

## LANDEsarBEITSGERICHT NÜRNBERG

**2 Sa 127/12**

2 Ca 7141/10

(Arbeitsgericht Nürnberg)

Datum: 14.11.2012

Rechtsvorschriften: §§ 293 ff, 297, 615 BGB, 1, 11 KSchG

### Leitsatz:

Die Nichtannahme des Angebots eines Prozessarbeitsverhältnisses für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits stellt nur dann ein Indiz für den fehlenden Leistungswillen des Arbeitnehmers i. S. v. § 297 BGB dar, wenn das Angebot aus Sicht des Arbeitnehmers auf die Beschäftigung zu den bisherigen Bedingungen gerichtet ist.

---

### **Urteil:**

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 25.01.2012 – 2 Ca 7141/10 – wird zurückgewiesen.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 25.01.2012 – 2 Ca 7141/10 – in Ziffern 5 und 6 abgeändert und in Ziffer 5 wie folgt gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 22.774,31 € brutto abzüglich 8.998,99 € netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

- aus 484,20 € seit 01.01.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.02.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.03.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.04.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.05.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.06.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.07.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.08.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.09.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.10.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.11.2011
- aus 1.208,30 € seit 01.12.2011

zu zahlen.

3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit von insgesamt drei Arbeitgeberkündigungen sowie über Zahlungsansprüche aus Annahmeverzug.

Der Kläger war bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 01.07.2008 seit 01.07.2008 als Fachkraft für Lebensmitteltechnik zu einem monatlichen Bruttoeinkommen von 2.000,-- € bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt. Die weiteren Einzelheiten des Arbeitsverhältnisses sind im Arbeitsvertrag vom 01.07.2008 geregelt (Bl. 4 – 6 d. A.). Eine Versetzungsklausel ist darin nicht enthalten.

Zum 01.01.2010 ging das Arbeitsverhältnis auf die Beklagte über. Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer. Ein Betriebsrat ist im Betrieb der Beklagten nicht gebildet.

Nach einer vorherigen gerichtlichen Auseinandersetzung über vom Kläger abgelehnte Änderungen des Arbeitsvertrages, die am 21.07.2010 mit einem Anerkenntnisurteil endete, mahnte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 23.07.2010 wegen verschiedener Schlechtleistungen ab. Das Schreiben endete wie folgt: „Ich dulde dieses nachlässige Verhalten nicht länger. Nehmen Sie sich diese Abmahnung zu Herzen und bessern Sie sich!!“ Wegen der Einzelheiten dieses Schreibens wird auf Blatt 34 der Akten verwiesen.

Mit Schreiben vom 29.10.2010 (Bl. 7 d. A.) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30.11.2010. Das Schreiben ist nicht vom Geschäftsführer der Beklagten, sondern vom Produktionsleiter, Herrn A... P... unterschrieben. Mit Schreiben vom 02.11.2010 wies der Klägervertreter die Kündigung mangels Vorlage einer Originalvollmacht zurück (Bl. 8 d. A.). Mit Schreiben vom 11.11.2010 wies der Beklagtenvertreter das Zurückweisungsschreiben vom 02.11.2010 seinerseits mangels Vorlage einer Originalvollmacht zurück, da die Zurückweisung der Kündigungserklärung lediglich per Fax erfolgt sei.

Mit Schreiben vom 08.11.2010, eingegangen beim Arbeitsgericht Nürnberg am 17.11.2010, erhob der Kläger gegen die Kündigung vom 29.10.2010 Kündigungsschutzklage, die der Beklagten am 22.11.2010 zugestellt wurde.

Mit Schreiben vom 29.11.2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut zum 31.12.2010. Diese Kündigung ist vom Geschäftsführer der Beklagten unterschrieben. Hiergegen erhob der Kläger im Wege der Klageerweiterung Kündigungsschutzklage mit Schriftsatz vom 02.12.2010, der Beklagten am 13.12.2010 zugestellt. Beide Kündigungen erfolgten wegen Schlechtleistungen des Klägers.

Unter dem 17.12.2010 bot die Beklagte dem Kläger an, ihn ab 20.12.2010 befristet bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens weiterzubeschäftigen (Bl. 37 d. A.). Der Kläger reagierte hierauf zunächst nicht. In der Sitzung vom 04.05.2011 bot der Kläger dann an, seine Arbeit ab dem 05.05.2011 bei der Beklagten wieder aufzunehmen, was der Beklagtenvertreter zur Kenntnis nahm (Bl. 64 d. A.). In der Folgezeit kam es gleichwohl nicht zu einer Arbeitsaufnahme durch den Kläger, nachdem ein Schreiben des Klägersvertreters vom 04.05.2011, in dem er zur Voraussetzung der Arbeitsaufnahme gemacht hatte, dass das Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des schriftlichen Arbeitsvertrages ausgeführt werde, unbeantwortet blieb.

Mit Schreiben vom 19.05.2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut zum 30.06.2011 wegen erheblicher Umstrukturierungen und Abbaumaßnahmen im Betrieb (Bl. 77 d.A.). Hiergegen erhob der Kläger mit Schriftsatz vom 14.6.2011 im Wege einer weiteren Klageerweiterung Kündigungsschutzklage, die dem Beklagtenvertreter am 21.6.2011 zugestellt wurde.

Der Kläger bezog ab 01.12.2010 Arbeitslosengeld in Höhe von 26,39 € täglich, vom 01.12.2010 bis 30.11.2010 bezogen auf 360 Kalendertage unstreitig insgesamt 9.500,40 €.

Der Kläger hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, dass sämtliche Kündigungen der Beklagten rechtsunwirksam seien. Die Kündigung vom 29.10.2010 sei durch eine nicht

vertretungsberechtigte Person erfolgt. Der Kläger habe diese Kündigung daher rechts- wirksam nach § 174 BGB zurückgewiesen. Auch verhaltensbedingte Gründe im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes seien nicht gegeben. Der Kläger habe keine rechtserheb- lichen Schlechtleistungen begangen. Die Abmahnung vom 23.07.2010 sei unrichtig und werde bestritten. Nach Ausspruch der Abmahnung vom 23.07.2010 habe es keine ein- schlägigen Vertragsverstöße durch den Kläger mehr gegeben. Daher sei auch die Kündi- gung vom 29.11.2010 unwirksam. Die Kündigung vom 19.5.2011 sei nicht durch dringen- de betriebliche Erfordernisse sozial gerechtfertigt. Eine unternehmerische Entscheidung im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes, welche den Ausspruch einer Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen rechtfertige, sei nicht gegeben. Der Beklagten gehe es offensichtlich nur darum, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zu beenden. Eine soziale Auswahl im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes habe nicht stattgefunden.

Zu Unrecht habe die Beklagte vom Lohn für November 2010 184,62 € in Abzug gebracht. Schließlich habe der Kläger auch einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 24.000,- € brutto abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 9.500,40 € netto für den Zeitraum 1.12.2010 bis 30.11.2011. Aufgrund der Unwirksamkeit der streit- gegenständlichen Kündigungen sei die Beklagte ohne weiteres in Annahmeverzug gera- ten. Der Kläger sei auch nicht verpflichtet gewesen, während des Kündigungsschutzver- fahrens eine Arbeitsleistung für die Beklagte zu erbringen. Die Beklagte habe dem Kläger kein Prozessarbeitsverhältnis angeboten, welches rechtlich verbindlich wäre. Der Kläger habe befürchten müssen, nicht vertragsgemäß beschäftigt zu werden.

Der Kläger stellte daher zuletzt vor dem Arbeitsgericht folgende Anträge:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung der Beklagten vom 29.10.2010 nicht aufgehoben wurde.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung der Beklagten vom 29.11.2010 nicht aufgehoben wurde.
3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung der Beklagten vom 19.5.2011 nicht aufgehoben wurde.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 184,62 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit 1.12.2010 zu zahlen.

