



## Landesarbeitsgericht Bremen

2 Sa 2/22

8 Ca 8122/21

**Im Namen des Volkes!**

### **Urteil**

In dem Rechtsstreit

– Kläger und Berufungskläger –

**g e g e n**

– Beklagte und Berufungsbeklagte –

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Bremen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. März 2023 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht M. sowie die ehrenamtliche Richterin B. und den ehrenamtlichen Richter W. für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 18. November 2021 - 8 Ca 8122/21 - teilweise abgeändert.
2. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat April 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.746,63 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2020 an den Kläger zu zahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Mai 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2020 an den Kläger zu zahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juni 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2020 an den Kläger zu zahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juli 2020 7.999,24 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2020 an den Kläger zu zahlen.
6. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat August 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2020 an den Kläger zu zahlen.
7. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat September 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2020 an den Kläger zu zahlen.
8. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Oktober 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2020 an den Kläger zu zahlen.
9. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat November 2020 7.999,24 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2020 an den Kläger zu zahlen.
10. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Dezember 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2021 an den Kläger zu zahlen.
11. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Januar 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2021 an den Kläger zu zahlen.
12. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Februar 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2021 an den Kläger zu zahlen.
13. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat März 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto

nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2021 an den Kläger zu zahlen.

14. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat April 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2021 an den Kläger zu zahlen.
15. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Mai 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2021 an den Kläger zu zahlen.
16. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juni 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2021 an den Kläger zu zahlen.
17. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juli 2021 7.999,24 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 198,91 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2021 an den Kläger zu zahlen.
18. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat August 2021 3.152,77 EUR brutto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2021 an den Kläger zu zahlen.
19. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
20. Die Kosten des Verfahrens tragen die Beklagte zu 90 % und der Kläger zu 10 %.
21. Die Revision wird zugelassen.

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten

### Revision

eingelegt werden.

Die Revision muss innerhalb **einer Notfrist von einem Monat** schriftlich beim Bundesarbeitsgericht eingelegt werden. Sie ist gleichzeitig oder innerhalb **einer Frist von zwei Monaten** schriftlich zu begründen.

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

Vor dem Bundesarbeitsgericht müssen sich die Parteien durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind außer Rechtsanwälten auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgeberverbänden sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder als Bevollmächtigte vertretungsbefugt. Als Bevollmächtigte zugelassen sind auch juristische Personen, die die Voraussetzungen gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 Ziff. 5 ArbGG erfüllen. Die handelnden Personen müssen die Befähigung zum Richteramt haben.

Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

Bundesarbeitsgericht,  
99113 Erfurt

Per Telefax ist das Bundesarbeitsgericht unter der

Telefax-Nr. (0361) 26 36 - 20 00

zu erreichen.

Wegen der Revisionseinlegung mit elektronischem Dokument wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 9. März 2006 (Bundesgesetzblatt I 2006, Nr. 12, Seite 519 ff.) verwiesen.

Für den Kläger ist gegen die Entscheidung kein Rechtsmittel gegeben.

### Hinweis der Geschäftsstelle

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze, die in Papierform eingereicht werden, in siebenfacher Ausfertigung - für jeden weiteren Beteiligten eine Ausfertigung mehr - bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen.

## TATBESTAND:

Die Parteien streiten über Ansprüche des Klägers auf Zahlung von Annahmeverzugslohn.

Der Kläger ist seit dem Jahr 2017 als Abteilungsleiter Containerdienst/Entsorgung bei der Beklagten tätig. Die Bruttomonatsvergütung beträgt EUR 5.749,16.

Mit Schreiben vom 23. März 2020 erklärte die Beklagte dem Kläger die fristlose und außerordentliche Änderungskündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. März 2020, hilfsweise fristgemäß zum 30. Juni 2020. In dem Kündigungsschreiben heißt es:

[...]

hiermit kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis außerordentlich zum 31.03.2020.

Gleichzeitig bieten wir Ihnen an, das Arbeitsverhältnis ab dem 01.04.2020 mit folgenden geänderten Bedingungen fortzusetzen:

Sie werden als kaufmännischer Mitarbeiter in der Entsorgung tätig und dort insbesondere bei der Auftragsannahme, dem Fertigen von Ausgangsrechnungen, dem Prüfen von Ausgangsrechnungen eingesetzt. Das Bruttomonatsgehalt beträgt 2.800,00 €. Die Dienstwagenberechtigung entfällt.

Im Übrigen sollen die Bedingungen des bisherigen Arbeitsverhältnisses unverändert weitergelten.

