

Fortbildung im Selbststudium gem. § 15 Abs. 4 FAO

Sehr geehrte Fachanwältin, sehr geehrter Fachanwalt!

1. Studieren Sie bitte dieses **Skript** in der dafür vorgesehenen Zeit (3 Stunden).
2. Für die **Lernerfolgskontrolle** füllen Sie den Multiple-Choice-Test zur Lernerfolgskontrolle online (15fao.net) aus.
3. Die **Kursgebühr** zahlen Sie bitte per Überweisung, Kreditkarte, SEPA-Lastschrift oder PayPal (dort an: kontakt@15FAO.net).
Die Bankverbindung lautet: Fortbildung Fachanwalt Arbeitsrecht IBAN: DE90 1001 1001 2629 7488 01 BIC: NTSBDEB1XXX Bank: N26
Bitte geben Sie als Verwendungszweck Ihren Vor- und Nachnamen an.

Sie erhalten Ihre Bescheinigung nach § 15 Abs. 4 FAO, die Rechnung und die korrigierte Lernerfolgskontrolle innerhalb von 24 Stunden per E-Mail.

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 28. Juni 2023
- 5 AZR 335/22 -
ECLI:DE:BAG:2023:280623.U.5AZR335.22.0

I. Arbeitsgericht Braunschweig

Urteil vom 13. April 2021
- 2 Ca 372/20 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 9. Mai 2022
- 4 Sa 505/21 -

Entscheidungsstichworte:

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung - Beweiswert

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 335/22
4 Sa 505/21
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Juni 2023

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2023 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie die ehrenamtlichen Richter Bürger und Look für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 9. Mai 2022 - 4 Sa 505/21 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten - soweit mit Blick auf die beschränkte Zulassung der Revision noch erheblich - über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und dabei insbesondere über den Beweiswert der vom Kläger eingereichten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. 1

Der Kläger war vom 16. Januar 2020 bis zum 30. September 2020 bei der Beklagten, die Personalvermittlung und -verleih betreibt, als technischer Sachbearbeiter beschäftigt. Zwischen den Parteien waren eine Arbeitszeit von 40 Wochenstunden bei einer Fünf-Tage-Woche und (zuletzt) eine Bruttostundenvergütung von 12,42 Euro vereinbart. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund fristgemäßer Kündigung der Beklagten vom 1. September 2020, die der Kläger am 2. September 2020 zur Kenntnis nahm. Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen der Vorinstanzen arbeitete er noch bis zum 4. September 2020 für die Beklagte in einem Entleiherbetrieb. 2

Für die Zeit vom 7. September 2020 bis zum 30. September 2020 legte der Kläger zwei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor, eine Erstbescheinigung vom 7. September 2020 über Arbeitsunfähigkeit bis zum 20. September 2020 und eine Folgebescheinigung vom 21. September 2020 über fortbestehende Arbeitsunfähigkeit bis zum 30. September 2020. Im Laufe des Verfahrens hat der Kläger die Ausfertigungen für den Versicherten zur Akte gereicht, aus denen die „die AU-begründenden Diagnose(n) (ICD-10)“ ersichtlich sind. Die behandelnde Ärztin hat jeweils „M25.51 G R“ angegeben (Gelenkschmerz Schulterregion gesichert rechts). Der Kläger hat außerdem Folgebescheinigungen für die Zeit bis 3

zum 15. November 2020 vorgelegt, die ab dem 16. Oktober 2020 zusätzlich zu „M25.51 G R“ die ICD-10-Codes „75.5 G R“ (Bursitis im Schulterbereich gesichert rechts) und „75.8 G R“ (Sonstige Schulterläsionen gesichert rechts) enthalten. Weiter hat er den Befundbericht/Arztbrief vom 17. September 2020 zu einer MRT-Untersuchung seines rechten Schultergelenks am 16. September 2020 vorgelegt.

Die Beklagte zahlte für September 2020 weder Arbeitsvergütung noch Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Für die Zeit bis zum 4. September 2020 haben die Vorinstanzen dem Kläger rechtskräftig Vergütung für geleistete Arbeit zugesprochen. 4

Mit seiner Klage hat der Kläger - soweit für die Revision noch erheblich - vom 7. bis zum 30. September 2020 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall iHv. 1.788,48 Euro brutto nebst Zinsen verlangt. Er hat gemeint, seine Arbeitsunfähigkeit habe er durch die der Beklagten vorgelegten Bescheinigungen nachgewiesen, deren Beweiswert nicht erschüttert sei. Aufgrund starker Schmerzen und Bewegungseinschränkungen habe er die geschuldete Arbeitsleistung als technischer Sachbearbeiter nicht ausführen können. Er hat sinngemäß - soweit für die Revision von Bedeutung - zuletzt beantragt, 5

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.788,48 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Oktober 2020 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, der Beweiswert der für die Zeit ab dem 7. September 2020 vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei erschüttert. Sie seien nicht entsprechend den Vorgaben der „Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V“ (im Folgenden: Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie) ausgestellt worden. Nach § 5 Abs. 1 Satz 4 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie (in der im September 2020 geltenden Fassung) müssten Symptome - hier „Schulterschmerzen“ - nach spätestens sieben Tagen durch eine Diagnose oder Verdachtsdiagnose ersetzt werden. 6

Das Arbeitsgericht hat der Klage ganz überwiegend stattgegeben und lediglich das Zinsdatum korrigiert. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat beschränkt zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte im Umfang der Zulassung die von ihr begehrte Klageabweisung weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. 7

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben der Klage zu Recht stattgegeben. Sie sind in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass die Beklagte keine Umstände aufgezeigt hat, die geeignet sind, den Beweiswert der streitgegenständlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vom 7. und vom 21. September 2020 zu erschüttern. 8

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das klagegestattgebende Urteil des Arbeitsgerichts im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Der Kläger hat für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 7. bis zum 30. September 2020 einen Anspruch Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall aus § 3 Abs. 1 EFZG in (unstreitiger) Höhe von 1.788,48 Euro brutto. 9

1. Ein Arbeitnehmer hat nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. 10

2. Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG (*BAG 11. Dezember 2019 - 5 AZR 505/18 - Rn. 16, BAGE 169, 117*). 11

a) Der Beweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit wird in der Regel durch die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung iSd. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG geführt. Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG reicht die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung iSd. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG aus, um dem Arbeitgeber das Recht zur Leistungsverweigerung zu entziehen. Diese gesetzgeberische Wertentscheidung strahlt auch auf die beweisrechtliche Würdigung aus. Der ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt daher aufgrund der normativen Vorgaben im Entgeltfortzahlungsgesetz ein hoher Beweiswert zu. Die Gesetzesbegründung zur elektronischen Meldung nach § 109 Abs. 1 Satz 1 SGB IV hat die in § 5 Abs. 1a Satz 2 EFZG vorgesehene Papierbescheinigung „als gesetzlich vorgesehenes Beweismittel mit dem ihr von der Rechtsprechung zugebilligten hohen Beweiswert“ bezeichnet (*BT-Drs. 19/13959 S. 37*) und sich damit diese Bewertung zu eigen gemacht (*aA Ricken RdA 2022, 235, 239 f.*). Der Tatrichter kann normalerweise den Beweis einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als erbracht ansehen, wenn der Arbeitnehmer im Rechtsstreit eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt. Aufgrund des normativ vorgegebenen hohen Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung genügt ein „bloßes Bestreiten“ der Arbeitsunfähigkeit mit Nichtwissen durch den Arbeitgeber nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit mit einer ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachgewiesen hat. Vielmehr kann der Arbeitgeber den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nur dadurch erschüttern, dass er tatsächliche Umstände darlegt und im Bestreitensfall beweist, die Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers ergeben mit der Folge, dass der ärztlichen Bescheinigung kein Beweiswert mehr zukommt. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung begründet keine gesetzliche Vermutung einer tatsächlich bestehenden Arbeitsunfähigkeit iSd. § 292 ZPO mit der Folge, dass nur der Beweis des Gegenteils zulässig wäre (*BAG 8. September 2021 - 5 AZR 149/21 - Rn. 13 mwN, BAGE 175, 358; zust. Fuhlrott/Mai NZA 2022, 97; Kufner-*

12

Schmitt Anm. AP EntgeltFG § 5 Nr. 11; Weidt BB 2022, 1396; teilweise kritisch Ricken RdA 2022, 235, 239 f.).

b) Der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG kann nach den Umständen des Einzelfalls auch wegen Verstößen des ausstellenden Arztes gegen bestimmte Vorgaben der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie erschüttert sein. 13

aa) Die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie wird vom Gemeinsamen Bundesausschuss erlassen (§ 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V), dem obersten Beschlussgremium der gemeinsamen Selbstverwaltung im deutschen Gesundheitswesen. Als untergesetzliche Rechtsnorm muss sie mit dem geltenden höherrangigen Recht vereinbar sein (*BSG 15. Mai 2019 - B 6 KA 27/18 B - Rn. 15*). Die Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses sind nach § 91 Abs. 6 SGB V (nur) für die Träger des Gemeinsamen Bundesausschusses - die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und den Spitzenverband Bund der Krankenkassen -, deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie für die Versicherten und die Leistungserbringer verbindlich (*vgl. BeckOGK/Roters Stand 1. Dezember 2020 SGB V § 91 Rn. 21; Becker/Kingreen/Hollo 8. Aufl. SGB V § 91 Rn. 62*), nicht jedoch für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer als Parteien des Arbeitsverhältnisses (*Ricken RdA 2022, 235, 243*). 14

bb) In § 5 EFZG - sowohl in der für den vorliegenden Fall maßgeblichen alten Fassung, wie auch in ab 1. Januar 2023 geltenden neuen Fassung - wird die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie nicht erwähnt und ihre Anforderungen werden nicht explizit in Bezug genommen. Vielmehr ist dort nur die Rede von „einer ärztlichen Bescheinigung“. § 5 Abs. 1 Satz 2 und Satz 5 EFZG stellen eigene Anforderungen dazu auf, welche Informationen eine dem Arbeitgeber zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit vorzulegende Bescheinigung enthalten muss (*vgl. BeckOK ArbR/Ricken Stand 1. März 2023 EFZG § 5 Rn. 18; MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. EFZG § 5 Rn. 17; Schmitt EFZG/Küfner-Schmitt 9. Aufl. EFZG § 5 Rn. 98 ff.; Knorr/Krasney Stand 2022 Entgeltfortzahlung/Krankengeld/Mutterschaftsgeld § 5 Rn. 39*). Danach sind lediglich in Schriftform das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer anzugeben. Die Arbeitsun- 15

fähigkeits-Richtlinie entfaltet keine unmittelbare Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber und einem Arzt, der kein Vertragsarzt ist oder als Privatarzt gegenüber nicht gesetzlich versicherten Arbeitnehmern tätig wird. Auch Versicherte der Krankenkassen können einen solchen Arzt - auf eigene Kosten - frei wählen und müssen sich nicht an einen Vertragsarzt wenden (*MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. EFZG § 5 Rn. 16; Schmitt EFZG/Küfner-Schmitt 9. Aufl. EFZG § 5 Rn. 109*).