5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 24.000,- € brutto abzüglich 9.500,40 € netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten aus jeweils 1208,30 € ab 1.1.2011, 1.2.2011, 1.3.2011, 1.4.2011, 1.5.2011, 1.6.2011, 1.7.2011, 1.8.2011, 1.9.2011, 1.10.2011, 1.11.2011 und 1.12.2011 zu zahlen.

Die Beklagte beantragte erstinstanzlich, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptete, dass die streitgegenständlichen Kündigungen rechtswirksam seien.

Die Kündigung vom 29.10.2010 habe nicht nach § 174 BGB zurückgewiesen werden können. Der unterzeichnende Mitarbeiter Herr P... sei zum Ausspruch von Kündigungen berechtigt. Dies sei dem Kläger bekannt gewesen. Es habe auch eine Bekanntmachung im Betrieb durch Aushang gegeben. Im Übrigen sei die Zurückweisung der Kündigung ihrerseits wirksam nach § 174 BGB zurückgewiesen worden. Der Zurückweisung des Klägervertreters habe nämlich keine originale Vollmacht beigelegt. Die Kündigung selbst sei aus verhaltensbedingten Gründen rechtswirksam. Der Kläger habe seine Arbeit vertragswidrig ausgeführt und Arbeitsanweisungen nicht befolgt. Die Abmahnung vom 23.7.2010 sei rechtswirksam. Auch nach Ausspruch der Abmahnung habe der Kläger seine Arbeit nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Auch habe es mehrere mündliche Abmahnungen gegeben. Jedenfalls sei das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 29.11.2010 zum 31.12.2010 beendet worden. Unstreitig sei diese Kündigung vom Geschäftsführer der Beklagten unterschrieben.

Spätestens durch die Kündigung vom 19.5.2011 sei das Arbeitsverhältnis zum 30.6.2011 beendet worden. Die Beklagte habe in der Zwischenzeit erhebliche Umstrukturierungen und Abbaumaßnahmen im Betrieb vornehmen müssen. Hiervon sei der Arbeitsplatz des Klägers betroffen gewesen.

Der Kläger habe in keinem Falle Ansprüche auf Zahlung von Annahmeverzugslohn. Die Beklagte habe dem Kläger mehrfach ein Prozessarbeitsverhältnis angeboten für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens. Das schriftliche Angebot vom 17.12.2010 auf Weiterbeschäftigung ab 20.12.2010 bis zum Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens habe der Kläger nicht angenommen. Der Kläger sei daher nicht zur Arbeitsleistung bereit gewesen.

Mit Urteil vom 25.01.2012 gab das Arbeitsgericht den Kündigungsschutzanträgen statt. Weiterhin verurteilte das Arbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung von 184,62 € brutto nebst Zinsen einbehaltenem Entgelt im November 2010 sowie 1225,69 € brutto abzüglich 501,41 € netto nebst Zinsen Annahmeverzugslohn für die Zeit vom 01.12.2010 bis 19.12.2010. Im Übrigen wies das Arbeitsgericht die Klage ab.

Das Arbeitsgericht begründete seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt: Die Kündigungen vom 29.10. und 29.11.2010 seien sozial nicht gerechtfertigt. Eine Abmahnung sei bei dem vorgeworfenen Fehlverhalten nicht entbehrlich. In der Abmahnung vom 23.07.2010 seien in pauschaler Art und Weise dem Kläger mehrere unterscheidbare Vertragsverletzungen vorgeworfen worden. Die Beklagte habe im Kündigungsschutzverfahren jedoch keinen substantiierten Sachvortrag unter Beweisantritt getätigt, dass diese dem Kläger vorgeworfenen Vertragsverletzungen in tatsächlicher Hinsicht zuträfen. Die Abmahnung sei teilweise nicht hinreichend spezifiziert. Aus der Abmahnung insgesamt habe der Kläger nicht entnehmen können, was er nach Meinung der Beklagten „tun und lassen sollte“. Darüber hinaus enthalte die Abmahnung auch keine konkrete Androhung einer Kündigung für den Wiederholungsfall. Weitere mündliche Abmahnungen habe die Beklagte lediglich pauschal behauptet, jedoch deren Inhalte sowie weitere Einzelheiten nicht substantiiert unter Beweisantritt vorgetragen. Es komme daher nicht darauf an, ob die Kündigung vom 29.10.2010 auch wegen eines Verstoßes gegen § 174 BGB unwirksam sei.

Auch die Kündigung vom 19.5.2011 sei sozial nicht gerechtfertigt. Die Beklagte habe sich insoweit auf betriebsbedingte Gründe gestützt. Soweit sich die Beklagte auf außerbetriebliche Ursachen habe stützen wollen, so sei der Vortrag „der Umsatz hat sich in den letzten Jahren halbiert“ zu pauschal und lasse einen Zusammenhang gerade zum Arbeitsplatz des Klägers nicht erkennen. Soweit sich die Beklagte auf innerbetriebliche Ursachen berufen wolle, habe sie nicht substantiiert unter Beweisantritt vorgetragen, welche natürliche, für die Beklagte entscheidungsbefugte Person zu welchem Zeitpunkt welche unternehmerische Entscheidung getroffen haben soll. Im Übrigen habe die behauptete Umstrukturierung bereits im November/Dezember 2010 erfolgt sein sollen. Ein Wegfall der

Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger zum Zeitpunkt der Kündigung vom 19.5.2011 könne hieraus nicht abgeleitet werden. Unklar sei geblieben, wie die auf den Personalabbau bezogene behauptete unternehmerische Entscheidung organisatorisch habe durchgeführt werden sollen.

Hinsichtlich des Lohnabzugs für November 2010 habe die Beklagte nicht substantiiert vorgebracht, aus welchen Gründen sie sich zum Lohnabzug berechtigt gesehen habe.

Annahmeverzugsohn habe dem Kläger nur für den Zeitraum vom 1.12.2010 bis 19.12.2010 zugestanden. Aufgrund des Angebots einer Prozessbeschäftigung ab 20.12.2010, das der Kläger nicht angenommen habe, sei davon auszugehen, dass der Kläger in der streitbefangenen Zeit nicht leistungswillig gewesen sei, § 297 BGB. Unerheblich sei, dass im Vorspann des Vertragsentwurfes lediglich die Kündigung vom 29.10.2010, nicht jedoch die Kündigung vom 29.11.2010 aufgeführt worden sei. Genannt sei jedenfalls das Aktenzeichen des Kündigungsschutzverfahrens beim Arbeitsgericht Nürnberg. Der Leistungswille des Klägers sei auch nicht durch die Kündigungsschutzklage ersetzt worden. Das Angebot der Beklagten vom 17.12.2010 habe trotz Ausspruchs der Folgekündigung für den gesamten Streitzeitraum gegolten. Die Beklagte habe mehrfach schriftsätzlich auf dieses Angebot hingewiesen und damit die Fortgeltung dieses Angebots dokumentiert.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung des Ersturteils wird auf Blatt 8 bis 21 des Ersturteils (Blatt 184 bis 197 der Akten) verwiesen.

Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde dem Klägervertreter am 29.02.2012 und dem Beklagtenvertreter am 1.3.2012 zugestellt.

Der Kläger legte gegen das Urteil des Arbeitsgerichts mit Schriftsatz vom 8.3.2012, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage, Berufung ein und begründete sie mit Schriftsatz vom 29.5.2012, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage eingegangen, innerhalb der bis zum 30.5.2012 verlängerten Berufungsbegründungsfrist. Der Kläger wendet sich gegen das Ersturteil, soweit sein Antrag auf Zahlung von Annahmeverzugslohn abgewiesen wurde.

Die Beklagte legte gegen das Urteil des Arbeitsgerichts mit Schriftsatz vom 23.3.2012, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage, Berufung ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 29.5.2012, eingegangen beim Landesarbeitsgericht am 31.5.2012, innerhalb der bis zum 1.6.2012 verlängerten Berufungsbegründungsfrist. Die Beklagte wendet sich mit der Berufung gegen das Ersturteil, soweit es die Klage nicht abgewiesen hat.

