraums bestanden habe. Hingegen habe der Beklagte für eine Leistungsunwilligkeit der Klägerin nach § 297 BGB keine hinreichenden Indizien vorgetragen und allein aus der Ablehnung einer Prozessbeschäftigung könne noch keine Leistungsunwilligkeit geschlussfolgert werden. Die von Klägerin erfolgte Ablehnung des angebotenen geänderten Arbeitsvertrags, habe aber für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis zum Zugang der außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung vom 05.05.2021 zu einer Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG geführt, denn insoweit habe die Klägerin zumutbare Arbeit böswillig unterlassen.

Das Arbeitsgericht hat dazu zunächst darauf verwiesen, dass wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses zu den bisherigen Bedingungen anbietet, die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer in erster Linie von der Art der Kündigung und ihrer Begründung sowie dem Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess abhängt. Handelt es sich um eine personen- oder betriebsbedingte Kündigung, sei dem Arbeitnehmer die vorläufige Weiterbeschäftigung in der Regel zumutbar und falls eine Kündigung auf verhaltensbedingte Gründe gestützt werde, spreche dieser Umstand eher für die Unzumutbarkeit der vorläufigen Weiterarbeit für den Arbeitnehmer im Betrieb, wobei auch Art und Schwere der gegen den Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe für ihn bereits die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit begründen könnten. Weiter hat das Arbeitsgericht darauf verwiesen, dass ein Arbeitnehmer die Annahme einer zumutbaren Arbeit allein dadurch iSv. § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG böswillig unterlassen könne, indem er ein im Zusammenhang mit einer Kündigung erklärtes Änderungsangebot nicht nach § 2 KSchG unter Vorbehalt annehme, zumal ein Änderungsangebot nicht auf eine endgültige Vertragsänderung gerichtet sei, auf die sich der Arbeitnehmer nicht einlassen müsste. Vorliegend habe es sich um eine betriebsbedingte Änderungskündigung gehandelt, wobei es sich insbesondere nicht um eine gänzlich andere, sondern dieselbe

Tätigkeit handelte und zu berücksichtigen sei auch gewesen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sogar bei einer nichtvertragsgemäßen Tätigkeit ein böswilliges Unterlassen des Arbeitnehmers vorliegen könne. Das Gehalt sei entsprechend des auf 15 Stunden reduzierten Leistungsumfangs angepasst worden und die weiteren Vertragsänderungen (Direktionsrecht, Sonderzahlungen, Nachtdienste etc.) hätten die Annahme des Angebots unter Vorbehalt nicht unzumutbar gemacht. Ob sich die Zumutbarkeit der vorläufigen Weiterarbeit der Klägerin nach Zugang der außerordentlichen verhaltensbedingten fristlosen Kündigung vom 05.05.2021 geändert hat, hat das Arbeitsgericht dahinstehen lassen.

Abschließend hat das Arbeitsgericht darauf verwiesen, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Entgeltabrechnungen nach § 108 Abs. 1 GewO habe, da nach § 108 Abs. 1 GewO eine Abrechnung „bei Zahlung“ zu erteilen sei und mangels eines Zahlungsanspruchs habe die Klägerin auch keinen Anspruch auf Erteilung von Abrechnungen.

Hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf die Seiten 9 bis 16 (Bl. 488 – 495 d.A.) des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

Gegen dieses Urteil vom 24.10.2023, das der Klägerin am 27.11.2023 zugestellt wurde, hat diese mit einem am 27.11.2023 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, die sie mit einem am 17.01.2024 eingegangenen Schriftsatz begründet hat.

Die Klägerin meint die Ausführungen des Arbeitsgerichts hielten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts liege keine Leistungsunfähigkeit im gesamten Annahmeverzugszeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 vor. Weder die Krankenzeiten der Klägerin im Jahre 2021 (im Januar 2021 11 Arbeitstage und im März 2021 8 Arbeitstage) noch die Krankenzeiten ab dem 20.03.2023 seien Indizien dafür, dass die Klägerin auch in der Zeit vom April 2021 bis 14.02.2023 arbeitsunfähig krank gewesen sei. Da die Klägerin in der Zeit vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 sich auch nicht in ärztlicher Behandlung befunden habe, könne sie auch keine Ärzte von einer Schweigepflicht entbinden. Die Klägerin verweist auch darauf, dass in der Zeit 01.04.2021 bis 14.02.2023 Arbeitslosengeld erhalten habe, das sie vom Annahmeverzugslohnzeitraum abgezogen habe. Der Erhalt des Arbeitslosengeldes zeige aber auch, dass sie nicht arbeitsunfähig gewesen sei, denn der Erhalt von Arbeitslosengeld setze voraus, dass der