cc) Soweit der Senat in seiner Rechtsprechung darauf abgestellt hat, dass die „ordnungsgemäß“ iSd. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel des Arbeitnehmers für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ist (*BAG 8. September 2021 - 5 AZR 149/21 - Rn. 12 mwN, BAGE 175, 358*), sind bei der Prüfung, ob der Beweiswert einer Bescheinigung erschüttert wurde, nicht alle Bestimmungen der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie relevant. Formale Vorgaben, die in erster Linie kassenrechtliche Bedeutung haben und das Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse betreffen, wie Formulare und Angaben für die Abrechnung, sind hierfür grundsätzlich ohne Belang (*vgl. BeckOK ArbR/Ricken Stand 1. März 2023 EFZG § 5 Rn. 18; Schmitt EFZG/Küfner-Schmitt 9. Aufl. EFZG § 5 Rn. 111 ff.; im Ergebnis auch Fuhrrott/Mai NZA 2022, 97, 99 ff.*). Damit wird berücksichtigt, dass diese Richtlinienbestimmungen für Ärzte, die nicht Vertragsärzte sind oder als Privatarzt gegenüber nicht gesetzlich versicherten Arbeitnehmern tätig werden, ohne rechtliche Bedeutung sind. 16

Anders zu beurteilen sind hingegen die Regelungen in § 4 und § 5 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie, die sich auf medizinische Erkenntnisse zur sicheren Feststellbarkeit der Arbeitsunfähigkeit beziehen. Hierzu gehören beispielsweise die Bestimmungen zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit aufgrund persönlicher ärztlicher Untersuchung und zur Dauer der zu bescheinigenden Arbeitsunfähigkeit. Es handelt sich dabei zwar bereits von Gesetzes wegen nicht um zwingende Vorgaben, die die Arbeitsvertragsparteien und Arbeitsgerichte binden. Solche Bestimmungen enthalten aber eine Zusammenfassung allgemei- 17

ner medizinischer Erfahrungsregeln und Grundregeln zur validen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit (vgl. *Hahn ZMGR 2018, 279, 281; Braun GesR 2018, 409, 410*). Sie bilden den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse ab (*Ricken RdA 2022, 235, 243*). So verstanden können Verstöße hiergegen nach der Lebenserfahrung und der Expertise des Normgebers der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie geeignet sein, den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Rahmen der nach § 286 ZPO vorzunehmenden Beweiswürdigung zu erschüttern.

dd) Dieses Verständnis des Beweiswerts einer ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entspricht weitgehend dem des Bundessozialgerichts zum Krankengeldbezug (vgl. *zB zur Verwendung der Mustervordrucke BSG 29. Oktober 2020 - B 3 KR 6/20 R - Rn. 15; 14. August 2018 - B 3 KR 5/18 B - Rn. 9*). Der Bescheinigung mit der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit wird hierin die Bedeutung einer gutachterlichen Stellungnahme beigemessen. Sie bilde eine Grundlage für den über den Krankengeldbezug zu erteilenden Verwaltungsakt der Krankenkasse, ohne dass Krankenkasse und Gerichte an den Inhalt der ärztlichen Bescheinigung gebunden seien (*BSG 29. Oktober 2020 - B 3 KR 6/20 R - Rn. 15; 16. Dezember 2014 - B 1 KR 37/14 R - Rn. 16, BSGE 118, 52; 8. November 2005 - B 1 KR 18/04 R - Rn. 20*). Im sozialgerichtlichen Verfahren sei eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein Beweismittel wie jedes andere, so dass der durch sie bescheinigte Inhalt durch andere Beweismittel widerlegt werden könne (*BSG 8. November 2005 - B 1 KR 18/04 R - aaO*). Sowohl bei der Erstfeststellung der Arbeitsunfähigkeit als auch bei nachfolgenden Feststellungen besteht nach dieser Rechtsprechung ein Krankengeldanspruch aus § 46 Satz 1 Nr. 2 SGB V nur nach einer persönlichen Untersuchung des Versicherten durch einen Arzt. Eine telefonische Befragung genüge nicht (*BSG 16. Dezember 2014 - B 1 KR 25/14 R - Rn. 13*). Zur Begründung hat das Bundessozialgericht auf die Regelungen zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit in § 4 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie und auf das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V Bezug genommen. Hieraus hat es die Notwendigkeit hergeleitet, dass Krankengeld nur auf der Grundlage einer bestmöglich fundierten ärztlichen Einschätzung gewährt werden darf. Im neueren sozial-

rechtlichen Schrifttum wird ergänzend die Auffassung vertreten, eine mittelbare persönliche Untersuchung im Rahmen einer Videosprechstunde stehe der unmittelbaren persönlichen Untersuchung im Sinne dieser Rechtsprechung gleich (*BeckOGK/Schifferdecker Stand 1. März 2022 SGB V § 46 Rn. 56; Krauskopf/Rieke Stand September 2022 SGB V § 44 Rn. 27; dazu auch instruktiv Ricken RdA 2022, 235, 242 ff.*). Ein weitgehend einheitliches Verständnis der Verbindlichkeit der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie bei der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und den damit in Zusammenhang stehenden beweisrechtlichen Fragen ist bedeutsam, weil das Krankengeld eine Entgeltersatzfunktion hat (§ 47 Abs. 3 SGB V). Nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ruht der Anspruch auf Krankengeld, soweit und solange Versicherte beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erhalten. Hierdurch soll einen Doppelbezug von Entgelt und Entgeltersatzleistungen verhindert werden (*ErfK/Rolfs 23. Aufl. SGB V § 49 Rn. 1*). Hauptanwendungsfall des § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ist die Entgeltfortzahlung nach §§ 3 und 4 EFZG (*NK-ArbR/Lang 2. Aufl. SGB V § 49 Rn. 3; BeckOGK/Schifferdecker Stand 1. August 2022 SGB V § 49 Rn. 14*).

3. Nach diesen Grundsätzen kann ein Verstoß gegen die Regelungen in § 5 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie (in der im September 2020 geltenden Fassung, entspricht § 5 Abs. 1 Satz 4 und Satz 5 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie in der seit April 2023 geltenden Fassung), auf den die Beklagte sich vorliegend beruft, grundsätzlich zu einer Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung führen. 19

a) Die Kodierung nach ICD-10 betrifft allerdings primär das Abrechnungsrecht und damit zunächst das Verhältnis zwischen Vertragsärzten und Kassen. § 295 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 SGB V, der in § 5 Abs. 1 Satz 3 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie in Bezug genommen wird, regelt die Verpflichtung der Vertragsärzte zur versichertenbezogenen Übermittlung der Leistungsdaten, darunter die nach ICD-10 kodierten Diagnosen. Die Diagnose ist Bestandteil einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung und zur Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen zwischen Leistungserbringern, Abrechnungsstellen, Krankenversicherungen und -kassen erforderlich (*vgl. BeckOGK/Hess Stand 1. Mai 2021*). 20

SGB V § 295 Rn. 4; Becker/Kingreen/Michels 8. Aufl. SGB V § 295 Rn. 1). Die Kodierung nach ICD-10 ist ua. Voraussetzung für die elektronische oder maschinelle Verarbeitung der Abrechnungen im Rahmen des Fallpauschalensystems und soll diagnose- und leistungsbezogene Analysen zur Weiterentwicklung der Abrechnungs- und Versorgungssysteme ermöglichen (*Becker/Kingreen/Michels 8. Aufl. SGB V § 301 Rn. 6*). Dennoch kann ein Verstoß gegen die Vorgabe in § 5 Abs. 1 Satz 4 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie, Symptome wie Fieber oder Übelkeit nach spätestens sieben Tagen durch eine Diagnose oder Verdachtsdiagnose auszutauschen - je nach den im Einzelfall vom Arzt angegebenen ICD-10-Codes - in Zusammenschau mit der Dauer der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit Zweifel an der Richtigkeit der Bescheinigung aufwerfen.

b) Einer Berücksichtigung von Verstößen gegen § 5 Abs. 1 Satz 4 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie steht - anders als das Landesarbeitsgericht meint - nicht entgegen, dass die nach § 5 Abs. 1 EFZG aF für den Arbeitgeber vorgesehene Durchschrift der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keine Angaben zur Ursache und Art der Arbeitsunfähigkeit und der zugrundeliegenden Erkrankung zu enthalten hat (*vgl. dazu MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. EFZG § 5 Rn. 17 mwN*). Dies trifft zwar zu und der Arbeitnehmer ist grundsätzlich auch nicht verpflichtet, diese Informationen offen zu legen. Etwas anderes gilt aber, wenn sich wie vorliegend ein Arbeitnehmer - ohne dazu vom Gericht oder der Gegenseite aufgefordert zu sein - freiwillig zu den zugrundeliegenden Diagnosen bzw. ICD-10-Codes erklärt und sie selbst ins Verfahren einführt. In dem Fall kann sich der Arbeitgeber auf diese Informationen für eine eventuelle Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stützen. 21

4. Ob es dem Arbeitgeber gelungen ist, den Beweiswert einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern, ist eine Frage der Beweiswürdigung. Diese ist grundsätzlich gemäß § 286 ZPO dem Tatrichter vorbehalten. Revisionsrechtlich ist nur zu überprüfen, ob die Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei und ohne Verletzung von Denkgesetzen und allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt ist, ob sie rechtlich möglich ist und ob das Berufungsgericht 22

alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (vgl. BAG 11. Dezember 2019 - 5 AZR 505/18 - Rn. 25, BAGE 169, 117).