Die Beklagte hält unter weitgehender Wiederholung und weiterer Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrags an der Wirksamkeit der Kündigungen fest. Die Kündigungen vom 29.10.2010 und 29.11.2010 seien aus verhaltensbedingten Gründen erfolgt. In der Abmahnung vom 23.07.2010 würden mehrere Fehlverhalten des Klägers dokumentiert. Der Kläger habe die ihm übertragene Aufgabe der Fertigstellung der Liste mit Produktionsparametern trotz eines Zeitaufwandes von mehr als 16 Wochen nicht fertig gestellt. Am 13.07.2010 habe der Kläger den Auftrag erhalten, Fässer mit Olivenöl in gereinigte IBC´s umzufüllen. Diese Aufgabe sei auch nach 10 Tagen am 22.07.2010 noch nicht erfüllt gewesen. Darüber hinaus habe der Kläger trotz mehrfacher Ermahnungen Bioprodukte fehlerhaft ausgezeichnet. Außerdem sei der hygienische Standard in dem Q...-Labor des Klägers bemängelt worden. Auch nach der Abmahnung sei es zu weiteren Verstößen gekommen. So seien nach der Herstellung von Dressing falsche Etiketten trotz Kontrollen des Klägers auf den Verpackungen aufgebracht worden. Dies habe zu einer Reklamation des Kunden aus Holland geführt mit einem Schaden von einigen tausend Euro. Am 6.8.2010 habe der Kläger nicht festgestellt, dass in von der Beklagten abgefüllten Knoblauchgläsern bis zu 30% zu wenig Ware enthalten gewesen sei. Die Ware sei zurückgeschickt worden und habe nachproduziert werden müssen, wiederum mit einem finanziellen Schaden von einigen tausend Euro.

Die Kündigung vom 29.10.2010 sei vom bevollmächtigten Produktionsleiter, Herrn P..., unterzeichnet worden. Dies sei per Aushang im Betrieb bekannt gewesen. Im Übrigen sei die Zurückweisung der Kündigung durch den Klägervertreter ihrerseits durch den Beklagtenvertreter mangels Vorlage der Originalvollmacht rechtswirksam zurückgewiesen worden.



Die Kündigung vom 19.5.2011 sei aus betriebsbedingten Gründen erfolgt. Aufgrund der Wirtschaftskrise sei die Nachfrage nach den Produkten der Beklagten erheblich gesunken. In den letzten Jahren habe sich die Mitarbeiterzahl von 40 auf 18 Mitarbeiter verringert, der Umsatz habe sich halbiert. Den dadurch notwendigen Umstrukturierungen und Einsparungen sei der konkrete Arbeitsplatz und die konkrete Einsatzmöglichkeit des Klägers zum Opfer gefallen. Es sei festgestellt worden, dass Einsparungsmöglichkeiten im Bereich der Qualitätssicherung möglich gewesen seien. Da weniger Produkte eingekauft und verkauft worden seien und der Umsatz eingebrochen sei, seien folgerichtig weniger umfangreiche Tätigkeiten im Bereich der Qualitätssicherung zu verrichten gewesen. Aufgrund des Rückgangs der Produktionsmenge sei ebenfalls die Menge der durch die Qualitätssicherung zu kontrollierenden Produkte rückläufig. Die Maßnahmen zur Qualitätssicherung, in denen der Kläger eingesetzt gewesen sei, seien sodann in der Form bewältigt worden, dass diese Maßnahmen ausschließlich durch Herrn P... bewältigt worden seien, dem Vorgesetzten des Klägers als Leiter der Qualitätssicherung. Die organisatorische Durchführbarkeit der unternehmerischen Entscheidung sehe so aus, dass Herr P... die Aufgaben des Klägers neben seinen eigenen Aufgaben zusätzlich übernehme. Dies bedeute umgekehrt, dass die bisherige Aufgabenverteilung der Qualitätssicherung nicht mehr auf zwei Arbeitnehmer, sondern auf einen Arbeitnehmer verteilt worden sei. Die Umstrukturierung sei vor Ausspruch der Kündigung im November/Dezember 2010 erfolgt. Nur im Bereich der Qualitätssicherung sei ein Arbeitsplatz verloren gegangen. Die Sozialauswahl habe dazu geführt, den Kläger zu entlassen. Er sei neben Herrn P... der einzige Mitarbeiter in der Qualitätssicherung gewesen. Mit diesem sei er aber nicht vergleichbar, da Herr P... sein Vorgesetzter gewesen sei. Der am 01.09.2010 für die Qualitätskontrolle eingestellte Herr S... sei im Rahmen eines Probearbeitsverhältnisses eingestellt worden, das im Januar 2011 jedoch bereits wieder beendet gewesen sei. Ein anderer freier Arbeitsplatz, auf den der Kläger hätte versetzt werden können, habe nicht zur Verfügung gestanden. Das Arbeitsverhältnis mit Herrn P... habe aufgrund Eigenkündigung zum 31.8.2011 geendet. Die Stellenausschreibung als Lebensmitteltechniker/in in der Jobbörse der Bundesanstalt (Blatt 99 der Akten) sei erfolgt, um eine Nachfolge für Herrn P... für den Bereich der Lebensmitteltechnik/Qualitätskontrolle zu finden.

Die Voraussetzungen für den Annahmeverzugslohn hätten nicht vorgelegen. Dem Kläger sei ausdrücklich ab 20.12.2010 das Prozessarbeitsverhältnis angeboten worden. Dieses

Angebot habe er nicht angenommen. Der Kläger sei daher nicht leistungsfähig gewesen. Auf dieses Angebot sei auch mehrfach in den Schriftsätzen hingewiesen worden. Nach den Worten des Geschäftsführers der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 14.10.2012 habe die Beklagte den Kläger im Rahmen des Prozessarbeitsverhältnisses als Hilfskraft beschäftigen wollen (Blatt 348 der Akten).

Die Beklagte stellt daher im Berufungsverfahren folgende Anträge:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg, Aktenzeichen 2 Ca 7141/10, verkündet am 25.01.2012, zugestellt am 29.2.2012, wird abgeändert. Es wird nach den Schlussanträgen erster Instanz erkannt, also: kostenpflichtige Klageabweisung.
2. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Der Kläger beantragt im Berufungsverfahren,

das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 25.1.2012, 2 Ca 7141/10, wird in den nachfolgenden Ziffern wie beschrieben abgeändert:

5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 24.000,- € brutto abzüglich 9.500,40 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz aus jeweils 1208,30 € ab 1.1.2011, 1.2.2011, 1.3.2011, 1.4.2011, 1.5.2011, 1.6.2011, 1.7.2011, 1.8.2011, 1.9.2011, 1.10.2011, 1.11.2011 und 1.12.2011 zu zahlen.
7. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Der Kläger verteidigt unter Vertiefung und weit gehender Wiederholung seiner erstinstanzlichen Argumentation das Ersturteil, soweit es festgestellt hat, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigungen nicht aufgelöst worden ist.