Bitte teilen Sie uns unverzüglich, spätestens bis zum 30.03.2020, mit, ob Sie mit der Änderung der Arbeitsvertragsbedingungen ab dem 01.04.2020 einverstanden sind. Wenn Sie sich unverzüglich weder äußern noch die angebotene Änderung annehmen, endet das Arbeitsverhältnis durch die eingangs dieses Schreibens ausgesprochene Kündigungserklärung mit Ablauf des 31.03.2020.

Für den Fall, dass die obige Kündigungserklärung unwirksam sein sollte, kündigen wir das Arbeitsverhältnis hilfsweise fristgemäß zum nächsten zulässigen Zeitpunkt, das ist nach unserer Berechnung der 30.06.2020.

Für den Fall, dass es auf die hilfsweise Kündigungserklärung ankommen sollte, gilt das Angebot zur Fortsetzung unter den geänderten Arbeitsbedingungen ab dem Tag, der auf den Ablauf der Kündigungsfrist folgt, das ist nach unserer Berechnung der 01.07.2020. Insoweit bitten wir hilfsweise um Mitteilung binnen einer Frist von drei Wochen, ob Sie das Angebot der Fortführung des Arbeitsverhältnisses ab jenem Tag annehmen wollen. Nach ereignislosem Ablauf dieser Frist erlischt das hilfsweise Angebot. Für diesen Fall werden wir Sie gleichwohl ab dem 01.04.2020 als kaufmännischer Sachbearbeiter in der Entsorgung einsetzen.

[...]

Mit Urteil vom 29. Oktober 2020 - 8 Ca 8080/20 - hat das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben und die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers als Abteilungsleiter Containerdienst/Entsorgung sowie

zur Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte verurteilt. Berufung (2 Sa 6/21) und Nichtzulassungsbeschwerde (2 AZN 544/21) der Beklagten blieben erfolglos.

Vor seiner Tätigkeit bei der Beklagten war der Kläger seit dem 01. Mai 2012 bei der Firma H. B. R. und R. G. beschäftigt. Streitig war, ob dieses Arbeitsverhältnis im Wege eines Betriebsübergangs auf die Beklagte übergegangen ist oder zwei Arbeitsverhältnisse begründet worden sind. Auch die H. B. R. und R. G. sprach dem Kläger mit Schreiben vom 23. März 2020 eine fristlose, hilfsweise fristgerechte Änderungskündigung aus. In einem hiergegen eingeleiteten Kündigungsschutzverfahren ließ der Kläger durch seinen Prozessbevollmächtigten erklären, dass er „rein vorsorglich“ dem Betriebsübergang widerspreche. Mit Urteil vom 18. März 2021 hat das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven - 8 Ca 8081/20 - die Kündigungsschutzklage abgewiesen, da zwischen dem Kläger und der H. B. R. und R. G. kein Arbeitsverhältnis bestehe; das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der H. B. R. und R. G. sei im Wege des Betriebsübergangs auf die Beklagte übergegangen. Die Berufung des Klägers wurde mit Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 04. November 2021 - 2 Sa 103/21 - als unzulässig verworfen.

Ab dem 01. April 2020 erbrachte die Beklagte an den Kläger keine Zahlungen mehr. Seit April 2020 bezog der Kläger Arbeitslosengeld (Bescheid vom 22. April 2020, Bl 130 d. A. des Arbeitsgerichts und Änderungsbescheid vom 28. November 2020, Bl. 134 ff. d.A. des Arbeitsgerichts).

Mit Schreiben vom 30. November 2020 teilte die Beklagte dem Prozessbevollmächtigten des Klägers folgendes mitgeteilt:

Zur Abwendung der Zwangsvollstreckung wird unsere Mandantin daher ihre im Urteil tenorierte Verpflichtung zur Beschäftigung Ihres Mandanten nachkommen. Derzeit dürften allerdings die Vollstreckungsvoraussetzungen noch nicht vorliegen. Sobald sich dies ändert mag Ihr Mandant seinen Mitwirkungspflichten genügen und seine Arbeitskraft in natura anbieten. [...]

In einem Schreiben der Beklagten an den Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 18. Mai 2021 heißt es u.a. wie folgt:

[...]

Sie hatten für Ihren Mandanten ferner bereits mit Ihrem Schreiben vom 25.11.2020 ausdrücklich betont, betone, dass Ihr Mandant seine Arbeitskraft nur als „Abteilungseiter Containerdienst/Entsorgung“ anbiete. Für Ihr eingangs erwähntes Schreiben gilt entsprechendes.