5. Ausgehend hiervon ist die Annahme der Vorinstanzen, der Kläger sei im maßgeblichen Klagezeitraum infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert gewesen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 23

a) Das Landesarbeitsgericht hat zwar angenommen, eine Erschütterung des Beweiswerts komme durch einen Verstoß gegen § 5 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Regelungen ausschließlich das Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse betreffen. Vorangestellt hat es aber eine vollumfängliche Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts. Es hat sich diese zu eigen gemacht und dies ausdrücklich festgestellt (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Da das Arbeitsgericht nach Würdigung des Beklagtenvortrags zu - vermeintlichen - Verstößen gegen die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie zu dem Ergebnis gekommen ist, der Beweiswert der streitgegenständlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei nicht erschüttert, handelt es sich insoweit lediglich um eine Hilfsbegründung des Berufungsgerichts. 24

b) Das Arbeitsgericht hat in seiner Entscheidung ausgeführt, dass und weshalb es nach Würdigung der vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und des weiteren Parteivortrags davon ausgeht, dass der Kläger seine Arbeitsunfähigkeit im streitgegenständlichen Zeitraum nachgewiesen habe. Diese Würdigung, die sich das Landesarbeitsgericht zu eigen gemacht hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 25

aa) Zwar dürfte grundsätzlich davon auszugehen sein, dass ein Verstoß gegen § 5 Abs. 1 Satz 4 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie den Beweiswert einer für zwei Wochen ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf der Basis von „Symptomen“ wie zB Fieber oder Übelkeit erschüttern könnte. Ein solcher Verstoß hätte Auswirkungen auf die gesamte Bescheinigung. Er würde - anders als das Arbeitsgericht meint - nicht erst nach Ablauf des „zulässigen“ Zeitraums von sieben Tagen eingreifen. 26

- bb) Das Arbeitsgericht stellt aber maßgeblich auch darauf ab, dass unklar sei, „in welchen konkreten Umständen die Beklagte einen Verstoß gegen die genannte Richtlinienvorschrift erkenne“. Es meint im Ergebnis, dass ein relevanter Verstoß gegen § 5 Abs. 1 Satz 4 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie nicht vorliege. Die ärztliche Feststellung, die hinter dem ICD-10 Code M25.51 G R stehe, kann nach Auffassung des Arbeitsgerichts durchaus eine Diagnose darstellen. Sie unterscheide sich qualitativ von der bloßen Feststellung unspezifischer Symptome. § 5 Abs. 1 Satz 4 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie fordere - anders als die Beklagte meine - nicht, dass der Arzt ab der zweiten Woche der Arbeitsunfähigkeit bereits konkrete Schmerzursachen attestiere. Zudem sei auch der weitere Klägervortrag zu ärztlichen Behandlungen und Untersuchungen zu berücksichtigen. 27
- c) Diese Würdigung ist in sich widerspruchsfrei und verletzt weder Denkgesetze noch allgemeine Erfahrungssätze. Sie ist rechtlich möglich und berücksichtigt alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände. 28
- aa) Zutreffend hat das Arbeitsgericht bei der Prüfung, ob der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttert ist, eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Falls vorgenommen und dabei den weiteren Vortrag des Klägers, auch zu medizinischen Behandlungen und ärztlich angeordneten Untersuchungen, berücksichtigt. Diesen Vortrag hat die Beklagte nicht substantiiert bestritten. Sie hat lediglich gemeint, er könne - ausgehend von der von ihr angenommenen Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung - hinsichtlich der Frage, ob tatsächlich Arbeitsunfähigkeit vorlag, eine Beweiserhebung nicht ersetzen. Eine Kongruenz zwischen der Kündigungsfrist und der Dauer der insgesamt bescheinigten Arbeitsunfähigkeit hatte das Arbeitsgericht - anders als die Beklagte meint - nicht zu berücksichtigen. Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen der Vorinstanzen hat der Kläger, nachdem er die Kündigung zur Kenntnis genommen hatte, noch für die Beklagte in einem Entleiherbetrieb gearbeitet. 29
- bb) Auch die Bewertung des Arbeitsgerichts, ein den Beweiswert erschütternder Verstoß gegen Vorgaben der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie liege nicht vor, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 30

(1) Die Annahme des Arbeitsgerichts, die mit M25.51 G R kodierte ärztliche Feststellung könne eine Diagnose darstellen und somit im Einklang mit § 5 Abs. 1 Satz 4 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie stehen, ist in der Systematik und Struktur des ICD-10-Systems angelegt. Die von der Ärztin des Klägers verwendete Schlüsselnummer M25.51 stammt aus dem Kapitel XIII zu Krankheiten des Muskel-Skelett-Systems und des Bindegewebes. Sie befindet sich in der Gruppe Arthropatien (M00-M25) unter der Überschrift „Sonstige Gelenkkrankheiten, anderenorts nicht klassifiziert“ (M.25.-) als Gelenkschmerz (M.25.5-). Damit hat die Ärztin eine Schlüsselnummer gewählt, die sowohl nach Kapitel wie auch nach Untergruppe „Krankheiten“ umfasst. Dass das Arbeitsgericht bei der vorliegenden Kodierung aus dem Bereich der Gelenkerkrankungen keine Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen angenommen hat, unterliegt deshalb keinen revisionsrechtlichen Bedenken. 31

(2) Soweit die Beklagte dies anders gesehen und gemeint hat, eine Diagnose könne nur bei „objektivierbaren“ Zuständen vorliegen, zeigt sie keine Rechtsfehler der Vorinstanzen auf. Sie argumentiert, der ärztlichen Sachkunde könne eine ausschlaggebende Bedeutung nur zukommen, wenn die ärztliche Bescheinigung auf einem festgestellten objektiven Befund beruhe. Damit versucht sie letztlich - allgemein und bezogen auf den konkreten Fall - ihre Wertung an die Stelle der Wertung des Arbeitsgerichts zu setzen, ohne sich mit der Begründung des Arbeitsgerichts inhaltlich auseinanderzusetzen. Es entspräche im Übrigen weder der Lebenserfahrung noch den normativen Vorgaben des Entgeltfortzahlungsgesetzes, jeder ärztlichen Beurteilung „eines vom Patienten (subjektiv) geschilderten Gesundheitszustandes“ einen Beweiswert abzusprechen. 32

6. Die erstinstanzlich - pauschal - erhobenen Einwände der Beklagten, eine Schultererkrankung müsse nicht zur Arbeitsunfähigkeit für die arbeitsvertragliche Tätigkeit als technischer Sachbearbeiter führen bzw. der Kläger habe seine Arbeitsunfähigkeit durch „Fitnesstraining“ selbst verschuldet, haben die Vorinstanzen zu Recht als unsubstantiiert bzw. durch Klägervortrag widerlegt zurückgewiesen. 33

- II. Dem Kläger stehen gesetzliche Zinsen jedenfalls ab dem vom Arbeitsgericht ausgeurteilten Zeitpunkt zu. 34
- III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 35

Linck

Biebl

Bubach

E. Bürger

Matthias Look

Bundesarbeitsgericht
Vierter Senat

Urteil vom 16. August 2023
- 4 AZR 339/22 -
ECLI:DE:BAG:2023:160823.U.4AZR339.22.0

I. Arbeitsgericht Hannover

Urteil vom 12. Januar 2022
- 8 Ca 257/21 E -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 31. August 2022
- 8 Sa 151/22 E -

Entscheidungsstichwort:

Korrigierende Rückgruppierung

Leitsatz:

Die Grundsätze der korrigierenden Rückgruppierung, nach denen die Arbeitgeberin die Darlegungs- und Beweislast für die objektive Fehlerhaftigkeit der bisher angenommenen Bewertung der Tätigkeit trägt, sind nur anzuwenden, wenn sich aus der bislang vorgenommenen Zuordnung zu einer Entgeltgruppe oder einem Tätigkeitsmerkmal zwingend die durch die Beschäftigte begehrte Eingruppierung ergibt. Sie gelten ihrem Sinn und Zweck nach nicht, wenn die Beschäftigte ihr Vertrauen nur auf ein Element der bisherigen tariflichen Bewertung durch die Arbeitgeberin stützt, aber weitere rechtliche Folgeüberlegungen erforderlich sind, die erst zur beanspruchten Entgeltgruppe führen.

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 339/22
8 Sa 151/22 E
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. August 2023

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. August 2023 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Treber, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Klug, den Richter am Bundesarbeitsgericht Neumann sowie den ehrenamtlichen Richter Widuch und die ehrenamtliche Richterin Loycke für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 31. August 2022 - 8 Sa 151/22 E - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die zutreffende Eingruppierung der Klägerin im Zeitraum vom 15. September 2017 bis zum 20. September 2022. 1

Die Klägerin ist seit dem 30. September 2005 bei der Beklagten beschäftigt. Nach § 2 des Arbeitsvertrags vom selben Tag richtet sich das Arbeitsverhältnis „nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung“. In der Zeit vom 15. September 2017 bis zum 20. September 2022 war die Klägerin aufgrund eines Änderungsvertrags vom 27. September 2017 als Sachgebietsleiterin „Finanzen und Abwicklung Grundstücksverkehr“ tätig. Ihr waren sieben Beschäftigte unterstellt, gegenüber denen sie die Dienst- und Fachaufsicht ausübte und weisungsbefugt war. 2

In der von der Beklagten im Dezember 2020 erstellten Arbeitsplatzbeschreibung wird die auszuübende Tätigkeit der Klägerin wie folgt dargestellt: 3

„1.1. ORGANISATORISCHE EINORDNUNG DES ARBEITSPLATZES

1.1 Fachbereich: 23 Wirtschaft
 Bereich: 23.0 Zentrale Fachbereichsangelegenheiten und Immobilienverwaltung
 Sachgebiet: 23.02 Finanzen und Abwicklung Grundstücksverkehr

...

3. FUNKTIONSBEZEICHNUNG: Sachgebietsleiter/in, zgl.
2. Vertreter/in 23.0
4. TÄTIGKEITEN
- 4.1 Verzeichnis der am Arbeitsplatz auszuführenden Tätigkeiten (Arbeitsvorgänge):
(hierzu siehe ‚Erläuterungen zur Arbeitsplatzbeschreibung‘) Anteil in % (Zeitanteil)
- 4.11 Leitung des Sachgebietes Finanzen / Abwicklung des Grundstücksverkehrs - 23.02 15 %
- ...
- 4.12 Grundsatzaufgaben des Sachgebietes Finanzen / Abwicklung des Grundstücksverkehrs 75 %
- Haushaltsaufstellung/Haushaltsplanung:
25%
 - ...
 - Zentrale Haushaltssteuerung / Mittelbewirtschaftung:
15%
 - ...
 - Controlling:
25%
 - ...
 - Gebührenkalkulation nach § 5 NKAG:
5%
 - ...
 - Einzelfallsachbearbeitung und Rechtsfragen
5%
 - ...
 - SAP-Prozesse
5%
 - ...