Die Kündigungen vom 29.10. und 29.11.2010 seien unwirksam. Verhaltensbedingte Gründe lägen nicht vor. Er, der Kläger, sei nie rechtswirksam abgemahnt worden. Wie sich aus der Gegendarstellung vom 3.8.2010 (Blatt 44 der Akten) ergebe, sei die Abmahnung vom 23.7.2010 unberechtigt erfolgt. Es sei zwar richtig, dass die Liste mit den Produktionsparametern nicht fertig gestellt worden sei. Er habe hierfür jedoch nicht genug

Zeit gehabt. Er habe aber an den Listen gearbeitet. Die IBC's habe er gereinigt. Sie hätten dann einige Tage trocknen müssen. Ein Umfüllen habe noch nicht erfolgen können, da die Pumpe defekt gewesen sei und der Schlauch gefehlt habe. Nach der Reparatur habe er das Olivenöl sofort umgefüllt. Dass die Bioware von der konventionellen Ware nicht ausreichend getrennt gewesen sei, habe wegen Umräumarbeiten vorkommen können. Es frage sich, warum dies dem Kläger angelastet würde. Das Q...-Labor habe er immer aufgeräumt und gereinigt; er sei aber nicht der einzige Benutzer gewesen. In der Folgezeit sei es zu keinen Pflichtverletzungen mehr gekommen. Es würde die gleiche Rezeptur für das Dressing für zwei bis drei Kunden verwendet. Das Etikett bestehe aus Produktionsfirmenkundenadresse und sei von der Produktionsleitung auf die Produktionsliste geschrieben worden. Die falsche Kundenadresse auf dem Etikett habe niemand erkennen können. Die Höhe des Schadens von mehreren tausend Euro werde bestritten. Hinsichtlich der zu geringen Menge in den Knoblauchgläsern sei auszuführen, dass das Problem sei, dass die Beklagte kein modernes Wiegesystem vorhalte. Es würden zwei bis dreimal in der Stunde 12 bis 15 Gläser geprüft. Währenddessen würden 1000 bis 2000 Gläser gefüllt. Es sei mit bloßem Auge nicht erkennbar, ob zu wenig Knoblauch in die Gläser gefüllt worden sei.

Dass Herr P... zur Kündigung berechtigt sei, werde bestritten, insbesondere dass dies per Aushang bekannt gemacht sei. Die Kündigung vom 29.10.2010 sei daher zu Recht gemäß § 174 BGB zurückgewiesen worden. Auch wenn der Kläger nicht nachweisen könne, dass der Zurückweisung der Originalvollmacht beigelegt habe, so sei die Zurückweisung durch den Beklagtenvertreter ihrerseits nicht unverzüglich erfolgt.

Auch die Kündigung vom 19.5.2011 sei unwirksam, da betriebsbedingte Gründe nicht vorlägen, wie das Arbeitsgericht richtig erkannt habe. Ein freier Arbeitsplatz sei vorhanden gewesen, wie die Stellenanzeige in der Jobbörse der Bundesagentur (Blatt 99 der Akten) zeige.

Die Beklagte habe sich auch ab 1.12.2010 in Annahmeverzug befunden. Hieran ändere das Angebot eines Prozessarbeitsverhältnisses nichts. Dieses Angebot sei ausschließlich auf die Kündigung vom 29.10.2010 bezogen gewesen; die Arbeitsbedingungen seien nicht erläutert gewesen. Da der Arbeitsplatz des Klägers zu dieser Zeit mit Herrn S... be-

setzt gewesen sei, habe er, der Kläger befürchtet, nicht den alten Arbeitsplatz einnehmen zu können, sondern dass ihm lediglich Hilfsarbeiten übertragen würden. Im Gütetermin am 13.12.2010 habe der Prozessbevollmächtigte der Beklagten erklärt, die Kündigung sei betriebs- und verhaltensbedingt, die Arbeitsleistung des Klägers sei nicht zufrieden stellend. Auch nachdem der Kläger mit Schreiben vom 4.5.2011 um schriftliche Bestätigung gebeten habe, dass er zu den bisherigen Bedingungen im Rahmen des Prozessarbeitsverhältnisses weiter beschäftigt würde, sei eine Reaktion nicht erfolgt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 29.5.2012 (Blatt 277 bis 284 der Akten), vom 2.7.2012 (Blatt 338 bis 340 der Akten) und vom 8.10.2012 (Blatt 344, 345 der Akten), auf die Schriftsätze der Beklagten vom 31.5.2012 (Blatt 301 bis 319 der Akten) und vom 2.7.2012 (Blatt 330 bis 333 der Akten) sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 24.10.2012 (Blatt 346 bis 350 der Akten) verwiesen.

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

## **Entscheidungsgründe:**

### **A.**

Die Berufung des Klägers ist insgesamt zulässig, die Berufung der Beklagten ist nur zum Teil zulässig.

I. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden. Der gestellte Antrag bedarf allerdings der Auslegung, soweit auch die Zahlung für die Zeit vom 01.12. bis 19.12.2010 begehrt wird. Insoweit hatte der Kläger bereits erstinstanzlich Annahmeverzugslohn zugesprochen erhalten, so dass sich die Berufung des Klägers offensichtlich nur auf den Zeitraum vom 20.12.2010 bis 30.11.2011 bezieht. Dies wird auch aus der Begründung der Berufung

deutlich. Hieraus ergibt sich durch einfache Subtraktion der vom Kläger in der Berufung noch geforderte Hauptsachebetrag von 22.774,31 € brutto abzüglich 8.998,99 € netto.

**II.** Die Berufung der Beklagten ist nur insoweit zulässig, als sie sich gegen die Feststellungen richtet, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigungen nicht aufgelöst worden ist und soweit sie sich gegen die Zahlung von Annahmeverzugslohn vom 01.12. 2010 bis 19.12.2010 wendet. Die Berufung ist zwar insgesamt statthaft und in der rechten Form und Frist eingelegt worden. Die Begründung setzt sich aber nicht mit dem Ersturteil auseinander, soweit die Beklagte zur Zahlung in Höhe von 184,62 € brutto nebst Zinsen wegen des Lohnabzuges im November verurteilt wurde. Insoweit ist die Berufung der Beklagten daher unzulässig (§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 520 Abs. 3 Nr. 2, 522 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

## **B.**

Die Berufung der Beklagten ist, soweit sie nicht bereits unzulässig ist, unbegründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die streitgegenständlichen Kündigungen nicht aufgelöst worden ist. Auf die Berufung des Klägers war das Urteil des Arbeitsgerichts allerdings zu ändern und die Beklagte zur Zahlung von Annahmeverzugslohn auch für den Zeitraum vom 20.12.2010 bis 30.11.2011 zu verurteilen. Das Berufungsgericht geht nicht davon aus, dass der Kläger leistungsunwillig gewesen ist oder anderweitigen Erwerb böswillig unterlassen hat.

**I.** Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Keine der streitgegenständlichen Kündigungen hat das Arbeitsverhältnis aufgelöst. Dies hat das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt. Deshalb ist die Beklagte zu Recht zu Zahlung von Annahmeverzugslohn für die Zeit vom 01.12.2010 bis 19.12.2010 in unstreitiger Höhe von 1225,69 € brutto abzüglich 501,41 € netto nebst Zinsen verurteilt worden.

**1.** Der Kläger hat jeweils rechtzeitig innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigungen vom 29.10.2010, vom 29.11.2010 und vom 19.05.2011 Kündigungsschutzklage

erhoben. Die Kündigungen gelten daher nicht als von Anfang an rechtswirksam (§§ 4, 7 KSchG, 167 ZPO).

2. Der Kläger kann sich auf die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigungen nach § 1 Abs. 2 und 3 KSchG berufen, da das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungen länger als sechs Monate ununterbrochen bestanden hat (§ 1 Abs. 1 KSchG) und die Beklagte regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer iSv § 23 Abs. 1 Sätze 3 und 4 KSchG beschäftigt.

3. Die Kündigung vom 29.10.2010 hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Die Kündigung ist gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial nicht gerechtfertigt. Dabei kann offen bleiben, ob die Kündigung bereits mangels Vorlage einer Vollmacht im Original gem. § 174 BGB unwirksam ist.

a. Ob die Kündigung bereits wegen Verstoßes gegen § 174 BGB unwirksam ist, kann offen bleiben. Nach § 174 BGB ist eine Kündigung, die ein Bevollmächtigter gegenüber einem anderen vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung ist nach § 174 Satz 2 BGB jedoch ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung zuvor in Kenntnis gesetzt hat. Die Voraussetzung des § 174 Satz 1 BGB liegen allerdings vor. Die Kündigung ist von Herrn P... unterschrieben worden. Dass er nicht bevollmächtigt gewesen sei, ist vom Kläger nicht gerügt worden. Die Zurückweisung der Kündigung erfolgte mit Schreiben vom 02.11.2010 unverzüglich, nämlich innerhalb der Regelfrist von einer Woche (vgl. BAG vom 08.12.2011 – 6 AZR 354/10).