Arbeitslose verfügbar sei. Deshalb verweist die Klägerin auf das Schreiben der F-BKK gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung, die ihr mit Schreiben vom 12.12.2023 bescheinigte, dass bei der Krankenversicherung der Klägerin für die Zeit vom 01.04.2021 bis zum 14.02.2023 kein Krankengeld gezahlt wurde. Eine Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG habe ebenfalls nicht zu erfolgen. Denn es sei der Klägerin nicht zuzumuten gewesen, gemäß den Bedingungen der Änderungskündigung bei der Beklagten weiter zu arbeiten. Sie hätte bei Annahme des angetragenen Arbeitsvertrages einen Vergütungsanspruch in Höhe von ca. Euro 914,00 netto gehabt bzw. später in Höhe von Euro 946,00 netto. In Anlehnung an dem Arbeitslosengeldanspruch der Klägerin in Höhe von Euro 943,80 netto sei das Angebot des Beklagten bereits unter humanitären Gesichtspunkten nicht zumutbar gewesen. Zudem hätte die Klägerin bei Erbringung ihrer Tätigkeit in C-Stadt, täglich einen Arbeitsweg von A-Stadt nach C-Stadt mit dem Pkw zurücklegen müssen, mit der Folge das die Fahrtkosten bei einer 5-Tage-Woche ca. € 328,00 pro Monat betragen hätten. Von Bedeutung sei insbesondere auch, dass der bei der Beklagten bestehende Personalrat in seiner Sitzung am 27.11.2020 der Änderungskündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen haben und dass der Beklagte auf Verlangen der Klägerin diese nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen hätte weiterbeschäftigen müssen und dass der Beklagte das entsprechende Begehren der Klägerin, das sie mehrfach wiederholt habe, ignoriert habe..

Die Klägerin beantragt:

1. Das Endurteil des Arbeitsgerichts Kempten, AZ 3 Ca 362/23, verkündet am 24.10.2023, zugestellt am 27.11.2023, wird aufgehoben.
Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin Euro 55.534,82 brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von Euro 20.983,82 netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin bei Zahlung des unter Ziffer 1 eingeklagten Arbeitsentgelts entsprechende Abrechnungen in Textform zu erteilen. Die Abrechnungen müssen mindestens Angaben über Abrechnungszeitraum und Zusammensetzung des Arbeitsentgelts enthalten.

3. Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Der Beklagte verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Er meint weiterhin, dass die Klägerin ihre uneingeschränkte Leistungsfähigkeit im Zeitraum 01.04.2021 bis 14.02.2023 nicht ausreichend dargelegt habe. Er verweist weiterhin darauf, dass die Klägerin im Januar 2021 über die Hälfte der Arbeitstage des Monats krank gewesen sei sowie im März 2021 an 8 Arbeitstagen von 23 Tagen und dass vor allem im Jahre 2023 die Klägerin nach Ende des Verzugszeitraums am 15.02.2023 sehr erhebliche Arbeitsausfälle gehabt habe und seit dem 10.07.2023 durchgehend arbeitsunfähig sei. Dass die Klägerin Arbeitslosengeld im Verzugszeitraum bezogen habe, sage nichts über ihre Leistungsfähigkeit aus, denn der Beklagte geht davon aus, dass die Klägerin der Agentur für Arbeit über eine Erkrankung nichts mitgeteilt habe. Auf jeden Fall habe die Klägerin es böswillig unterlassen Zwischenverdienst zu erzielen. Der mit der Änderungskündigung vom 20.11.2020 vorgelegte geänderte Arbeitsvertrag sei für die Klägerin ein zumutbares arbeitsvertragliches Angebot gewesen. In dem Änderungsangebot sei lediglich die wöchentliche Arbeitszeit von 28 auf 15 Stunden verringert worden bei ansonsten in wesentlich gleichbleibenden Arbeitsbedingungen. Entgegen der Behauptung der Klägerin sei auch die Versetzungsklausel zumutbar gewesen in dem Änderungsvertrag, weil es so gefasst gewesen sei, dass bei der Ermessungsausübung im Rahmen einer möglichen Versetzung auch die Interessen des Arbeitnehmers angemessen zu berücksichtigen seien. Bezeichnend für die Einstellung der Klägerin sei ihr Argument, dass Änderungsangebot wäre für sie deswegen unzumutbar und uninteressant gewesen, weil sie im Rahmen des geänderten Arbeitsvertrages zeitweise netto etwas weniger erhalten hätte, als durch den Bezug des Arbeitslosengeldes. Die Klägerin sei damit also offensichtlich der Ansicht, dass es für sie besser und wohl auch angenehmer sei, im Verzugszeitraum nicht zu arbeiten und Arbeitslosengeld zu beziehen und sich durch die Allgemeinheit finanzieren zu lassen, als zur Arbeit zu gehen und entsprechende Arbeitsentgelt zu verdienen. Dies lasse auch erahnen, weswegen die Klägerin es nicht für nötig befunden habe, Arbeitsunfähigkeitszeiten in diesem Zeitraum gegenüber der Agentur für Arbeit anzugeben.