4.13 Sonderaufgaben

5 %

...“

Die Beklagte vergütete die Klägerin nach Entgeltgruppe 10 Stufe 4 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) geltenden Fassung (TVöD/VKA). 4

Mit Schreiben vom 30. März 2021 beantragte die Klägerin erfolglos „eine Höhergruppierung in eine höhere Entgeltgruppe (mindestens E11) rückwirkend zum Zeitpunkt der Übertragung“. Seit dem 21. September 2022 wird sie auf einer anderen, höher bewerteten Stelle beschäftigt. 5

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie sei im Streitzeitraum nach Entgeltgruppe 11 TVöD/VKA zu vergüten gewesen. Ihre Tätigkeit habe sich durch „besondere Schwierigkeit und Bedeutung“ aus einer solchen nach Entgeltgruppe 9c TVöD/VKA herausgehoben. Entgegen der Ansicht der Beklagten habe die Tätigkeit nicht aus mehreren, sondern aus einem einheitlichen Arbeitsvorgang bestanden. Es sei ausreichend, wenn in diesem Arbeitsvorgang Tätigkeiten von „besonderer Schwierigkeit und Bedeutung“ in rechtserheblichem Ausmaß anfielen. Sie habe darauf vertraut, dass die Beklagte mit Zahlung einer Vergütung nach Entgeltgruppe 10 TVöD/VKA anerkannt habe, jedenfalls zu einem Drittel der Gesamtarbeitszeit würden Arbeitsvorgänge mit solchen Tätigkeiten verrichtet. Daher trage die Beklagte nach den Grundsätzen der korrigierenden Rückgruppierung insoweit die Darlegungs- und Beweislast. Im Übrigen ergebe sich die „besondere Schwierigkeit und Bedeutung“ aus der ihr übertragenen Führungsverantwortung, ihren Aufgaben bei der Haushaltsplanung und -aufstellung und ihren Entscheidungen im Zusammenhang mit dem H-Kinder-Bauland-Bonus. 6

Die Klägerin hat - nach Rücknahme eines auf die Zahlung der Differenzvergütung gerichteten Leistungsantrags in der Revisionsinstanz mit Zustimmung der Beklagten - zuletzt beantragt 7

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet war, ihre Arbeitsleistung ab dem 15. September 2017 bis zum

20. September 2022 nach Entgeltgruppe 11 TVöD/VKA zu vergüten.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die darlegungs- und beweispflichtige Klägerin habe schon nicht schlüssig vorgetragen, ihre Tätigkeit sei von „besonderer Schwierigkeit und Bedeutung“. Die Grundsätze der korrigierenden Rückgruppierung seien nicht anzuwenden, da die Klägerin im gesamten Streitzeitraum nach Entgeltgruppe 10 TVöD/VKA vergütet worden sei. Ein Vertrauen in einen Anspruch auf Vergütung nach einer höheren Entgeltgruppe könne sich daraus nicht ergeben. 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Revision. 9

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin im Ergebnis zutreffend zurückgewiesen. Die Klage ist mit dem durch die Klägerin gestellten Feststellungsantrag teilweise bereits unzulässig, im Übrigen unbegründet. 10

I. Die Klage ist nur teilweise zulässig. 11

1. Der Feststellungsantrag ist für den Zeitraum vom 1. September 2020 bis zum 20. September 2022 als allgemein üblicher Eingruppierungsfeststellungsantrag zulässig (*st. Rspr., etwa BAG 22. Juni 2022 - 4 AZR 495/21 - Rn. 19*). Das Feststellungsinteresse ist nicht deshalb entfallen, weil die Klägerin die Feststellung aufgrund der Änderung der von ihr auszuübenden Tätigkeit lediglich noch für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum begehrt. Der erforderliche Gegenwartsbezug besteht in der Geltendmachung einer (zukünftigen) Erfüllung einer höheren, konkret bezeichneten Vergütung aus dem in der Vergangenheit liegenden Zeitraum (*vgl. BAG 27. April 2022 - 4 AZR 463/21 - Rn. 12 mwN*). 12

2. Der Antrag ist jedoch entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts unzulässig, soweit er sich auf den Zeitraum vom 15. September 2017 bis zum 31. August 2020 bezieht. Insoweit fehlt es am nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse (*vgl. hierzu ausf. BAG 23. Januar 2019 - 4 AZR 541/17 - Rn. 15*). Der Klägerin steht, da sie etwaige Ansprüche unstreitig nicht innerhalb der sechsmonatigen Ausschlussfrist (§ 37 TVöD/VKA) geltend gemacht hat, auch nach ihrer eigenen Auffassung für diesen Zeitraum kein weiterer Vergütungsanspruch zu. Ein Feststellungsinteresse besteht auch nicht im Hinblick auf die Stufenlaufzeiten. Die durch die Klägerin begehrte Stufe ist weder im Antrag genannt noch ist für den Fall, dass der Klägerin eine Vergütung nach Entgeltgruppe 11 TVöD/VKA zustehen sollte, ein Streit zwischen den Parteien über die Stufenlaufzeit ersichtlich. 13
- II. Soweit die Klage zulässig ist, ist sie unbegründet. Die Klägerin hatte im Streitzeitraum keinen Anspruch auf Zahlung einer Vergütung nach Entgeltgruppe 11 TVöD/VKA. 14
1. Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich gemäß § 2 des Arbeitsvertrags in Folge der Tarifsukzession im öffentlichen Dienst (*vgl. hierzu BAG 11. Juli 2018 - 4 AZR 443/17 - Rn. 20*) nach dem TVöD/VKA. 15
2. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei den der Klägerin übertragenen Aufgaben als Sachgebietsleiterin um einen einheitlichen Arbeitsvorgang handelt. 16
- a) Gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TVöD/VKA ist die Beschäftigte in der Entgeltgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmalen die gesamte von ihr nicht nur vorübergehend auszuübende Tätigkeit entspricht. Das ist der Fall, wenn zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die für sich genommen die Anforderungen eines Tätigkeitsmerkmals oder mehrerer Tätigkeitsmerkmale dieser Entgeltgruppe erfüllen. Bezugspunkt der tariflichen Bewertung ist danach der Arbeitsvorgang (*BAG 23. Februar 2022 - 4 AZR 354/21 - Rn. 19; 17. März 2021 - 4 AZR 327/20 - Rn. 16*). 17

- b) Maßgebend für die Bestimmung des Arbeitsvorgangs ist das Arbeitsergebnis. Für die Beurteilung, ob eine oder mehrere Einzeltätigkeiten zu einem Arbeitsergebnis führen, sind eine natürliche Betrachtungsweise und die durch die Arbeitgeberin vorgenommene Arbeitsorganisation ausschlaggebend. Dabei kann die gesamte vertraglich geschuldete Tätigkeit einen einzigen Arbeitsvorgang ausmachen. Einzeltätigkeiten können dann nicht zusammengefasst werden, wenn die verschiedenen Arbeitsschritte von vornherein auseinandergehalten und organisatorisch voneinander getrennt sind. Hierfür reicht jedoch die theoretische Möglichkeit, einzelne Arbeitsschritte oder Einzelaufgaben verwaltungstechnisch isoliert auf andere Beschäftigte zu übertragen, nicht aus. Bei der Zuordnung zu einem Arbeitsvorgang können wiederkehrende und gleichartige Tätigkeiten zusammengefasst werden. Dem Arbeitsvorgang hinzuzurechnen sind dabei nach Satz 1 der Protokollerklärung zu § 12 Abs. 2 TVöD/VKA auch Zusammenhangersarbeiten. Das sind solche, die aufgrund ihres engen Zusammenhangs mit bestimmten Aufgaben einer Beschäftigten bei der tariflichen Bewertung zwecks Vermeidung tarifwidriger „Atomisierung“ der Arbeitseinheiten nicht abgetrennt werden dürfen, sondern diesen zuzurechnen sind. Die tarifliche Wertigkeit der verschiedenen Einzeltätigkeiten oder Arbeitsschritte bleibt dabei zunächst außer Betracht. Erst nachdem die Bestimmung des Arbeitsvorgangs erfolgt ist, ist dieser anhand des in Anspruch genommenen Tätigkeitsmerkmals zu bewerten (*BAG 23. Februar 2022 - 4 AZR 354/21 - Rn. 20; ausf. BAG 26. April 2023 - 4 AZR 275/20 - Rn. 20 ff. [zu § 22 BAT]; 9. September 2020 - 4 AZR 195/20 - Rn. 27 ff., BAGE 172, 130 [zu § 12 TV-L]*).
- c) Der Begriff des „Arbeitsvorgangs“ ist ein feststehender, abstrakter, von den Tarifvertragsparteien vorgegebener Rechtsbegriff. Seine Anwendung durch die Tatsachengerichte ist revisionsrechtlich in vollem Umfang nachprüfbar (*st. Rspr., vgl. zB 23. Februar 2022 - 4 AZR 354/21 - Rn. 21*).
- d) Danach bestand die von der Klägerin im Streitzeitraum auszuübende Tätigkeit als Sachgebietsleiterin aus einem einheitlichen Arbeitsvorgang. Sowohl die Leitungsaufgaben als auch die Grundsatz- und Sonderaufgaben dienten dem

Arbeitsergebnis der Leitung des Sachgebiets „Finanzen und Abwicklung Grundstücksverkehr“. Eine organisatorische Trennung der unmittelbaren Leitungsaufgaben von den weiteren Tätigkeiten ist nicht erfolgt. Bei der Bearbeitung der Grundsatz- und Sonderaufgaben musste die Klägerin jederzeit mit der Übernahme von Leitungsaufgaben rechnen (*vgl. für einen Leiter des Sachgebiets Allgemeiner Sozialer Dienst BAG 22. Juni 2022 - 4 AZR 440/21 - Rn. 25; für eine Praxisanleiterin BAG 17. März 2021 - 4 AZR 327/20 - Rn. 20 mwN*). Eine Trennung lässt sich auch nicht der Auflistung der Tätigkeiten unter unterschiedlichen Überschriften in der Arbeitsplatzbeschreibung entnehmen. Sie vermag zudem die notwendige rechtliche Bewertung zur Bestimmung von Arbeitsvorgängen entsprechend den tariflichen Vorgaben durch die Gerichte nicht zu ersetzen (*vgl. BAG 10. Juni 2020 - 4 AZR 142/19 - Rn. 15*).

Dabei ist entgegen der Auffassung der Beklagten unerheblich, dass es sich bei der Tätigkeit der Klägerin nicht um ein sog. Funktionsmerkmal (*sh. dazu BAG 17. März 2021 - 4 AZR 327/20 - Rn. 23 mwN*) handelt. Soweit der Senat in früheren Entscheidungen unter Hinweis auf das Fehlen eines Funktionsmerkmals getrennte Arbeitsvorgänge angenommen hat (*zB BAG 22. April 1998 - 4 AZR 20/97 - zu 2 c der Gründe; 25. Oktober 1995 - 4 AZR 482/94 - zu II 2 c der Gründe*), erfolgte dies allein unter der Prämisse, dass tatsächlich trennbare Tätigkeiten mit unterschiedlicher Wertigkeit nicht zu einem Arbeitsvorgang zusammengefasst werden dürften. Diese Rechtsprechung hat der Senat aufgegeben (*ausf. hierzu BAG 9. September 2020 - 4 AZR 195/20 - Rn. 53 ff. mwN, BAGE 172, 130*).