Die Zurückweisung ist wirksam, auch wenn eine Originalvollmacht des Klägersvertreters nicht beigelegt hatte. Zwar ist anerkannt, dass auch die Zurückweisung ihrerseits nach § 174 BGB mangels Vormachtsvorlage zurückgewiesen werden kann (vgl. KR-Friedrich, 9. Aufl., § 13 KSchG, Rn 349). Diese Zurückweisung durch den Beklagtenvertreter erfolgte jedoch erst mit Schreiben vom 11.11.2010, also nach Ablauf einer Woche. Gründe für diese späte Zurückweisung sind nicht geltend gemacht und auch sonst nicht ersichtlich.

Ob die Zurückweisung der Kündigung an § 174 Satz 2 BGB scheitert, da die Berechtigung des Herrn P... zum Ausspruch von Kündigungen im Betrieb per Aushang bekannt gemacht wurde, ist zwischen den Parteien streitig. Dies kann jedoch im Hinblick darauf, dass die Kündigung ohnehin nach § 1 Abs. 2 KSchG unwirksam ist, offen bleiben.

**b.** Die Kündigung ist sozial nicht gerechtfertigt und damit unwirksam. Es liegen keine Gründe im Verhalten des Klägers vor, die die Kündigung bedingen (§ 1 Abs. 2 KSchG).

**aa.** Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist eine Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch Gründe, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Sie ist durch solche Gründe „bedingt“, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht. Dann kann dem Risiko künftiger Störungen nur durch die (fristgemäße) Beendigung des Arbeitsverhältnisses begegnet werden. Das wiederum ist nicht der Fall, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG vom 21.06.2012 – 2 AZR 153/11 mwN).

Beruhet die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes demnach nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG vom 21.06.2012 – 2 AZR 153/11 mwN).

Nach diesen Grundsätzen bedurfte es im vorliegenden Fall vor Ausspruch der Kündigung einer Abmahnung. Die Beklagte wirft dem Kläger sowohl im als Abmahnung bezeichneten Schreiben vom 23.07.2010 als auch ansonsten Fehler bei der Arbeitsleistung vor. Selbst

wenn man den Sachvortrag der Beklagten zu deren Gunsten als wahr unterstellt, handelt es sich bei den behaupteten Schlechtleistungen (verspätete Erstellung der Liste der Produktionsparameter, Nichtumfüllen der Olivenölfässer, Fehler bei der Trennung von Bioware von konventioneller Ware, Nichterkennen der falschen Etikettierung der Dressing-Lieferung, Nichterkennen zu geringer Füllmenge der Knoblauchgläser) nicht um so schwere Pflichtverletzungen, deren erstmalige Hinnahme der Beklagten nicht zumutbar und damit ausgeschlossen wäre. Soweit die Beklagte dem Kläger Verletzung hygienischer Standards im Q...-Labor vorwirft, ist nicht erkennbar, wodurch konkret der Kläger diese Standards (welche?) verletzt hat. Es ist auch nicht erkennbar, dass bei einer ex ante Betrachtung von vornherein klar gewesen wäre, dass der Kläger sein Verhalten trotz ordnungsgemäßer Abmahnung nicht geändert hätte.

**bb.** Die Beklagte hat den Kläger vor Ausspruch der Kündigung jedoch nicht rechtswirksam abgemahnt. Insbesondere stellt das Schreiben vom 23.07.2010 keine Abmahnung im Rechtssinne zur Vorbereitung einer verhaltensbedingten Kündigung dar.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gehört zu den unverzichtbaren Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Abmahnung neben der Rüge eines genau zu bezeichnenden Fehlverhaltens (Rügefunktion) der Hinweis auf die Bestands- oder Inhaltsgefährdung des Arbeitsverhältnisses für den Wiederholungsfall (kündigungsrechtliche Warnfunktion). Der Arbeitgeber muss in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise seine Beanstandungen vorbringen und damit deutlich - wenn auch nicht *expressis verbis* - den Hinweis verbinden, im Wiederholungsfall sei der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet (ständige Rechtsprechung, z.B. BAG vom 19.04.2012 – 258/11). Zwar hat das BAG es zuletzt bereits genügen lassen, wenn der Arbeitgeber im Wiederholungsfall mit „arbeitsrechtlichen Konsequenzen“ gedroht hat (BAG aaO). Das Schreiben vom 23.07.2012 enthält jedoch keinen ausreichenden Hinweis auf die Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses bei wiederholtem Fehlverhalten. Der Hinweis darauf, dass die Beklagte „dieses nachlässige Verhalten nicht länger“ dulde, genügt hierfür nicht. Ein Hinweis auf rechtliche Schritte ist hierin nicht mit der notwendigen Klarheit zu sehen.



Soweit sich die Beklagte auf weitere mündliche Abmahnungen berufen hat, ist sie auch in der Berufungsinstanz jeglichen Sachvortrag schuldig geblieben, wer den Kläger wann wegen welcher Pflichtverletzung abgemahnt haben soll.

4. Auch die Kündigung vom 29.11.2010 hat das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Auch insoweit beruft sich die Beklagte ausschließlich auf verhaltensbedingte Gründe und zwar auf dieselben Gründe, die der Kündigung vom 29.10.2010 zu Grunde liegen. Zwar können diese Gründe auch für die Kündigung vom 29.11.2010 noch herangezogen werden, da diese Kündigung offensichtlich vorsorglich wegen der vom Kläger erfolgten Zurückweisung der Kündigung vom 29.10.2010 erfolgt ist. Die verhaltensbedingten Gründe reichen jedoch nicht aus, um die Kündigung sozial zu rechtfertigen (s. o. unter 3.) Weitere Vertragsverstöße nach dem 29.10.2010 hat die Beklagte nicht geltend gemacht.

5. Ebenso wenig hat die Kündigung vom 19.05.2011 das Arbeitsverhältnis aufgelöst. Die Beklagte beruft sich insoweit ausschließlich auf betriebliche Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 KSchG. Solche betrieblichen Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen, hat die Beklagte jedoch nicht in ausreichender Weise dargelegt.

a. Eine Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, wenn der Bedarf für eine Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers im Betrieb voraussichtlich dauerhaft entfallen ist. Auf der Grundlage der betrieblichen Dispositionen des Arbeitgebers müssen im Tätigkeitsbereich des Gekündigten mehr Arbeitnehmer beschäftigt sein, als zur Erledigung der anfallenden Arbeiten benötigt werden. Dieser Überhang muss auf Dauer zu erwarten sein. Regelmäßig entsteht ein Überhang an Arbeitskräften nicht allein und unmittelbar durch bestimmte wirtschaftliche Entwicklungen (Produktions- oder Umsatzrückgang etc.), sondern aufgrund einer - oftmals durch diese Entwicklungen veranlassten - Organisationsentscheidung des Arbeitgebers (unternehmerische Entscheidung).

Betriebliche Erfordernisse, die eine Kündigung bedingen, können sich aus außerbetrieblichen Umständen ergeben. Passt der Arbeitgeber im Fall eines Auftragsverlustes oder eines reduzierten Auftragsbestands die Anzahl der benötigten Arbeitnehmer unmittelbar an die verbliebene Arbeitsmenge an, kann sich daraus ein dringendes betriebliches Erforder-

nis zur Kündigung ergeben, wenn der Arbeitsanfall - dauerhaft - so zurückgegangen ist, dass zukünftig für einen oder mehrere Arbeitnehmer kein Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung mehr besteht. Behauptet der Arbeitgeber, das Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung sei wegen eines solchen Auftragsrückgangs entfallen, kann das Gericht in vollem Umfang nachprüfen, ob die außerbetrieblichen Umstände für die Kündigung zum Zeitpunkt der Kündigung tatsächlich vorlagen und zu einem dauerhaften Rückgang des Beschäftigungsvolumens führen. Dabei reicht ein bloßer Hinweis auf auslaufende Aufträge und das Fehlen von Anschlussaufträgen regelmäßig nicht aus, um einen dauerhaften Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zu begründen. Der Arbeitgeber muss vielmehr anhand seiner Auftrags- und Personalplanung im Einzelnen darstellen, warum nicht nur eine - kurzfristige - Auftragschwankung vorliegt, sondern ein dauerhafter Auftragsrückgang zu erwarten ist (ständige Rechtsprechung, z.B. BAG vom 23.02.2012 – 2 AZR 548/10 mwN).