Zum weiteren Sachvortrag der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze vom 16.01.2024 (Blatt 513 ff.) und vom 23.02.2024 (Blatt 573 ff.) samt ihren Anlagen verwiesen. Des Weiteren wird insbesondere zur Prozessgeschichte auf den Inhalt der Gerichtsakte, insbesondere auf die Sitzungsniederschriften vom 22.03.2024 und 11.04.2024 (Blatt 580 a. bis 583 d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Berufung der Klägerin ist hinsichtlich der Zahlungsansprüche zulässig und nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

2. Hingegen ist die Berufung, soweit die Klägerin erneut die Erteilung von Abrechnungen verlangt, unzulässig.
 - a) Nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung durch das angefochtene Urteil und deren Erheblichkeit für das Ergebnis der Entscheidung ergeben. Erforderlich ist eine hinreichende Darstellung der Gründe, aus denen sich die Rechtsfehlerhaftigkeit der angefochtenen Entscheidung ergeben soll. Die zivilprozessuale Regelung soll gewährleisten, dass der Rechtsstreit für die Berufungsinstanz durch eine Zusammenfassung und Beschränkung des Rechtsstoffs ausreichend vorbereitet wird. Dabei dürfen im Hinblick auf die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie zwar keine unzumutbaren Anforderungen an den Inhalt von Berufungsbegründungen gestellt werden. Die Berufungsbegründung muss aber auf den Streitfall zugeschnitten sein und im Einzelnen erkennen lassen, in welchen Punkten rechtlicher oder tatsächlicher Art und aus welchen Gründen das angefochtene Urteil fehlerhaft sein soll (vgl. beispielhaft, BAG 15.12.2022 – 2 AZR 117/22; 27.01.2021 - 10 AZR 512/18).

 - b) Nach diesen Grundsätzen ist die Berufung, soweit sie sich gegen die Abweisung der begehrten Entgeltabrechnungen richtet, unzulässig, denn die Klägerin setzt sich nicht

mit der kurzen, aber gleichwohl zutreffenden Begründung des Arbeitsgerichts auseinander.

c) Unabhängig davon wird im Hinblick auf die insoweit auch unbegründete Berufung auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 12.07.2006 – 5 AZR 646/05 verwiesen, denn nach § 108 GewO ist dem Arbeitnehmer, wenn ein Anspruch auf Zahlung von Arbeitsentgelt besteht, "bei Zahlung" eine Abrechnung zu erteilen. Die Abrechnung bezweckt die Information über die erfolgte Zahlung. Die Regelung dient der Transparenz. Der Arbeitnehmer soll erkennen können, warum er gerade den ausgezahlten Betrag erhält. Deshalb entfällt die Verpflichtung zur Abrechnung, wenn sich die Angaben gegenüber der letzten ordnungsgemäßen Abrechnung nicht geändert haben (§ 108 Abs. 2 GewO). Dagegen regelt § 108 GewO keinen selbständigen Abrechnungsanspruch zur Vorbereitung eines Zahlungsanspruchs. Gerade einen solchen Abrechnungsanspruch vor Zahlung macht aber die Klägerin geltend.

II.

Die Berufung ist teilweise begründet. Insoweit war die Entscheidung des Arbeitsgerichts abzuändern.