3. Die maßgebenden Tätigkeitsmerkmale im Teil A Abschnitt I Nr. 3 der Anlage 1 - Entgeltordnung (VKA) zum TVöD/VKA lauten: 22

„Entgeltgruppe 9b

1. Beschäftigte mit abgeschlossener Hochschulbildung und entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben.

2. Beschäftigte, deren Tätigkeit gründliche, umfassende Fachkenntnisse und selbstständige Leistungen erfordert.

(Gründliche, umfassende Fachkenntnisse bedeuten gegenüber den in den Entgeltgruppen 6 bis 9a geforderten gründlichen und vielseitigen Fachkenntnissen eine Steigerung der Tiefe und der Breite nach.)

Entgeltgruppe 9c

Beschäftigte, deren Tätigkeit sich dadurch aus der Entgeltgruppe 9b heraushebt, dass sie besonders verantwortungsvoll ist.

Entgeltgruppe 10

Beschäftigte, deren Tätigkeit sich mindestens zu einem Drittel durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung aus der Entgeltgruppe 9c heraushebt.

Entgeltgruppe 11

Beschäftigte, deren Tätigkeit sich durch besondere Schwierigkeit und Bedeutung aus der Entgeltgruppe 9c heraushebt.“

4. Die Klägerin ist der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der tariflichen Anforderungen der Entgeltgruppe 11 TVöD/VKA nicht nachgekommen. 23
- a) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung des von ihr in Anspruch genommenen Tätigkeitsmerkmals trägt. Im Grundsatz muss die Beschäftigte die tatsächlichen Voraussetzungen einer von ihr klageweise begehrten Eingruppierung im Prozess darlegen und beweisen (*BAG 27. April 2022 - 4 AZR 463/21 - Rn. 27; 14. Oktober 2020 - 4 AZR 252/19 - Rn. 30*). 24
- aa) Die Beklagte hat keine korrigierende Rückgruppierung vorgenommen, die zu einer Änderung der Darlegungs- und Beweislast geführt hätte. 25
- (1) Im Fall einer sog. korrigierenden Rückgruppierung, dh. bei einer beabsichtigten Zuordnung zu einer niedrigeren als der bisher als zutreffend angenommenen Entgeltgruppe, obliegt der Arbeitgeberin, wenn sich die Beschäftigte auf 26

die ihr von der Arbeitgeberin zuvor als maßgebend mitgeteilte Entgeltgruppe be-
ruft, die Darlegungs- und Beweislast für die objektive Fehlerhaftigkeit der bishe-
rigen Eingruppierung (*BAG 27. April 2022 - 4 AZR 463/21 - Rn. 27 mwN*).

Die spezifische Darlegungs- und Beweislast bei einer korrigierenden 27
Rückgruppierung setzt einen „begrenzten Vertrauensschutz“ um, den die Be-
schäftigte aufgrund der Mitteilung der von der Arbeitgeberin vorgenommenen ur-
sprünglichen Eingruppierung in Anspruch nehmen kann. Die Arbeitgeberin ist
aufgrund ihrer Sachnähe und Kompetenz verpflichtet, die Eingruppierung sorg-
fältig und korrekt vorzunehmen. Die hierbei vertrauensbegründende Sorgfalt und
Kompetenz bezieht sich jedoch nicht allein auf die Mitteilung der maßgebenden
Entgeltgruppe innerhalb der jeweiligen Entgeltordnung. Sie erfasst auch die von
der Arbeitgeberin aufgrund einer Bewertung vorgenommene Zuordnung der Tä-
tigkeit der Beschäftigten sowie die von ihr angenommene Erfüllung von Anforder-
ungen des konkreten Tätigkeitsmerkmals einer Entgeltordnung. Auf die Richtig-
keit gerade dieses Bewertungs- und Zuordnungsvorgangs darf eine Beschäftigte
vertrauen (*BAG 27. April 2022 - 4 AZR 463/21 - Rn. 28; 20. März 2013
- 4 AZR 521/11 - Rn. 20*).

(2) Eine korrigierende Rückgruppierung hat die Beklagte nicht vorgenom- 28
men. Sie hat die Klägerin im gesamten Streitzeitraum nach Entgeltgruppe 10
TVöD/VKA vergütet.

bb) Der vorliegende Fall ist auch kein solcher, bei dem die für die korrigie- 29
rende Rückgruppierung entwickelte Rechtsprechung ebenfalls angewendet wer-
den kann.

(1) Die Grundsätze der korrigierenden Rückgruppierung gelten ihrem Sinn 30
und Zweck nach auch in solchen Fällen, in denen die Arbeitgeberin durch Abkehr
von der der Beschäftigten früher mitgeteilten und in der Folgezeit praktizierten
Eingruppierung eine Vergütungssteigerung in der Zukunft zu verhindern sucht
(*vgl. zur Vermeidung eines Höhergruppierungsantrags nach § 29b TVÜ-VKA
BAG 27. April 2022 - 4 AZR 463/21 - Rn. 30 ff.; zur Überleitung in eine neue Ent-*

geltordnung BAG 20. März 2013 - 4 AZR 521/11 - Rn. 19; zum Bewährungsaufstieg BAG 16. Oktober 2002 - 4 AZR 447/01 - zu II 3 der Gründe; 26. April 2000 - 4 AZR 157/99 - zu I 3 a bb (2) der Gründe, BAGE 94, 287). Die Übertragung der Grundsätze der korrigierenden Rückgruppierung ist aber nur dann berechtigt, wenn sich aus der durch die Arbeitgeberin zunächst angenommenen Entgeltgruppe oder dem mitgeteilten Tätigkeitsmerkmal zwingend die tarifliche Voraussetzung auch der begehrten Entgeltgruppe ergibt (BAG 26. November 2003 - 4 AZR 695/02 - zu II 4 a der Gründe; 17. Mai 2000 - 4 AZR 232/99 - zu 2 c bb der Gründe).

(2) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist eine solche Fallgestaltung vorliegend nicht gegeben. 31

(a) Aus der durch die Beklagte mitgeteilten Entgeltgruppe 10 TVöD/VKA ergibt sich nicht zwingend die Erfüllung des durch die Klägerin in Anspruch genommenen Tätigkeitsmerkmals der Entgeltgruppe 11 TVöD/VKA. Die Beklagte ist vom Vorliegen mehrerer Arbeitsvorgänge ausgegangen, die nur zum Teil die tarifliche Anforderung der „besonderen Schwierigkeit und Bedeutung“ erfüllten. Der zeitliche Anteil dieser Arbeitsvorgänge an der Gesamttätigkeit betrug ihrer Würdigung nach mehr als ein Drittel, aber weniger als die Hälfte. Eine Eingruppierung in Entgeltgruppe 11 TVöD/VKA würde jedoch erfordern, dass zeitlich mindestens zur Hälfte Arbeitsvorgänge anfallen, die diese Anforderung erfüllen. Das wäre vorliegend aber nur dann der Fall, wenn entweder - wovon die Klägerin ausgeht - die Bestimmung der Arbeitsvorgänge durch die Beklagte fehlerhaft erfolgt ist oder mindestens ein weiterer Arbeitsvorgang das Tarifmerkmal der „besonderen Schwierigkeit und Bedeutung“ erfüllt und die Bewertung der Beklagten insoweit fehlerhaft gewesen wäre. Wäre hingegen die Beurteilung der Beklagten korrekt, lägen nicht im erforderlichen zeitlichen Umfang Arbeitsvorgänge vor, bei denen Tätigkeiten von „besonderer Schwierigkeit und Bedeutung“ anfallen. 32

(b) Die Klägerin konnte nicht darauf vertrauen, nach einer Korrektur der Bestimmung der Arbeitsvorgänge und Vorliegen eines einheitlichen Arbeitsvorgangs erfülle dieser zwingend insgesamt die Anforderung der „besonderen 33

Schwierigkeit und Bedeutung“. Ändert sich aufgrund neuer Bewertung der zeitliche Umfang des Arbeitsvorgangs, ist eine eigenständige Prüfung erforderlich, ob eine Tätigkeit, die ein Heraushebungsmerkmal erfüllt, im erforderlichen Umfang innerhalb des Arbeitsvorgangs auszuüben ist. Dies ist nicht zwingend der Fall (*BAG 22. April 2009 - 4 AZR 166/08 - Rn. 34 ff.*). Die Klägerin hat damit nicht auf eine Mitteilung der Beklagten vertraut, sondern im Hinblick auf die Bestimmung der Arbeitsvorgänge und das Vorliegen der Heraushebungsmerkmale eigene rechtliche Schlussfolgerungen gezogen, die die Beklagte ihrer Auffassung nach ebenfalls hätte ziehen müssen.

(c) Ein Vertrauen in die Bewertung der Beklagten scheidet zudem aus, weil die Klägerin deren Bewertung jedenfalls teilweise - in Bezug auf die Bestimmung der Arbeitsvorgänge - für fehlerhaft hält. Damit zieht sie gerade in Zweifel, dass deren Bewertung mit der erforderlichen Sorgfalt und Kompetenz vorgenommen worden ist. 34

(d) Entgegen der Auffassung der Klägerin wird dadurch, dass die Beklagte nunmehr das Vorliegen von Tätigkeiten mit „besonderer Schwierigkeit und Bedeutung“ in rechtserheblichem Ausmaß bestreitet, nicht einem „Höhergruppirungsantrag“ die Grundlage entzogen. Bei dem „Antrag“ der Klägerin handelt es sich nicht um einen im TVöD/VKA oder TVÜ-VKA vorgesehenen. Vielmehr legt die Klägerin - unabhängig von einer Überleitung in eine neue Entgeltordnung - lediglich ihre Rechtsauffassung dar, nach der ihre Tätigkeit höher zu bewerten sei. 35

b) Die Klägerin ist der ihr obliegenden Darlegungslast nicht nachgekommen. Dabei kann zu ihren Gunsten unterstellt werden, dass sie eine Tätigkeit ausgeübt hat, die gründliche, umfassende Fachkenntnisse und selbstständige Leistungen erfordert sowie besonders verantwortungsvoll ist, also die tariflichen Anforderungen der Entgeltgruppe 9c TVöD/VKA erfüllte. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, sie habe nicht dargetan, die von ihr auszuübende Tätigkeit habe sich zudem durch ihre „Bedeutung“ aus dieser Entgeltgruppe herausgehoben, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Tätigkeit von „besonderer Schwierigkeit“ war. 36