Ein Rückgang des Arbeitskräftebedarfs kann sich auch daraus ergeben, dass sich eine im Betrieb tatsächlich umgesetzte unternehmerische Organisationsentscheidung auf die Anzahl der verbliebenen Arbeitsplätze auswirkt. Eine unternehmerische Organisationsentscheidung kann etwa in der Bestimmung der Zahl der Belegschaftsmitglieder liegen, mit denen die im Betrieb anfallende Arbeitsmenge erledigt werden. Unternehmerische Entscheidungen sind von den Gerichten nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind. Nachzuprüfen ist aber, ob die fragliche Entscheidung tatsächlich umgesetzt wurde und dadurch das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG vom 24.05.2012 – 2 AZR 124/11 mwN; vom 23.02.2012 – 2 AZR 548/10).

Läuft die unternehmerische Entscheidung auf den Abbau einer Hierarchieebene oder die Streichung eines einzelnen Arbeitsplatzes hinaus verbunden mit einer Umverteilung der dem betroffenen Arbeitnehmer bisher zugewiesenen Aufgaben, muss der Arbeitgeber konkret erläutern, in welchem Umfang und aufgrund welcher Maßnahmen die bisher vom gekündigten Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten für diesen zukünftig entfallen. Nur so kann geprüft werden, ob die Entscheidung den dargestellten Voraussetzungen genügt. Der Arbeitgeber muss die Auswirkungen seiner unternehmerischen Vorgaben und Pla-

nungen auf das erwartete Arbeitsvolumen anhand einer schlüssigen Prognose im Einzelnen darstellen und angeben, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen, dh. im Rahmen ihrer vertraglich geschuldeten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit erledigt werden können (BAG vom 24.05.2012 – 2 AZR 124/11 mwN). In welcher Weise ein Arbeitgeber darlegt, dass die Umverteilung von Arbeitsaufgaben nicht zu einer überobligatorischen Beanspruchung im Betrieb verbliebener Arbeitnehmer führt, bleibt ihm überlassen. Handelt es sich um nicht taktgebundene Arbeiten, muss nicht in jedem Fall und minutiös dargelegt werden, welche einzelnen Tätigkeiten die fraglichen Mitarbeiter künftig mit welchen Zeitanteilen täglich zu verrichten haben. Es kann ausreichend sein, wenn der Arbeitgeber die getroffenen Vereinbarungen zu Umfang und Verteilung der Arbeitszeit darstellt und Anhaltspunkte dafür darlegt, dass Freiräume für die Übernahme zusätzlicher Aufgaben vorhanden sind (BAG vom 24.05.2012 – 2 AZR 124/11).

**b.** Ausgehend von diesen Grundsätzen ist nicht nachvollziehbar, dass der Arbeitsplatz des Klägers entfallen ist.

Soweit sich die Beklagte auf außerbetrieblichen Ursachen, etwa den Umsatzrückgang stützen möchte, so fehlt jeder konkrete Sachvortrag, in welcher Zeit es zum Umsatzrückgang gekommen ist. Es genügt nicht vorzutragen, dass sich der Umsatz in den letzten Jahren halbiert habe. Der Zeitraum „letzte Jahre“ ist schon zu unbestimmt. Ebenso folgt aus einem Umsatzrückgang nicht zwangsläufig ein Rückgang der Arbeitsmenge. Dies gilt insbesondere für den Kläger, der nicht unmittelbar in der Produktion tätig war, sondern für die Qualitätssicherung und Lebensmittelsicherheit zuständig war. Dies hat das Arbeitsgericht völlig zu Recht festgestellt.

Soweit sich die Beklagte auf innerbetriebliche Ursachen stützt (Umstrukturierung im November/Dezember 2010) ist nicht nachvollziehbar, dass der Arbeitsplatz des Klägers aus dringenden betrieblichen Erfordernissen entfallen ist. Die Beklagte behauptet insoweit, dass wegen des Rückgangs der Produktion auch weniger Tätigkeiten in der Qualitätssicherung erforderlich gewesen wären und dass deshalb der Produktionsleiter Herr P... die Aufgaben des Klägers mit übernommen habe. Da es sich bei der Qualitätssicherung wohl nicht um taktgebundene Tätigkeiten handelt, ist ein minutiöser Vortrag, welche einzelnen

Tätigkeiten Herr P... künftig mit welchen Zeitanteilen täglich zu verrichten habe, zwar nicht erforderlich. Es fehlt aber an nachvollziehbarem Vortrag, dass Herr P... so viel Freiraum in seiner Tätigkeit hatte, dass er die Tätigkeit des Klägers voll mit übernehmen konnte. Immerhin hatte der Kläger eine Vollzeitstelle inne. Dass der Kläger mit seiner Arbeit nicht ausgelastet gewesen wäre, ist nicht vorgetragen. Es ist deshalb in keiner Weise verdeutlicht, dass Herr P... ohne überobligationsmäßige Leistungen die Tätigkeit des Klägers zusätzlich zu der eigenen Tätigkeit auf Dauer mit übernehmen konnte.

**c.** Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, ob zum Zeitpunkt der Kündigung am 19.05.2011 ein anderer freier Arbeitsplatz vorhanden war. Es brauchte deshalb nicht der Frage nachgegangen zu werden, wann Herr P... seine Eigenkündigung zum 31.08.2011 ausgesprochen hat, was nach Angaben der Beklagten zur Stellenanzeige in der Jobbörse der Bundesanstalt vom 06.07.2011 geführt hat.

**6.** Der Kläger kann daher gem. § 615 Satz 1, 611 Abs. 1 iVm §§ 293 ff BGB Vergütung wegen Annahmeverzugs der Beklagten – wie erstinstanzlich bereits ausgeurteilt – für die Zeit vom 01.12.2010 bis 19.12.2010 in unstreitiger Höhe von 1225,69 brutto abzüglich 501,41 netto nebst Zinsen verlangen. Die Beklagte kam durch den Ausspruch der unwirksamen ordentlichen Kündigung vom 29.10.2010 mit Ablauf des 30.11.2010 in Annahmeverzug. Da in der Kündigung zugleich die Erklärung der Beklagten lag, sie werde die Leistung nicht annehmen, bedurfte es keines Angebots des Klägers, §§ 295, 296 Satz 1 BGB (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG vom 22.02.2012 – 5 AZR 249/11; vom 17.11.2011 – 5 AZR 564/10 jeweils mwN).

**II.** Die Berufung des Klägers ist hingegen begründet. Die Beklagte hat sich auch ab 20.12.2011 im gesamten streitgegenständlichen Zeitraum in Annahmeverzug befunden und ist daher gem. § 615 Satz 1 iVm § 611 Satz 1 BGB zur Fortzahlung des Entgelts abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes verpflichtet. Auch eine Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes findet nicht statt.

**1.** Der Kläger kann gemäß § 615 Satz 1, § 611 Abs. 1 iVm. §§ 293 ff. BGB Vergütung wegen Annahmeverzugs der Beklagten auch für die Zeit vom 20.12.2012 bis zum Ende des streitgegenständlichen Zeitraums, dem 30.11.2012, beanspruchen.

**a.** Das Angebot der Prozessbeschäftigung vom 17.12.2012 beendete den Annahmeverzug nicht. Zur Beendigung des Annahmeverzugs muss der Arbeitgeber die Arbeitsleistung als Erfüllung des mit dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrags annehmen. Nicht ausreichend ist hingegen, dass er dem Arbeitnehmer vorsorglich einen für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits befristeten neuen Arbeitsvertrag zu den bisherigen Bedingungen oder eine durch die rechtskräftige Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung auflösend bedingte Fortsetzung des Vertrags anbietet. Der Arbeitgeber muss vielmehr bei der Annahme unmissverständlich klarstellen, dass er zu Unrecht gekündigt bzw. zu Unrecht auf der Wirksamkeit der Befristung beharrt habe (BAG vom 19.09.2012 – 5 AZR 627/11; vom 22.02.2012 – 5 AZR 249/11 mwN).