1. Zunächst gilt, dass die Voraussetzungen des von der Klägerin geltend gemachten Annahmeverzugs in dem streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. April 2021 bis zum 14. Februar 2023 erfüllt sind. Die Beklagte hat den Kläger in dieser Zeit nicht beschäftigt und befand sich aufgrund ihrer unwirksamen Arbeitgeberkündigung(en) im Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB), ohne dass ein Angebot der Arbeitsleistung erforderlich gewesen wäre (vgl. BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23; 29.03.2023 - 5 AZR 255/22). Hierüber besteht zwischen den Parteien kein Streit. Dies gilt auch für die Höhe der im streitgegenständlichen Zeitraum geschuldeten Vergütung.

A) 2. Da im Streitzeitraum nach dem rechtskräftigen Anerkenntnisurteil des Arbeitsgerichts vom 10.02.2023 das Arbeitsverhältnis fortbestanden hat, richtet sich die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG und nicht nach dem weitgehend inhaltsgleichen § 615 Satz 2 BGB (vgl. BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23; 08.09.2021 - 5 AZR 205/21).

3. Die Klägerin hat im Rahmen ihrer Antragstellung die nach § 11 Nr. 1 KSchG anzurechnenden im Streitzeitraum bezogenen öffentlich-rechtlichen Leistungen in Form von Arbeitslosengeld, hinsichtlich derer sie mit Blick auf den kraft Gesetzes eintretenden Anspruchsübergang (§ 115 Abs. 1 SGB X) nicht mehr aktivlegitimiert war, berücksichtigt. Diese Abzüge sind zwischen den Parteien nicht streitig.

4. § 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.

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. Der Arbeitnehmer darf auch nicht vorsätzlich verhindern, dass ihm eine zumutbare Arbeit überhaupt angeboten wird. Böswilligkeit setzt dabei nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen. Fahrlässiges, auch grob fahrlässiges Verhalten reicht allerdings nicht aus (vgl. zum Ganzen BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23; 24.01.2024 - 5 AZR 331/22; 11.01.2006 - 5 AZR 98/05).

b) In § 11 Nr. 2 KSchG wird dem Arbeitnehmer eine Pflicht zur angemessenen Rücksichtnahme auf die Belange des Arbeitgebers auferlegt. Der Arbeitnehmer soll seine Annahmeverzugsansprüche nicht ohne Rücksicht auf den Arbeitgeber durchsetzen können. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls (vgl. BAG, 19.01.2022 - 5 AZR 346/21; 08.09.2021 - 5 AZR 205/21). Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist damit stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen (vgl. BAG 07.02.2024 – 5 AZR 177/23; 19.05.2021 - 5 AZR 420/20).

c) Meldet sich der Arbeitnehmer nach einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend und geht er deren Vermittlungsangeboten nach, wird ihm regelmäßig keine vorsätzliche Untätigkeit vorzuwerfen sein. Aus § 11 Nr. 2 KSchG

kann allerdings nicht abgeleitet werden, der Arbeitnehmer dürfe in jedem Fall ein zumutbares Angebot der Agentur für Arbeit abwarten. Vielmehr kann die Abwägung der Interessen im Einzelfall für ihn auch die Obliegenheit begründen, ein eigenes Angebot abzugeben, wenn sich ihm eine realistische zumutbare Arbeitsmöglichkeit bietet. Der Arbeitnehmer ist jedoch nicht generell und ohne weiteres verpflichtet, sich unermüdlich um eine zumutbare Arbeit zu kümmern. Hiergegen spricht, dass § 11 Nr. 2 KSchG, der an § 615 Satz 2 BGB anknüpft (so die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 9 KSchG, der dem heutigen § 11 KSchG entspricht, RdA 1951, 61, 64), letztlich wie § 615 Satz 2 BGB eine Billigkeitsregelung enthält (so bereits Motive zum BGB 1888 Bd. 2 S. 209). Sie verlangt im Rahmen einer Gesamtabwägung die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zu berücksichtigen (st. Rspr., zuletzt BAG, 24.01.2024 - 5 AZR 331/22. Hieraus folgt aber auch, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, dem Arbeitnehmer geeignete Stellenangebote, zB aus Zeitungsannoncen oder privaten „Jobportalen“ zu übermitteln, um ihn aktiv zur Prüfung anderweitiger Beschäftigungsoptionen zu veranlassen (vgl. zum Ganzen: BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23).