- aa) Beruft sich die darlegungs- und beweisbelastete Beschäftigte - wie vorliegend - auf die Erfüllung eines Tätigkeitsmerkmals einer höheren Entgeltgruppe, welches auf dem einer niedrigeren Entgeltgruppe aufbaut und eine zusätzliche tarifliche Anforderung - „Heraushebungsmerkmal“ - vorsieht, erschließt sich deren genauer Inhalt erst durch eine Darstellung der Tätigkeit der Ausgangsentgeltgruppe und deren Anforderungen. In diesem Fall ist daher nicht ausreichend, wenn die Beschäftigte die ihr übertragenen Aufgaben im Einzelnen darstellt. Vielmehr ist darüber hinaus ein Vorbringen erforderlich, das erkennen lässt, wodurch sich eine bestimmte Tätigkeit von der in der Ausgangsentgeltgruppe bewerteten „Normaltätigkeit“ unterscheidet. Dieser Vortrag muss dem Gericht einen Vergleich zwischen der Tätigkeit der Ausgangsentgeltgruppe und der unter das höher bewertete Tarifmerkmal fallenden erlauben (*st. Rspr., vgl. BAG 22. Juni 2022 - 4 AZR 495/21 - Rn. 42; ausf. BAG 14. Oktober 2020 - 4 AZR 252/19 - Rn. 30 ff.*). 37
- bb) Für die tarifliche Anforderung der gesteigerten „Bedeutung“ genügt eine deutlich wahrnehmbare Heraushebung. Sie muss sich auf die Auswirkungen der Tätigkeit beziehen und kann sich aus Art oder Größe des Aufgabengebiets sowie aus der Tragweite für den innerdienstlichen Bereich und die Allgemeinheit ergeben (*BAG 22. Juni 2022 - 4 AZR 495/21 - Rn. 40 mwN zur insoweit inhaltsgleichen Vergütungsordnung des BAT*). 38
- cc) Das Urteil des Landesarbeitsgerichts unterliegt, soweit es sich um die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Bedeutung“ handelt, lediglich einer eingeschränkten Überprüfung. Es kann in der Revisionsinstanz nur dahingehend überprüft werden, ob es den Rechtsbegriff als solchen erkannt und ihn bei der Subsumtion beibehalten hat, ob es Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat sowie darauf, ob es in sich widerspruchsfrei ist (*BAG 22. Juni 2022 - 4 AZR 495/21 - Rn. 41; zum Prüfungsmaßstab BAG 27. Februar 2019 - 4 AZR 562/17 - Rn. 32 mwN*). 39
- dd) Danach ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe es nicht vermocht darzulegen, dass das Heraushebungsmerkmal der Bedeutung 40

auch nur in rechtlich erheblichem Ausmaß vorliege, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat seiner rechtlichen Bewertung durch Bezugnahme auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts die zutreffenden Grundsätze zugrunde gelegt. Es ist ferner unter Berücksichtigung der von der Klägerin vorgetragene Umstände und wiederum Bezugnahme auf die erstinstanzliche Entscheidung davon ausgegangen, weder aus der Führungsverantwortung der Klägerin noch den Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Haushaltsplanung und -aufstellung oder den Entscheidungen zum H-Kinder-Bauland-Bonus ergebe sich nach einem wertenden Vergleich die erforderliche Bedeutung der Tätigkeit. Das lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Mit ihrer Revision hat sich die Klägerin auch nicht mehr gegen diese Wertung gewendet.

III. Die Klägerin hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. 41

Treber

Neumann

Klug

Dirk Widuch

A. Loycke

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 29. März 2023
- 5 AZR 255/22 -
ECLI:DE:BAG:2023:290323.U.5AZR255.22.0

I. Arbeitsgericht Leipzig

Urteil vom 24. Juli 2020
- 12 Ca 3662/19 -

II. Sächsisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 1. November 2021
- 1 Sa 330/20 -

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzug - Leistungswille - Prozessbeschäftigung

Leitsatz:

Lehnt der Arbeitnehmer es ab, für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses bei seinem bisherigen Arbeitgeber weiterzuarbeiten, indiziert dies alleine nicht fehlenden Leistungswillen iSd. § 297 BGB. Die möglichen Rechtsfolgen der Ablehnung einer Prozessbeschäftigung richten sich ausschließlich nach § 11 Nr. 2 KSchG.

Hinweis des Senats:

Aufgabe von BAG 17. August 2011 - 5 AZR 251/10 - Rn. 16

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 255/22

1 Sa 330/20

Sächsisches

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

29. März 2023

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. März 2023 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie die ehrenamtliche Richterin Teichfuß und den ehrenamtlichen Richter Zimmer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 1. November 2021 - 1 Sa 330/20 - aufgehoben, soweit es zum Streitgegenstand Vergütung wegen Annahmeverzugs die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 24. Juli 2020 - 12 Ca 3662/19 - zurückgewiesen hat.
2. Das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 24. Juli 2020 - 12 Ca 3662/19 - wird in Ziff. 2 abgeändert, soweit es im Übrigen die Klage abgewiesen hat, und die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 20.234,86 Euro brutto abzüglich 7.891,65 Euro netto (erhaltenes Arbeitslosengeld) nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.663,71 Euro seit dem 4. Januar 2020 und aus jeweils 3.226,50 Euro seit dem 4. Februar 2020, dem 4. März 2020 und dem 4. April 2020 zu zahlen.
3. Die Beklagte hat die Kosten der Revision und die erstinstanzlichen Kosten zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 1/3 und die Beklagte 2/3.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs. 1

Der Kläger war seit dem 16. August 2018 bei der Beklagten, die einen Kleinbetrieb iSd. § 23 Abs. 1 KSchG betreibt, als „Chief Technology Officer“ beschäftigt und hat 5.250,00 Euro brutto monatlich verdient. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2019 sprach die Beklagte eine fristlose Änderungskündigung aus, mit der sie dem Kläger eine Tätigkeit als Softwareentwickler gegen eine auf 3.750,00 Euro brutto monatlich verminderte Vergütung anbot. Außerdem sollte die arbeitsvertragliche Verpflichtung der Beklagten, das Arbeitsverhältnis für die Dauer von zwei Jahren nicht ordentlich zu kündigen, aufgehoben werden. Weiter heißt es in dem Kündigungsschreiben: 2

„Im Falle der Ablehnung der außerordentlichen Kündigung durch Sie (also im Falle, dass Sie von einem unaufgelösten Arbeitsverhältnis ausgehen) oder im Falle der Annahme des folgenden Angebots erwarten wir Sie am 05.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt.“

Der Kläger erschien nicht zur Arbeit und lehnte das Änderungsangebot mit Schreiben seines späteren Prozessbevollmächtigten vom 5. Dezember 2019 ab. Mit einem an diesen gerichteten Schreiben vom 9. Dezember 2019 begründete der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten die Änderungskündigung und stützte sie auf rund 40 Seiten auf das Verhalten des Klägers. Dabei warf er dem Kläger ua. vor, geschäftsschädigend die im Unternehmen bestehende „Wohlfühlatmosphäre“ zu gefährden und potentiell zu zerstören, einen „Drang nach übermäßiger Aufmerksamkeit und Anerkennung“ zu haben, ein Verhalten, das „treuwidrig und damit verwerflich“ sei. Es fehle ihm an „Kompromissfindungsfähigkeit“ und er schrecke auch vor einer vorsätzlichen Schädigung der Beklagten nicht zurück. Seine Weiterbeschäftigung sei der Beklagten unzumutbar. Dass sie nur eine Änderungskündigung und nicht „die gebotene ... Beendigungskündigung“ ausgesprochen habe, rühre nicht daher, dass „das Arbeitsverhältnis nicht etwa genügend unerträglich für eine außerordentliche Beendigungskündigung sei“, sondern der Kläger stehe unter „dem dringenden Verdacht, ... den Gerichtsprozess zu provozieren, um so für die Zeit des Gerichtsprozesses (am liebsten pauschaliert als Abfindung oder bezahlte Freistellung) den Profit des monatelangen bezahlten Urlaubs zu erhalten“.

3

Weil der Kläger nicht weiterarbeitete, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 14. Dezember 2019 erneut, und zwar „außerordentlich zum 17.12.2019 um 12:00 Uhr MEZ“. Ferner wies sie darauf hin, „im Falle der Ablehnung dieser außerordentlichen Kündigung“ erwarte sie den Kläger „am 17.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ“ zum Arbeitsantritt. Dem leistete der Kläger wiederum nicht Folge. In dem von ihm anhängig gemachten Kündigungsschutzprozess wurde rechtskräftig festgestellt, dass beide Kündigungen das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst haben.

4

Nachdem die Beklagte für Dezember 2019 nur noch eine Vergütung von 765,14 Euro brutto zahlte und der Kläger erst zum 1. April 2020 in einem neuen Arbeitsverhältnis stand, hat er - klagerweiternd im Kündigungsschutzprozess - Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs erhoben, mit der er Zahlung des arbeitsvertraglich vereinbarten Gehalts abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes bis zum Antritt der neuen Beschäftigung verlangt hat. Er hat gemeint, die Beklagte habe sich im Streitzeitraum aufgrund ihrer unwirksamen Kündigungen im Annahmeverzug befunden. Eine Weiterarbeit bei der Beklagten sei ihm, sofern die Beklagte dies überhaupt ernsthaft angeboten habe, nicht zuzumuten gewesen. Die Beklagte habe ihm zur Begründung ihrer Kündigungen in umfangreichen Ausführungen zu Unrecht mannigfaches Fehlverhalten vorgeworfen und seine Person herabgewürdigt. Sie habe zudem ihrerseits geltend gemacht, eine Weiterbeschäftigung des Klägers sei ihr unzumutbar. 5

Der Kläger hat sinngemäß beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 20.234,86 Euro brutto abzüglich 7.891,65 Euro netto (erhaltenes Arbeitslosengeld) nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.663,71 Euro seit dem 4. Januar 2020 und aus jeweils 3.226,50 Euro seit dem 4. Februar 2020, dem 4. März 2020 und dem 4. April 2020 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, sie habe sich nicht im Annahmeverzug befunden, weil der Kläger nicht bei ihr weitergearbeitet habe. Der Kläger sei selbst von der Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ausgegangen, weil er im Kündigungsschutzprozess einen Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung gestellt habe. 7