**b.** Der Annahmeverzug ist im vorliegenden Fall auch nicht wegen fehlenden Leistungswillens des Klägers gem. § 297 BGB ausgeschlossen.

**aa.** Nach dieser Vorschrift kommt der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außer Stande ist, die Arbeitsleistung zu bewirken. Neben der (tatsächlichen oder rechtlichen) Leistungsfähigkeit umfasst § 297 BGB auch die nicht ausdrücklich genannte Leistungswilligkeit. Dies folgt daraus, dass ein leistungsunwilliger Arbeitnehmer sich selbst außer Stande setzt, die Arbeitsleistung zu bewirken. Die objektive Leistungsfähigkeit und der subjektive Leistungswille sind von dem Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen. Da nach § 297 BGB der Arbeitnehmer außer Stande sein muss, „die Leistung zu bewirken“, ist für den Annahmeverzug ein auf die vertraglich geschuldete Tätigkeit gerichteter Leistungswille erforderlich (BAG vom 22.02.2012 – 5 AZR 249/11 mwN).

Der Arbeitgeber hat darzulegen und zu beweisen, dass der Arbeitnehmer zur Leistung objektiv außer Stande oder subjektiv nicht bereit war. Dies ergibt sich aus der Fassung des § 297 BGB. Wendet der Arbeitgeber die fehlende Leistungsfähigkeit oder den fehlen-

den Leistungswillen des Arbeitnehmers im Annahmeverzugszeitraum ein, reicht es zunächst aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen hierauf geschlossen werden kann. Sodann ist es Sache des Arbeitnehmers, die Indizwirkung zu erschüttern. Trägt er nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt die Behauptung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer sei während des Verzugszeitraums leistungsunfähig bzw. leistungsunwillig gewesen, als zugestanden. Andernfalls ist der Arbeitgeber für die die fehlende Leistungsfähigkeit bzw. den fehlenden Leistungswillen begründenden Tatsachen beweispflichtig (BAG vom 22.02.2012 – 5 AZR 249/11, vom 17.08.2011 - 5 AZR 251/10 mwN).

**bb.** Die Beklagte hat im vorliegenden Fall keine ausreichenden Indizien vorgetragen, die auf den fehlenden Leistungswillen des Klägers schließen lassen. Insbesondere stellt die Nichtannahme des Angebots des Prozessarbeitsverhältnisses vom 17.12.2012 im Zusammenhang mit den sonstigen Umständen kein ausreichendes Indiz dar.

Der Kläger kann allerdings nicht einwenden, dass die Beklagte in der angebotenen Vereinbarung nur auf die Kündigung vom 29.10.2010 Bezug genommen hätte. Denn daneben war auch das Aktenzeichen des Kündigungsschutzprozesses genannt, unter dem Kläger bereits mit Schriftsatz vom 02.12.2010 die Klage gegen die Kündigung vom 29.11.2012 erweitert hatte. Außerdem war der Rechtsstreit über die Kündigung vom 29.10.2012 ja noch nicht beendet.

Nach § 297 BGB muss sich der Leistungswille auf die vertragsgemäße Leistung beziehen. Der Kläger war als Fachkraft für Lebensmitteltechnik bei der Beklagten beschäftigt und für die Qualitätskontrolle zuständig. Das Angebot des Prozessarbeitsverhältnisses bezog sich nach den vorliegenden Umständen hierauf jedoch nicht. Bereits der Wortlaut des Angebots lässt den Schluss zu, dass der Kläger zwar beschäftigt werden sollte. Ein Hinweis darauf, dass dies zu den vertraglichen Bedingungen, also als Fachkraft für Lebensmittelsicherheit erfolgen sollte, findet sich im Angebot nicht. Andererseits hatte die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin jedenfalls seit Ende 2009/Anfang 2010 im Vorfeld vergeblich versucht, die vertraglichen Bedingungen zu ändern.

Der Kläger hat vorgetragen, dass der Geschäftsführer der Rechtsvorgängerin dem Kläger am 03.11.2009 einen Nachtrag zum Arbeitsvertrag vorgelegt hatte, wonach der Kläger

rückwirkend ab 01.10.2009 nur noch als Assistenz bzw. Produktionshelfer zu einem reduzierten Stundenlohn hätte beschäftigt werden sollen. Da der Kläger nicht einverstanden gewesen sei, habe der Kläger eine allerdings nicht unterzeichnete Änderungskündigung erhalten. Ab 15.12.2009 sei dem Kläger Hausverbot erteilt worden. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe ihr am 11.01.2010 mitgeteilt, dass der Kläger Hausverbot habe und kein Angestellter mehr sei. Wegen dieser Vorfälle habe der Kläger Klage erhoben. Nach dem der Kläger unter Hinweis auf den erfolgten Betriebsübergang auch den Abschluss eines neuen von der Beklagten angebotenen Arbeitsvertrags, der ab 01.01.2010 habe gelten sollen, abgelehnt habe, sei es am 21.07.2012 zu einem Anerkenntnisurteil gegen die Beklagte gekommen.

Diesem Sachvortrag ist die Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten. Hieraus ist ersichtlich, dass die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin schon seit längerem versucht haben, die Arbeitsbedingungen zu ändern. Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte im Angebot des Prozessarbeitsverhältnisses klarstellen müssen, dass die Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen hätte erfolgen sollen. Dies hat sie auch in der Folgezeit nicht getan, auch nicht auf das Schreiben des Klägervertreters vom 4.5.2011, nachdem der Kläger seine Bereitschaft zur Arbeitsaufnahme bekundet hatte.

Hinzukommt, dass im Zeitpunkt des Angebots des Prozessarbeitsverhältnisses auch Herr S... noch beschäftigt war, der seit September im Bereich der Qualitätskontrolle und Lebensmittelsicherheit tätig war, so dass der Arbeitsplatz des Klägers auch anderweitig besetzt war. Aus Sicht des Klägers hat sich das Angebot des Prozessarbeitsverhältnisses daher nicht als Angebot zur Weiterbeschäftigung als Fachkraft für Lebensmittelsicherheit dargestellt. Die Nichtannahme dieses Angebots ist daher kein ausreichendes Indiz für den fehlenden Leistungswillen des Klägers.

Das Gericht ist auch überzeugt davon, dass die Beklagte bewusst kein Prozessarbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen, also insbesondere Beschäftigung als Lebensmittelfachkraft abgegeben hat. Denn der Geschäftsführer der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 24.10.2012 zu Protokoll erklärt, dass sie den Kläger im Rahmen des Prozessarbeitsverhältnisses als Hilfskraft beschäftigen

wollte. Weiter hat er erklärt, dass man dem Kläger „notfalls einen Besen in die Hand gedrückt“ hätte.

**2.** Der Kläger muss sich auch nicht nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.

**a.** Die Vorschrift ist inhaltsgleich mit § 615 Satz 2 BGB. Beide Bestimmungen stellen darauf ab, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG) die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit zumutbar ist. Dabei kommt eine Anrechnung auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers im Verzug befindet. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit und den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Auch vertragsrechtliche Umstände sind zu berücksichtigen. Allerdings ist die nichtvertragsgemäße Arbeit nicht ohne weiteres mit unzumutbarer Arbeit gleichzusetzen. Wie § 615 Satz 2 BGB schließt § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber nur vertragswidrige Arbeit anbietet. Denn das Angebot vertragsgerechter Arbeit zwecks Erfüllung des bestehenden Arbeitsverhältnisses würde den Annahmeverzug beenden. Vielmehr handelt der Arbeitnehmer böswillig, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (st. Rspr., z.B. BAG vom 17.11.2011 – 5 AZR 564/10 mwN).