d) Die anderweitige Arbeit muss zumutbar sein. Dies beurteilt sich insbesondere nach der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen (vgl. BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23; 12.10.2022 - 5 AZR 30/22). Die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Tätigkeit folgt nicht allein schon aus einem geringeren Verdienst im Verhältnis zum bisherigen. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für eine Beschäftigungsmöglichkeit beim kündigenden Arbeitgeber (vgl. dazu BAG, 16.06.2004 - 5 AZR 508/03). Denn § 11 Nr. 2 KSchG schließt den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber eine vertragswidrige Arbeit anbietet, weil das Angebot vertragsgerechter Arbeit zur Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrags bereits den Annahmeverzug beenden würde (vgl. BAG, 19.01.2022 - 5 AZR 346/21; 07.02.2007 - 5 AZR 422/06). Zudem darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Arbeitnehmer wegen des Annahmeverzugs seine bisherige Vergütung fortgezahlt erhält, wenn er im Kündigungsschutzprozess obsiegt (vgl. zum Ganzen BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23).

e) Ausgehend hiervon wäre jedenfalls eine Tätigkeit, bei der der zu erzielende Nettoverdienst unter dem Arbeitslosengeld I läge, während des Bezugszeitraums dieser Leistung nicht als zumutbar anzusehen. Weder erfordert die Rücksichtnahme auf den im An-

nahmeverzug befindlichen Arbeitgeber die Aufnahme einer solchen Tätigkeit, noch handelt der Arbeitnehmer vorwerfbar, wenn er sich für den Bezug der ihn finanziell besser stellenden öffentlich-rechtlichen Leistung entscheidet. Schließlich besteht auch für ihn ein Prozessrisiko im Kündigungsschutzverfahren und damit die Ungewissheit, ob ihm später Vergütungsnachzahlungen unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zustehen werden. Andererseits käme ein böswillig unterlassener anderweitiger Verdienst in Betracht, wenn der Kläger eine anderweitige Arbeit nicht aufgenommen oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert hat, bei der er etwas weniger als zuvor verdient hätte und die Arbeit insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Art, der Entfernung der Arbeitsstätte und der Arbeitszeit zumutbar gewesen wäre (vgl. BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23).

f) Die Beweislast für die Einwendung nach § 11 Nr. 2 KSchG trägt grundsätzlich der Arbeitgeber, der mit dem Ausspruch der unwirksamen Kündigung die Ursache für den Annahmeverzug gesetzt hat (vgl. BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23; 27.05.2020 - 5 AZR 387/19).

aa) Der Arbeitgeber hat grundsätzlich im ersten Schritt konkret darzulegen, dass für den Arbeitnehmer im Verzugszeitraum Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden. In Bezug auf die Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit hat er ergänzend einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitnehmer (zu den Anforderungen im Einzelnen BAG 27.05.2020 - 5 AZR 387/19). Den Arbeitnehmer trifft insoweit unter Berücksichtigung der aus § 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO folgenden Pflicht, sich zu den vom Arbeitgeber behaupteten Tatsachen wahrheitsgemäß und vollständig zu erklären, eine sekundäre Darlegungslast (dazu allgemein BGH, 08.02.2024 - IX ZR 107/22; 08.03.2021 - VI ZR 505/19). Die sekundäre Darlegungslast führt allerdings weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber alle für seinen Prozesserfolg benötigten Informationen zu verschaffen (vgl. zum Ganzen BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23).

bb) Legt der Arbeitnehmer in diesem Rahmen dar, dass er sich nach einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet hat und deren Vermittlungsangeboten sachgerecht nachgegangen ist, wird ihm regelmäßig keine vorsätzliche Untätigkeit vorzuwerfen sein. Zu den unterbreiteten Vermittlungsvorschlägen

und seinen hierauf folgenden Bemühungen hat er sich dabei im Prozess näher zu erklären (vgl. BAG, 27.05.2020 - 5 AZR 387/19). Die Feststellungslast hinsichtlich der Fragen, ob diese Vermittlungsvorschläge „zumutbare“ und im Fall einer Bewerbung verwirklichtbare Erwerbschancen dargestellt haben, bleibt beim Arbeitgeber. Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber im Annahmeverzugsprozess darlegt und im Streitfall beweist, dass er dem Arbeitnehmer geeignete Stellenangebote übermittelt hat. Mit diesen hat sich der Arbeitnehmer - im zumutbaren Rahmen - auseinanderzusetzen und sich zu bewerben. Hierzu hat sich der Arbeitnehmer zu erklären und darzulegen, was er unternommen hat (vgl. zum Ganzen BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23).