Das Arbeitsgericht hat die Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und angenommen, der Kläger sei im Streitzeitraum nicht leistungswillig iSd. § 297 BGB gewesen. Mit der vom Senat nachträglich zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt. Sie hat in der Revisionsverhandlung ferner zu Protokoll erklärt, sie verfolge ihre - in der Berufungsinstanz widerklagend 8

erhobene und dort zuletzt hilfsweise beantragte - Auskunftsklage über im Streitzeitraum erzielten anderweitigen Verdienst, Anbahnungsversuche bei potentiellen Arbeitgebern und Stellenangeboten seitens des Jobcenters nicht weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das die Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs abweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht zurückgewiesen. Die zulässige Klage ist begründet. Der Kläger hat für den Streitzeitraum Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs, § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB, soweit dieser nicht wegen des Bezugs von Arbeitslosengeld nach § 115 Abs. 1 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen ist. Dass er nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigungen nicht bei der Beklagten weitergearbeitet hat, indiziert weder fehlenden Leistungswillen, § 297 BGB, noch führt es zur Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 2 KSchG. 9

I. Die Klage ist insgesamt zulässig. 10

Soweit der Kläger Annahmeverzugsvergütung für den Monat März 2020 erstmals mit der Berufungsbegründung anhängig machte, hat das Landesarbeitsgericht die Voraussetzungen für eine Klageerweiterung in der Berufungsinstanz ausdrücklich bejaht und über sie entschieden. Deshalb ist in der Revisionsinstanz in entsprechender Anwendung von § 268 ZPO nicht mehr zu überprüfen, ob eine Klageänderung vorliegt und ob diese die Voraussetzungen des § 533 ZPO erfüllt (*st. Rspr., vgl. BAG 3. Mai 2022 - 3 AZR 472/21 - Rn. 29; 12. Oktober 2022 - 5 AZR 135/22 - Rn. 13*). 11

II. Die Klage ist begründet. 12

1. Nach ständiger Rechtsprechung gerät der unwirksam kündigende Arbeitgeber gemäß §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug, ohne dass es eines - auch nur 13

wörtlichen - Arbeitsangebots des Arbeitnehmers bedarf (vgl. nur BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 11; 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 15; 13. Juli 2022 - 5 AZR 498/21 - Rn. 23, jeweils mwN). Denn in der Kündigung des Arbeitgebers liegt zugleich die Erklärung, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. bei der fristlosen Kündigung nach deren Zugang nicht mehr anzunehmen (BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 32, BAGE 161, 198).

2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, im Streitfall scheitere Annahmeverzug jedoch am fehlenden Leistungswillen des Klägers, ist rechtsfehlerhaft. 14

a) Zwar trifft es grundsätzlich zu, dass der Arbeitgeber unbeschadet der sonstigen Voraussetzungen nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug gerät, wenn der Arbeitnehmer außer Stande ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken. Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Arbeitnehmers sind vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen (st. Rspr., vgl. nur BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 18 mwN). Denn der leistungsunwillige Arbeitnehmer setzt sich selbst außer Stande, die Arbeitsleistung zu bewirken. Weil er bei der Berufung auf die Leistungsunfähigkeit oder die Leistungsunwilligkeit eine Einwendung erhebt, trägt der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer im Streitzeitraum zur Leistung objektiv außer Stande oder subjektiv nicht bereit war. Dazu reicht es zunächst aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen auf die Leistungsunfähigkeit oder Leistungsunwilligkeit des Arbeitnehmers geschlossen werden kann (sh. zum Ganzen BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 543/20 - Rn. 11 f.; 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 15 ff.; 13. Juli 2022 - 5 AZR 498/21 - Rn. 28 f., jeweils mwN). 15

b) Doch hat das Landesarbeitsgericht verkannt, dass nach bisheriger Rechtsprechung des Senats fehlender Leistungswille iSd. § 297 BGB nicht stets dann indiziert ist, wenn der Arbeitnehmer sich weigert, bei dem kündigenden Arbeitgeber nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. dem Zugang einer fristlosen 16

Kündigung weiterzuarbeiten. Vielmehr sei ein entsprechender Rückschluss nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer ein Angebot des Arbeitgebers ablehne, das trotz Aufrechterhaltung der Kündigung auf eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen gerichtet und dessen Annahme auch sonst zumutbar ist (*BAG 17. August 2011 - 5 AZR 251/10 - Rn. 16; zust. etwa ErfK/Preis 23. Aufl. BGB § 615 Rn. 47; HWK/Krause 10. Aufl. § 615 BGB Rn. 47; MüKoBGB/Henssler 9. Aufl. BGB § 615 Rn. 48; Staudinger/Fischinger [2022] § 615 Rn. 92; BeckOK ArbR/Joussen Stand 1. Dezember 2022 BGB § 615 Rn. 34 f.; krit. zB KR/Spilger 13. Aufl. § 11 KSchG Rn. 29; BeckOGK/Bieder Stand 1. Juli 2022 BGB § 615 Rn. 59.3; Boemke JuS 2006, 287, 288*). Ob es dem Kläger zumutbar war, im Streitzeitraum bei der Beklagten trotz deren Festhalten an den außerordentlichen Kündigungen weiterzuarbeiten, hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft nicht geprüft.

3. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil der maßgebliche Sachverhalt festgestellt und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Nach den zuletzt gestellten Anträgen ist die Klage begründet, § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB. 17

a) Mit ihrer in beide Kündigungsschreiben aufgenommenen Aufforderung, „im Falle der Ablehnung der außerordentlichen Kündigung“ erwarte sie den Kläger zu bestimmten Zeitpunkten „zum Arbeitsantritt“, hat die Beklagte dem Kläger kein ernstgemeintes Angebot zu einer Prozessbeschäftigung unterbreitet. Bei dieser Erklärung der Beklagten handelt es sich zwar um eine Individualerklärung, deren Auslegung grundsätzlich Aufgabe des Berufungsgerichts ist. Die unterlassene Auslegung der Erklärung kann der Senat jedoch selbst vornehmen, weil die maßgeblichen Tatsachen festgestellt sind und weiterer Vortrag - wie die mündliche Verhandlung vor dem Senat ergeben hat - nicht zu erwarten ist (*BAG 22. Juni 2022 - 4 AZR 440/21 - Rn. 59*). Danach spricht wegen des widersprüchlichen Verhaltens der Beklagten eine tatsächliche Vermutung für die fehlende Ernst- 18

haftigkeit ihres Angebots einer Prozessbeschäftigung. Diese hat die Beklagte durch die Begründung ihrer Kündigungen bestätigt.

aa) Wie der Leistungswille des Arbeitnehmers ist der Beschäftigungswille des Arbeitgebers eine innere Tatsache. Ebenso wie für den Leistungswillen ein bloßes „Lippenbekenntnis“ des Arbeitnehmers regelmäßig nicht ausreicht (*BAG 13. Juli 2022 - 5 AZR 498/21 - Rn. 28 mwN*), kann der Arbeitgeber Annahmeverzug nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung nicht dadurch vermeiden, dass er dem Arbeitnehmer formaliter eine Prozessbeschäftigung andient, ohne dass sein wirklicher Wille (§ 133 BGB) tatsächlich auf eine solche Beschäftigung trotz Festhaltens an der erklärten Kündigung gerichtet ist (*vgl. zum Erfordernis eines dort so genannten „echten“ Angebots schon BAG 21. Mai 1981 - 2 AZR 95/79 - zu B II 1 c der Gründe, BAGE 35, 324*). Der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund nach § 626 Abs. 1 BGB verhaltensbedingt fristlos kündigt, weil ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht länger zumutbar erscheint, kann in der Regel - ohne von einem arbeitsgerichtlichen Urteil dazu gezwungen zu sein - nicht ernsthaft den weiteren Vollzug des Arbeitsverhältnisses wollen mit dem Risiko, damit - wie im Streitfall im Kündigungsschutzprozess geschehen - die behauptete Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung selbst zu widerlegen.

bb) Davon ausgehend hat die Beklagte dem Kläger nach dem Ausspruch ihrer unwirksamen verhaltensbedingten fristlosen Kündigungen nicht ernsthaft eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen angeboten. Es ist weder ersichtlich noch dargetan, wie sich angesichts der von ihr gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe und der von ihr reklamierten Unzumutbarkeit von dessen Weiterbeschäftigung eine - auch nur vorübergehend für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses - den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit gestalten sollte.

(1) Die Beklagte hat zur Begründung ihrer außerordentlichen Änderungskündigung vorprozessual im Schreiben vom 9. Dezember 2019 - neben den im Tatbestand exemplarisch aufgeführten Äußerungen (*Rn. 3*) - dem Kläger um-

fangreich mannigfaches Fehlverhalten vorgeworfen, das ihr eine Weiterbeschäftigung unzumutbar mache. Sie hat dabei den Kläger - ua. - als Hochstapler beschrieben, der ein Arbeitsergebnis anstrebe, das kurzfristig beeindrucke, aber unvollständig und nicht durchdacht sei. Ferner hat die Beklagte beim Kläger einen „Drang nach übermäßiger Aufmerksamkeit und Anerkennung“ vermutet und ihm unterstellt, er versuche, „eine Illusion einer höheren Kompetenz aufrecht zu erhalten“ als sie tatsächlich vorliege. Der Kläger rede viel, ohne zu einem Ergebnis zu kommen, aus seinem Verhalten ergebe sich seine „mangelnde Kompromissfindungsfähigkeit“. Er habe gezeigt, dass er vor vorsätzlicher Schädigung der Beklagten nicht zurückschrecke und verantwortungslos sei. So habe er für seine Elternzeit keine Vertretungsregelung getroffen und seine Rückkehr nach der Elternzeit nicht vorausschauend geplant.