Der Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung im bestehenden Arbeitsverhältnis bedingt als solcher nicht die Unzumutbarkeit jedweder anderer Tätigkeit im Rahmen einer Prozessbeschäftigung. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG regelt nicht Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, sondern die nach anderen Maßstäben zu beurteilende Obliegenheit, aus Rücksichtnahme gegenüber dem Arbeitgeber einen zumutbaren Zwischenverdienst zu erzielen. Das zeigt gerade der gesetzliche Regelfall der böswillig bei einem anderen



Arbeitgeber unterlassenen Arbeit, die notwendigerweise auf einer anderen vertraglichen Grundlage stattgefunden hätte (BAG vom 17.11.2011 – 5 AZR 564/10 mwN).

Die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer hängt vornehmlich von der Art der Kündigung und ihrer Begründung sowie dem Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess ab. Bei einer betriebsbedingten oder personenbedingten Kündigung ist die vorläufige Weiterbeschäftigung dem Arbeitnehmer im Gegensatz zu einer verhaltensbedingten, insbesondere außerordentlichen Kündigung in der Regel zumutbar. Art und Schwere der gegenüber dem Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe können die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit begründen, wobei die außerordentliche Kündigung regelmäßig das Ansehen des Arbeitnehmers beeinträchtigt (BAG vom 24.09.2003 – 5 AZR 500/02 mwN).

**b.** Nach diesen Grundsätzen war dem Kläger im vorliegenden Fall die Wiederaufnahme der Tätigkeit bei seinem bisherigen Arbeitgeber für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses nicht zumutbar. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 29.10.2010 und vom 29.11.2010 erfolgte aus verhaltensbedingten Gründen. Dies ergibt sich zwar nicht aus den Kündigungsschreiben selbst. Der Beklagtenvertreter hat dies nach dem nicht bestrittenen Vortrag des Klägers jedoch bereits in der Güteverhandlung, die am 13.12.2010 stattfand, erklärt. Offenbar als unmittelbare Reaktion auf die Güteverhandlung erfolgte dann das Angebot auf Abschluss des Prozessarbeitsverhältnisses. Da bereits zuvor ähnlich verfahren worden war insoweit, als der Kläger zwei Tage nach dem Anerkenntnisurteil vom 21.07.2010 die „Abmahnung“ vom 23.07.2010 erhielt, ist es nicht fernliegend, dass die Weiterbeschäftigung zu weiteren Belastungen des Arbeitsverhältnisses hätte führen können und die ohnehin sehr problematische Zusammenarbeit weiter belastet worden wäre. Die Beklagte warf dem Kläger ja vor, den Anforderungen an eine qualifizierte Qualitätssicherung nicht gewachsen zu sein. Hinzu kam, dass zum Zeitpunkt des Angebots auch noch Herr S... im Bereich Qualitätssicherung beschäftigt war, so dass der Kläger davon ausgehen konnte, dass sein Arbeitsplatz besetzt sei, und der Kläger auf Grund der der Kündigung vorausgehenden Umstände nicht mit einer Beschäftigung zu bisherigen Bedingungen rechnen konnte. Eine Beschäftigung als Hilfskraft, wie es die Beklagte ja tatsächlich vor hatte, wäre deshalb auch in den Augen der übrigen Mitarbeiter einer Degradierung gleichgekommen. Gegen eine Obliegenheit zur Arbeitsaufnahme im Bereich Qualitätssicherung spricht auch, dass die Beklagte den Kläger im Rahmen der

Kündigungsgründe für Schäden in Höhe von mehreren Tausend Euro verantwortlich gemacht hat. Bei einer Wiederaufnahme der Arbeit hätte die Beklagte konsequenterweise mit weiteren Schäden auf Grund mangelnder Kontrolle durch den Kläger rechnen müssen. Der Kläger hat auch nicht mit einem Weiterbeschäftigungsantrag die Zumutbarkeit trotz verhaltensbedingter Kündigung dokumentiert. Einen solchen Antrag hat der Kläger gerade nicht gestellt.

**3.** Da keine Anrechnung nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG erfolgt, verbleibt es bei der vollen Anrechnung des gezahlten Arbeitslosengeldes nach § 11 Satz 1 Nr. 3 KSchG (vgl. BAG vom 11.01.2006 – 5 AZR 125/05). Der anderweitige Verdienst, den der Kläger während des Anrechnungszeitraums erzielt hat, ist nicht pro-rata-temporis, sondern auf die Gesamtvergütung für die Dauer des (beendeten) Annahmeverzugs anzurechnen. Zum Zwecke der dafür erforderlichen Vergleichsberechnung (Gesamtberechnung) ist zunächst die Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste zu ermitteln. Dieser Gesamtvergütung ist das gegenüberzustellen, was der Arbeitnehmer in der betreffenden Zeit anderweitig verdient hat (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG vom 16.05.2012 – 5 AZR 251/11 mwN). Aufgrund der im Zivilprozess geltenden Dispositionsmaxime bestimmen die Parteien mit ihren Anträgen und Einwendungen den der Gesamtberechnung zugrunde zu legenden Zeitraum.

Als Anfangstermin ist dies im vorliegenden Fall der 01.12.2010. Der Endtermin des Annahmeverzugszeitraums steht zwar nicht fest, liegt aber jedenfalls nach Ende des streitgegenständlichen Zeitraums, also nach dem 30.11.2011. Eine weitere nicht streitgegenständliche (außerordentliche) Kündigung ist erst am 10.02.2012 ausgesprochen worden. Für den Zeitraum vom 01.12.2010 bis 30.11.2011 ergibt sich daher bei einem Bruttomonatseinkommen unstreitig ein Betrag von 24.000,- €, von dem für diesen Zeitraum erhaltenes Arbeitslosengeld in Höhe von unstreitig 9.500,40 € netto abzuziehen ist. Da erstinstanzlich bereits ein Betrag von 1225,69 € brutto abzüglich 501,41 € netto ausgeurteilt ist, war die Beklagte zur Zahlung von weiteren 22.774,31 € brutto abzüglich 8998,99 € netto zu verurteilen.

**4.** Der Kläger hat im Hinblick auf den Verzug der Beklagten Anspruch auf Zinsen auf die Differenzvergütung gemäß § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Trotz der Gesamt-

berechnung entstehen die Annahmeverzugsansprüche nicht erst am Ende des Annahmeverzugs, sondern sukzessive während des Annahmeverzugs und werden mit dem jeweiligen Abrechnungszeitraum fällig. Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich nicht gehindert, sie ratierlich geltend zu machen. Der Arbeitnehmer kann Prozess- oder Verzugszinsen fordern. Doch hat der Kläger die von dritter Seite bezogenen Bruttovergütungen oder anzurechnende öffentlich-rechtliche Leistungen taggenau abzusetzen (BAG vom 16.05.2012 – 5 AZR 251/11 mwN).

Im vorliegenden Fall hat der Kläger jeweils Zinsen ab dem 01. des Folgemonats aus der Differenz zwischen der Monatsvergütung von 2000,- € brutto und dem monatlich bezogenen Arbeitslosengeld geltend gemacht. Die Beklagte hat sich hiergegen nicht gewandt, so dass davon auszugehen ist, dass das Monatsentgelt bereits Ende des Monats fällig war. Im Arbeitsvertrag selbst ist eine Fälligkeitsregelung nicht enthalten. Ebenso hat sich die Beklagte zum Zeitpunkt des Zuflusses des Arbeitslosengeldes nicht geäußert. Es ist daher davon auszugehen, dass der Kläger das Arbeitslosengeld nicht jeweils bereits vor Fälligkeit des jeweiligen monatlichen Entgeltanspruchs erhalten hat, so dass eine überhöhte Zinsforderung jedenfalls nicht vorliegt.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;  
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Steindl  
Vorsitzender Richter  
am Landesarbeitsgericht

Brosch  
ehrenamtlicher Richter

Graf  
ehrenamtlicher Richter