cc) In Sonderfällen kann, auch in Anlehnung an den Rechtsgedanken der Bedingungsverweigerung (§ 162 BGB), eine interessengerechte Abstufung der Darlegungs- und Beweislast erforderlich sein. Hierbei sind die jeweiligen Erkenntnismöglichkeiten zu berücksichtigen und ebenso die Anknüpfungspunkte, die sozialrechtliche Pflichten für die Konkretisierung des unterlassenen anderweitigen Verdienstes bilden (vgl. dazu auch BAG, 12.10.2022 - 5 AZR 30/22). Dies gilt ua. für den Fall, dass ein Arbeitnehmer zwar der in § 38 Abs. 1 SGB III geregelten Meldepflicht nachkommt, aber zugleich durch sein Verhalten veranlasst, dass ihm die Agentur für Arbeit tatsächlich keine Vermittlungsvorschläge unterbreitet (vgl. zum Ganzen BAG, 07.02.2024 – 5 AZR 177/23).

B)1. Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin keinen Anspruch auf Vergütung aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs für die Zeit ab dem 01.04.2021 bis zum 05.05.2021, denn in dieser Zeit war es ihr zuzumuten, auf der Grundlage des Änderungsangebots der Beklagten eine Arbeit anzunehmen und dass sie das unterlassen hat, war im iSv. § 11 Nr. 2 KSchG böswillig.

2. Die Klägerin beruft sich ohne Erfolg darauf, dass ihr die von der Beklagten angebotene Arbeitsaufnahme unzumutbar gewesen sei, da dies mit Fahrtkosten, einem längeren Anfahrtsweg und einem Nettoentgelt verbunden war, das teilweise nur knapp über dem Arbeitslosengeld lag.

a) Der Klägerin ist entgegenzuhalten, dass das Nettoentgelt, das sie erzielt hätte letztlich über dem Arbeitslosengeld gelegen hätte und es jedenfalls im Zusammenhang

mit einer Unzumutbarkeit ist es nicht geboten einen so engen Prüfungsmaßstab anzulegen, dass ein zu erzielendes Entgelt deutlich über dem Arbeitslosengeld liegen muss. Zudem ist auch nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage die Klägerin für einige Monate ein Nettoentgelt berechnet, das unter dem Arbeitslosengeld liegen soll. Der Klägerin steht auch kein Wahlrecht zu, wonach sie zu entscheiden hätte, dass es letztlich angenehmer ist, keine Arbeit aufzunehmen und stattdessen auf Kosten der Beitragszahler zur Arbeitslosenversicherung öffentlich-rechtliche Leistungen in Anspruch zu nehmen. Bei dieser Handhabung bliebe auch völlig außer Acht, dass § 11 Nr. 2 KSchG auch eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Schuldners, des Arbeitgebers, ist, wonach dieser nicht ohne Weiteres zu Zahlungen verpflichtet werden kann.

b) Der Verweis der Klägerin auf höhere Fahrtkosten in Zusammenhang mit einer Unzumutbarkeit geht ebenfalls ins Leere, denn diese halten sich zum Einen in erträglichen und damit zumutbaren Grenzen bei einer Belastung von 28km pro einfache Fahrt und zum Anderen kann die Klägerin diese Kosten im Lohnsteuerjahresausgleich zum Teil geltend machen und weiter hat sie die Möglichkeit, falls sie im Kündigungsschutzprozess obsiegt, diese von der Beklagten erstattet zu bekommen und insoweit ist im Rahmen der gebotenen Gesamtschau eine Unzumutbarkeit iSv. § 11 Nr. 2 KSchG noch nicht erkennbar. Gleiches gilt für den Zeitaufwand von Fahrten von angeblich 30 Minuten für 28 km. Dieser Aufwand ist insbesondere im Hinblick auf § 140 Abs. 4 Satz 2 SGB III, wonach eine von der Agentur für Arbeit angebotene Beschäftigung bei Pendelzeiten von zwei Stunden bei einer Arbeitszeit von sechs Stunden und weniger zumutbar ist.

c) Die von der Klägerin für den Zeitraum bis zum 05.05.2021 geltend gemachten Forderungen finden auch keine Stütze mit ihrem Verweis auf einen vom Betriebsrat geltend gemachten Widerspruch vom 27.11.2020 zu ihrer Änderungskündigung (Bl. 548 Rückseite d.A), denn die Klägerin hat bereits nicht substantiiert dargelegt, wann sie auf der Grundlage dieses Widerspruchs eine Beschäftigung bei der Beklagten geltend gemacht hat.