(2) Im Kündigungsschutzprozess, den sie erstinstanzlich ohne anwaltliche Hilfe führte, hat die Beklagte daran festgehalten und umfangreich zu schildern versucht, aus welchen Gründen ihr eine Weiterbeschäftigung des Klägers unzumutbar sei. Ihr „Angebot“ einer Prozessbeschäftigung diene offenbar allein ihrem mehrfach bekundeten Bestreben, die Zahlung von Annahmeverzugsvergütung zu vermeiden. Diese „Taktik“ bestätigt die Beklagte letztlich auch in ihrem Schriftsatz vom 29. März 2020 (*dort S. 41 unter Rn. 391*), wenn sie ausführt, sie habe sich „durch die Existenz des Missbrauchspotentials von § 615 BGB“ zu diesem Angebot gezwungen gesehen, um „mit der erwartbaren Reaktion des Klägers das finanzielle Risiko des Kündigungsschutzprozesses zu mindern“, was aber nicht bedeute, dass ihr eine Weiterbeschäftigung des Klägers zumutbar gewesen wäre. 22

b) Selbst wenn die Beklagte dem Kläger im Zusammenhang mit ihren unwirksamen Kündigungen ein ernstgemeintes Angebot für eine Prozessbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen gemacht hätte, indizierte deren Ablehnung nicht Leistungsunwilligkeit des Klägers iSd. § 297 BGB. 23

aa) Der nach § 297 BGB für den Annahmeverzug des Arbeitgebers erforderliche Leistungswille des Arbeitnehmers bezieht sich auf die von ihm iSv. § 294 24

BGB zu bewirkende Arbeitsleistung (*st. Rspr., vgl. nur BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 16 mwN*) und damit auf die Arbeitsleistung im ungekündigten Arbeitsverhältnis. Der unwirksam kündigende Arbeitgeber will aber, solange er an der Kündigung festhält, bei einer Prozessbeschäftigung die Arbeitsleistung nicht als die arbeitsvertraglich geschuldete entgegennehmen, sondern lediglich das finanzielle Risiko eines Unterliegens im Kündigungsschutzprozess mindern, indem er - wenn schon im Annahmeverzug - zumindest eine „Gegenleistung“ des Arbeitnehmers einfordert. Zur Beendigung des Annahmeverzugs muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Arbeit auffordern und dies mit der Erklärung verbinden, dass er die Arbeitsleistung als Erfüllung des fortbestehenden Arbeitsvertrags annimmt. Deshalb endet der Annahmeverzug nicht, wenn der Arbeitgeber bei seiner Arbeitsaufforderung die Kündigung aufrechterhält (*so schon zB BAG 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - Rn. 16*), er muss vielmehr gegenüber dem Arbeitnehmer unmissverständlich klarstellen, zu Unrecht gekündigt zu haben (*vgl. BAG 14. Dezember 2017 - 2 AZR 86/17 - Rn. 32, BAGE 161, 198; 19. September 2012 - 5 AZR 627/11 - Rn. 30, BAGE 143, 119*) und bereit sein, die Arbeitsleistung als Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrags entgegenzunehmen (*BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 13*).

bb) Daher lässt allein die Ablehnung einer Prozessbeschäftigung keinen Rückschluss darauf zu, ob der Arbeitnehmer bereit ist, die arbeitsvertraglich zu bewirkende Leistung zu erbringen, wenn der Arbeitgeber seinerseits nicht bereit ist, von seiner unwirksamen Kündigung Abstand zu nehmen und die Arbeitsleistung als Erfüllung aufgrund des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses anzunehmen (*BeckOGK/Bieder Stand 1. Juli 2022 BGB § 615 Rn. 59.3; krit. auch KR/Spilger 13. Aufl. § 11 KSchG Rn. 29; Boemke JuS 2006, 287, 288*). Um einen fehlenden Leistungswillen zu indizieren, müssen in einem solchen Fall weitere Umstände hinzukommen, etwa der, dass der Arbeitnehmer schon vor Ausspruch der unwirksamen Arbeitgeberkündigung leistungsunwillig war. Unabhängig davon, zu welchen Bedingungen der an seiner unwirksamen Kündigung festhaltende Arbeitgeber eine Prozessbeschäftigung (*zu den rechtlichen Gestaltungsformen einer Prozessbeschäftigung sh. BAG 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 17*) anbietet, indiziert die bloße Ablehnung eines solchen Angebots

25

nicht einen fehlenden Leistungswillen des Arbeitnehmers. Die möglichen Folgen einer solchen Ablehnung regelt vielmehr als *lex specialis* § 11 Nr. 2 KSchG, der abschließend die Voraussetzungen bestimmt, unter denen sich der Arbeitnehmer bei Obsiegen im Kündigungsschutzprozess auf die Annahmeverzugsvergütung anrechnen lassen muss, was er beim bisherigen oder einem neuen Arbeitgeber hätte verdienen können, aber böswillig unterlassen hat. Soweit der Senat in der Entscheidung vom 17. August 2011 (- 5 AZR 251/10 - Rn. 16) Gegenteiliges angenommen hat, wird daran nicht festgehalten.

c) Die Weigerung des Klägers, während des Kündigungsschutzprozesses bei der Beklagten weiterzuarbeiten, führt nicht zur Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG. Das kann der Senat trotz des dem Tatsachengericht bei der Beurteilung von „Zumutbarkeit“ und „Böswilligkeit“ zustehenden Beurteilungsspielraums (*dazu BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 18*) aufgrund der festgestellten bzw. unstreitigen Tatsachen selbst entscheiden (*vgl. BAG 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 20*). Weiterer, bisher nicht gehaltener Sachvortrag der Parteien ist nicht zu erwarten. 26

aa) 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 bewusst verhindert. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, sie kann etwa ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen (*st. Rspr., zuletzt BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 14 mwN*). 27

bb) Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses zu den bisherigen Bedingungen an, hängt die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer in erster Linie von der Art der Kündigung und ihrer Begründung sowie dem Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess ab. Handelt es sich um eine personen- oder betriebsbedingte Kündigung, ist dem Arbeitnehmer die vorläufige Weiterbeschäftigung in der Regel zumutbar. Wird eine Kündigung auf verhaltensbedingte Gründe gestützt, spricht dieser Umstand eher für die Unzumutbarkeit der vorläufigen Weiterarbeit für den Arbeitnehmer im Betrieb. Auch Art und Schwere der gegen den Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe können für ihn bereits die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit begründen (*vgl. BAG 7. November 2002 - 2 AZR 650/00 - zu B I 2 b bb der Gründe*). 28

cc) Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen war es dem Kläger nicht zuzumuten, trotz der beiden außerordentlichen Kündigungen während des Kündigungsschutzprozesses bei der Beklagten weiterzuarbeiten. 29

(1) Die Beklagte hat ihre fristlose Änderungskündigung im über 40 Seiten umfassenden Schreiben vom 9. Dezember 2019 auf - aus ihrer Sicht - mannigfaches Fehlverhalten des Klägers gestützt und daran auch später im Kündigungsschutzprozess mit umfangreichen schriftlichen Ausführungen des Geschäftsführers ihrer Komplementärin festgehalten. Dabei ist sie auch vor zahlreichen die Person des Klägers in unsachlicher Weise herabwürdigenden Formulierungen nicht zurückgeschreckt. Sie hat vorprozessual und im Kündigungsschutzprozess stets geltend gemacht, der Beklagten sei eine Weiterbeschäftigung des Klägers unzumutbar und das Vertrauensverhältnis „irreparabel zerstört“. Wie sich angesichts dessen eine - auch nur vorübergehende - den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit auf sachlicher Grundlage in dem Kleinbetrieb der Beklagten gestalten soll, hat die Beklagte nicht ansatzweise erläutert. Die in § 242 BGB gründende Obliegenheit des Arbeitnehmers, während des Kündigungsschutzprozesses unter Umständen auch beim kündigenden Arbeitgeber zu dessen finanzieller Entlastung arbeiten zu müssen, findet dort eine Grenze, wo der Arbeitgeber selbst in einer mit § 242 BGB nicht zu verein- 30

barenden Art und Weise sich widersprüchlich verhält, indem er im Bestreben, ein finanzielles Risiko zu vermeiden, Arbeitsleistung einfordert, obwohl er gleichzeitig schwere Vorwürfe gegen den gekündigten Arbeitnehmer erhebt und dessen Weiterbeschäftigung für unzumutbar hält.

(2) Entgegen der Auffassung der Beklagten, war dem Kläger eine Weiterbeschäftigung nicht schon deshalb zumutbar, weil er im Kündigungsschutzprozess zunächst einen - nicht näher begründeten und im Kammertermin beim Arbeitsgericht wieder zurückgenommenen - allgemeinen Weiterbeschäftigungsantrag gestellt hat (*zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch sh. grundlegend BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - BAGE 48, 122*). Dieser Antrag war auf die Prozessbeschäftigung nach - zumindest erstinstanzlich - festgestellter Unwirksamkeit der Kündigungen gerichtet. Nur wenn der Kläger zu diesem Zeitpunkt die Weiterbeschäftigung abgelehnt hätte, hätte er sich seinerseits widersprüchlich verhalten. Hier ging es indes um die Weiterbeschäftigung in der Zeit bis zur erstinstanzlichen Entscheidung. Es macht einen Unterschied, ob der Arbeitnehmer trotz der gegen ihn im Rahmen einer verhaltensbedingten Kündigung erhobenen (gravierenden) Vorwürfe - noch dazu in einem Kleinbetrieb wie der Beklagten - weiterarbeiten soll oder er nach erstinstanzlichem Obsiegen im Kündigungsschutzprozess gleichsam „rehabilitiert“ in den Betrieb zurückkehren kann.

dd) Der Kläger ist im Streitzeitraum auch nicht böswillig anderweitig untätig iSd. § 11 Nr. 2 KSchG geblieben. Er hat sich gemäß seiner in § 38 Abs. 1 SGB III geregelten sozialrechtlichen Pflicht arbeitslos gemeldet (*zur Bedeutung dieser Pflicht im Rahmen des § 11 Nr. 2 KSchG sh. BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 22 mwN*). Dies hat der Kläger durch die Vorlage des Bescheids über die Gewährung von Arbeitslosengeld belegt und die Beklagte in den Tatsacheninstanzen auch nicht bestritten. Darüber hinaus hat er in Reaktion auf die Widerklage der Beklagten in der Berufungsinstanz Auskunft über die von ihm - neben der Meldung als arbeitsuchend - eingeschalteten Headhunter und die geführten Vorstellungsgespräche erteilt.

d) Der Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung ist nicht teilweise nach der arbeitsvertraglichen Ausschlussfristenregelung verfallen. 33

Die Klausel nimmt den gesetzlichen Mindestlohn nicht aus, obwohl dessen Geltendmachung nach § 3 Satz 1 MiLoG nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Damit verstößt sie gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist insgesamt unwirksam (*BAG 18. September 2018 - 9 AZR 162/18 - Rn. 35 ff., BAGE 163, 282; seither gefestigte Rspr., sh. etwa BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 474/21 - Rn. 14*). Zudem hat der Kläger die erste Stufe der Ausschlussfrist mit der Kündigungsschutzklage für den gesamten Anspruchszeitraum gewahrt (*vgl. BAG 18. September 2019 - 5 AZR 240/18 - Rn. 41 mwN, BAGE 168, 25*). Die Frist zur gerichtlichen Geltendmachung - zweite Stufe - begann nach der Klausel erst „nach rechtskräftiger Beendigung des Kündigungsschutzverfahrens“ zu laufen und wurde nicht versäumt. 34

III. Die Kosten der Revision und diejenigen des erstinstanzlichen Verfahrens hat die Beklagte nach § 91 Abs. 1 ZPO zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind wegen des dort zusätzlich anhängig gewesenen Auflösungsantrags des Klägers quotal zu teilen, § 92 Abs. 1 ZPO. 35

Linck

Bubach

Biebl

Teichfuß

Zimmer