d) Schließlich hat die Klägerin in Zusammenhang mit der von ihr behaupteten Verschlechterung der Arbeitsbedingungen in Zusammenhang mit dem Änderungsangebot der Beklagten, insbesondere einer Versetzungsmöglichkeit in Zusammenhang mit einer

Unzumutbarkeit keinen Erfolg, denn die von ihr vorgebrachten Hinweise sind rein hypothetischer Natur und es erscheint äußerst zweifelhaft, dass sie in der von der Klägerin befürchteten Weise eingetreten wären, aber selbst dann wäre erst zu diesem Zeitpunkt möglicherweise eine Unzumutbarkeit zu bejahen bzw. zu prüfen mit einem entsprechenden Leistungsverweigerungsrecht.

C) Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch besteht aber für die Zeit ab dem 05.05.2021 bis zum 08.09.2022 und weiter bis zum 14.02.2023.

1. Die Beklagte hat der Klägerin am 05.05.2021 außerordentlich gekündigt. Es liegt auf der Hand und ist offensichtlich, dass mit dieser außerordentlichen Kündigung das Änderungsangebot der Beklagten vom 01.04.2021 gegenstandslos geworden ist und keine Bedeutung mehr hatte. Wer außerordentlich kündigt, gibt deutlich zu erkennen, dass er an jeglicher (Weiter)Beschäftigung des Gekündigten nicht mehr interessiert ist und diese ablehnt. Wenn dies nicht gewollt ist, bedürfte es einer klarstellenden Erläuterung oder Erklärung, was vorliegend nicht der Fall war. Somit lagen die Voraussetzungen eines Annahmeverzugs vor und die Klägerin hat Anspruch auf Bezahlung auf die der Höhe nach unstrittige Vergütung zzgl. der Zahlung einer Jahressonderzahlung für die Jahre 2021 und 2022 sowie von Coronaprämien für die Jahre 2021 und 2022, die der Höhe und dem Grunde nach vom Beklagten nicht bestritten wurden und damit iSv. § 138 Abs. 3 ZPO zugestanden sind. Im Einzelnen ergibt sich bei Zugrundelegung der Monatsbeträge der erstinstanzlichen Anträge (siehe Seite 5 - 7) für das Kalenderjahr 2021 einschließlich 19 Arbeitstage für den Mai ein Betrag iHv. € 17.339,21 brutto, für das Kalenderjahr 2022 ein Betrag iHv. € 27.280,73 brutto und für 1 ½ Monate im Kalenderjahr 2023 ein Betrag iHv. € 3.611,49, zusammen € 48.231,43 zzgl. zwei Jahressonderzahlungen zusammen € 4.461,07 und zwei Coronaprämien zusammen € 581,84 insgesamt € 53.274,34 brutto. Hiervon kommen in Abzug anzurechnendes Arbeitslosengeld iHv. insgesamt € 21.286,66.

2. Den von der Klägerin ab dem 09.09.2022 bis zum 14.02.2023 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs geltend gemachten Forderungen steht das von der Beklagten ihr unterbreitete Angebot vom 09.09.2022 auf eine Prozessbeschäftigung nicht entgegen. Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt seitens der Klägerin keine Leistungsunwilligkeit vor, denn diese kann sich mit Erfolg darauf berufen, dass sie diesem Angebot nicht Folge

leisten musste.

a) Die Klägerin hat sich zu ihrer Änderungskündigung auf einen Widerspruch des Betriebsrats vom 27.11.2020 (Bl. 548 Rückseite d.A.) berufen. Die Beklagte hat die Existenz dieses Widerspruchs nicht bestritten und ihn damit iSv. § 138 Abs. 3 ZPO zugestanden.

aa) Letztlich hat der Betriebsrat mit seinem Widerspruch vom 27.11.2020 zur Änderungskündigung der Klägerin auch einer Versetzung der Klägerin widersprochen. Eine Änderungskündigung bedarf nicht nur § 102 BetrVG einer Anhörung des Betriebsrats sondern auch einer vom Arbeitgeber zu beantragenden Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG, denn eine wie hier vorliegende Änderungskündigung ist bereits wegen des Wechsels des Arbeitsortes gleichzeitig auch eine Versetzung iSv. § 95 Abs. 3 BetrVG (vgl. Fitting BetrVG Kmt. 29 Aufl. § 99 Rn 122). Zur individualrechtlichen Durchsetzung der Versetzung der Klägerin hätte die Beklagte die Zustimmung des Betriebsrats einholen müssen, was offensichtlich nicht der Fall war mit der Folge, dass wegen der Missachtung des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrats bei dieser personellen Einzelmaßnahme die Klägerin auch nicht verpflichtet ist, einem solchem Angebot nachzukommen. Widrigenfalls würde über den Umweg des § 11 Satz 2 KSchG das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in eklatanter Weise umgangen, was nicht mit den Mitbestimmungsrechten des Betriebsverfassungsrechtes vereinbar wäre.

bb) Diese sich aus dem Kollektivrecht ergebende Sperre, die die Klägerin zu einem Leistungsverweigerungsrecht berechtigt, ist auch nicht unbillig, denn der Arbeitgeber, der Beklagte, kann nach § 99 Abs. 4 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung des Betriebsrats zur personellen Einzelmaßnahme zu ersetzen. Vorab ist die Beklagte aber auf jeden Fall verpflichtet, einen Antrag zur Zustimmung zur Versetzung der Klägerin beim Betriebsrat zu beantragen und da dies nicht erfolgt ist, wurden auch nicht etwaige Fristen, wie die nach § 99 Abs. 3 BetrVG, in Lauf gesetzt.

3. Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt seitens der Klägerin auch keine Leistungsfähigkeit in dem von ihr geltend gemachten Zeitraum vor. Die Beweislast für diese Einwendung hat nach der ständigen und bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesar-

beitsgerichts der Beklagte, der mit dem Ausspruch der unwirksamen Kündigung die Ursache für den Annahmeverzug gesetzt hat.

a) Der Beklagte beruft sich für das Vorliegen einer Leistungsfähigkeit bei der Klägerin auf nahezu durchgehende Krankheitszeiten ab deren Weiterbeschäftigung auf Grundlage des Anerkenntnisurteils des Arbeitsgerichts. Dies ist aber gerade nicht geeignet, eine nach rückwärts gerichtete Prognose für den streitgegenständlichen Zeitraum zu begründen, zumal bei der Klägerin vor dem Ausspruch der ordentlichen Kündigung auch nicht besondere Ausfallzeiten auf Grund von Arbeitsunfähigkeiten vorliegen. Der Vortrag des Beklagten zu einer Leistungsunfähigkeit der Klägerin ist rein spekulativ und unsubstantiiert, insbesondere auch bezüglich der von der Klägerin bestrittenen Behauptung, sie wäre während ihrer Arbeitslosigkeit arbeitsunfähig gewesen und hätte dies der Agentur für Arbeit nur deswegen nicht gemeldet, um weiterhin Arbeitslosengeld beziehen zu können.

4. Ein böswilliges Unterlassen von anderweitigem Verdienst iSd. § 11 Nr. 2 KSchG kann auch nicht aus unzureichenden Bewerbungsbemühungen der Klägerin auf Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit oder des Jobcenters geschlossen werden. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts in seinem Urteil (Seiten 15 Mitte und 16) verwiesen, mit denen sich die Beklagte mit ihrer Berufungsvorbringen auch nicht auseinandersetzt bzw. sie in Frage stellt.

5. Der geltend gemachte Zinsanspruch in Höhe von 5 Prozentpunkten aus dem jeweiligen Basiszinssatz rechtfertigt sich aus §§ 288 Abs. 1 Satz 2, 291 BGB, wobei die Verzinsungspflicht ab dem auf den Zustellungstag folgenden Tag beginnt (vgl. BAG, 09.12.2014 – 1 AZR 406/13; 23.03.2011 – 5 AZR 153/10).

III.

Da versehentlich die Kostenentscheidung unterblieben ist, werden die Parteien auf die Möglichkeit der Ergänzung gemäß § 321 Abs. 1 und 2 ZPO verwiesen.

- 24 -

IV.

Die Revision wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann die Klägerin Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Die Revision durch einen Anwalt muss in elektronischer Form eingelegt und begründet werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg entsprechend § 46c ArbGG übermittelt werden. Wegen näherer Einzelheiten wird verwiesen auf die Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) vom 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände können weiterhin auch in Schriftform eingereicht und handschriftlich unterzeichnet werden.

Karrasch

Euling

Kirchschlager