Hierzu ist jedoch anzumerken, dass Ihr Mandant bereits in dem Kündigungsschreiben für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung und den Fall, dass er das

Änderungsangebot nicht annehme, versetzt wurde. Dort hieß es: „Für diesen Fall werden wir Sie gleichwohl ab dem 01.04.2020 als kaufmännischer Sachbearbeiter in der Entsorgung einsetzen.“

Gegen diese Versetzung hat sich Ihr Mandant nicht gewandt. Hinzu kommt, dass Ihr Mandant einwendet, das Arbeitsverhältnis zu unserer Mandantin bestehe unabhängig von einem etwaigen - von Ihrem Mandanten ja bestrittenen - Betriebsübergang. insoweit wird die Urteilsbegründung des LAG abzuwarten sein. Auf der Grundlage der Argumentation Ihres Mandanten ist indes nicht ersichtlich, aus welchem Grunde sich der Beschäftigungsanspruch Ihres Mandanten auf eine Beschäftigung als „Abteilungsleiter Containerdienst/Entsorgung“ konkretisiert haben sollte. Eine andere Tätigkeit hat Ihr Mandant bisher weder wörtlich noch tatsächlich angeboten.

[...]

Abschließend fordern wir Ihren Mandanten erneut auf, seine Mitwirkungspflicht nachzukommen und seine Arbeitskraft in natura anzubieten

[...]

Mit Schreiben vom 17. August 2021 (Bl. 113 d. A. des Arbeitsgerichts) hat die Beklagte den Kläger zur Arbeitsaufnahme aufgefordert. In dem Schreiben heißt es auszugsweise:

[...]

fordern wir namens und in Vollmacht der Beklagten den Kläger abermals auf, seine Arbeitsleistung in natura anzubieten, als im Betrieb der Beklagten unverzüglich zum betriebsüblichen Schichtbeginn mit den werktags um 7:00 Uhr im Betrieb der Beklagten zur Arbeit zu erscheinen und sich zur Entgegennahme von Weisungen der Beklagten bereitzuhalten und im Falle des Ausbleibens anderweitige Weisungen die Tätigkeit als Abteilungsleiter Containerdienst/Entsorgung eigenverantwortlich aufzunehmen und auszuüben.

[...]

Mit Schriftsatz vom 17. September 2021 hat die Beklagte den Kläger zur Erteilung von Auskunft aufgefordert, welche Arbeitsplatzangebote unter Angabe der Tätigkeit, der Arbeitszeit und des Arbeitsortes, sowie der Vergütung ihm durch die Bundesagentur für Arbeit seit dem 01. April 2020 unterbreitet wurden.

Mit der beim Arbeitsgericht Bremen Bremerhaven am 24. Juni 2020 eingegangenen Klagschrift nebst Klageerweiterung vom 11. August 2020 in der Neufassung der Klageanträge vom 30. August 2021 und vom 8. Oktober 2021 macht der Kläger Annahmeverzugslohnansprüche für den Zeitraum April 2020 bis einschließlich September 2021 geltend.

Der Kläger hat vorgetragen, dass die Aufforderung der Beklagten an ihn, seinen Mitwirkungspflichten nachzukommen und seine Arbeitskraft in Natura anzubieten, nicht ausreiche, um von einem konkreten Arbeitsangebot ausgehen zu können. Der Kläger habe

durch Erhebung der Kündigungsschutzklage zum Ausdruck gebracht, dass er bei der Beklagten zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterarbeiten wolle.

Der Kläger hat beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat April 2020 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.746,63 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2020 an den Kläger zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Mai 2020 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2020 an den Kläger zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juni 2020 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2020 an den Kläger zu zahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Mai Juli 2020 7.999,24 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2020 an den Kläger zu zahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat August 2020 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2020 an den Kläger zu zahlen.
6. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Mai September 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2020 an den Kläger zu zahlen.
7. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Oktober 2020 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2020 an den Kläger zu zahlen.
8. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat November 2020 7.999,24 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von

1.940,70 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2020 an den Kläger zu zahlen.

9. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Dezember 2020 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2021 an den Kläger zu zahlen.
10. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Januar 2021 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2021 an den Kläger zu zahlen.
11. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Februar 2021 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2021 an den Kläger zu zahlen.
12. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat März 2021 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2021 an den Kläger zu zahlen.
13. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat April 2021 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2021 an den Kläger zu zahlen.
14. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Mai 2021 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2021 an den Kläger zu zahlen.
15. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juni 2021 5.749,16 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 € netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2021 an den Kläger zu zahlen.
16. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juli 2021 7.999,24 € brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 198,91 € netto

nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2021 an den Kläger zu zahlen.

17. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat August 2021 5.749,16 € brutto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2021 an den Kläger zu zahlen.

18. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat September 2021 5.749,16 € brutto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2021 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass wegen des Widerspruchs des Klägers gegen den Betriebsübergang zwischen den Parteien nur noch ein faktisches Arbeitsverhältnis bestanden hätte, in dem keine Annahmeverzugsansprüche entstehen würden. Darüber hinaus fehle es am subjektiven Leistungswillen des Klägers. Der Kläger habe seine Arbeitsleistung nicht angeboten. Zudem habe der Kläger anderweitigen Erwerb unterlassen. Der Kläger hätte zum einen das Änderungsangebot als kaufmännischer Sachbearbeiter zu einer Bruttomonatsgehalt i.H.v. EUR 2.800,- annehmen können. Darüber hinaus hätte er das aus seiner Sicht ruhende Arbeitsverhältnis mit der H. B. R. und R. G. aufnehmen können.

Mit Urteil vom 18. November 2021 - 8 Ca 8122/21 - hat das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven die Klage abgewiesen. Zwar habe sich die Beklagte jedenfalls bis zum 18. August 2021 in Annahmeverzug befunden. Die Klage scheitere aber daran, dass der Kläger im Rahmen der Prüfung des böswilligen Unterlassens nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG keine Auskunft zu Jobangeboten seitens der Bundesagentur für Arbeit erteilt habe.

Gegen dieses ihm am 10. Dezember 2021 zugestellte Urteil hat der Kläger am 07. Januar 2022 Berufung eingelegt und diese mit einem am 21. Januar 2022 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Kläger meint, dass das Arbeitsgericht jeden Hinweis auf die dem Urteil zugrunde gelegte Auskunftspflicht des Klägers unterlassen und damit eine Überraschungsentscheidung getroffen habe.

Der Kläger habe am 03. März 2021 und am 25. August 2021 jeweils zwei Vermittlungsangebote der Bundesagentur für Arbeit erhalten. Ein Angebot als Bürofachkraft habe er nicht angenommen, weil die dortigen Aufgaben nicht seiner Qualifikation als Diplombetriebsingenieur entsprochen hätten. Zudem habe er keine

kaufmännische Berufsausbildung. Auch für die bei einem Fahrdienst angebotene Beschäftigung sei eine abgeschlossene kaufmännische Berufsausbildung verlangt worden. Eine angebotene Stelle als Dozent in der Erwachsenenbildung habe der Kläger nicht angetreten, da er keine didaktische und pädagogische Ausbildung besitze. Ein Arbeitsangebot als Logistikmeister habe der Kläger nicht angenommen, weil Kenntnisse über logistische Prozesse und die Anwendung eines ERP-Systems vorausgesetzt worden seien, über die der Kläger nicht verfüge.

Die Beklagte habe dem Kläger auch mit Schreiben vom 17. August 2021 keinen adäquaten Arbeitsplatz zugewiesen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Kläger keinen Dienstwagen mehr zur Verfügung gehabt hätte.

Der Kläger beantragt:

**Das Urteil des Arbeitsgerichtes Bremen-Bremerhaven - 8 Ca 8122/21 -,  
zugegangen am 10.12.2021, wird wie folgt abgeändert:**

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat April 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.746,63 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2020 an den Kläger zu zahlen.**
- 2. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Mai 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2020 an den Kläger zu zahlen.**
- 3. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juni 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2020 an den Kläger zu zahlen.**
- 4. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juli 2020 7.999,24 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2020 an den Kläger zu zahlen.**
- 5. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat August 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2020 an den Kläger zu zahlen.**

6. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat September 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2020 an den Kläger zu zahlen.
7. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Oktober 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2020 an den Kläger zu zahlen.
8. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat November 2020 7.999,24 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2020 an den Kläger zu zahlen.
9. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Dezember 2020 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.940,70 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2021 an den Kläger zu zahlen.
10. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Januar 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2021 an den Kläger zu zahlen.
11. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Februar 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2021 an den Kläger zu zahlen.
12. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat März 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2021 an den Kläger zu zahlen.
13. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat April 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche

**in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2021 an den Kläger zu zahlen.**

**14. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Mai 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2021 an den Kläger zu zahlen.**

**15. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juni 2021 5.749,16 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 1.982,10 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2021 an den Kläger zu zahlen.**

**16. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat Juli 2021 7.999,24 EUR brutto abzüglich auf die Agentur für Arbeit übergegangene Ansprüche in Höhe von 198,91 EUR netto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2021 an den Kläger zu zahlen.**

**17. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat August 2021 5.749,16 EUR brutto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2021 an den Kläger zu zahlen.**

**18. Die Beklagte wird verurteilt, für den Monat September 2021 5.749,16 EUR brutto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2021 zu zahlen.**

Die Beklagte beantragt,

**die Berufung zurückzuweisen.**

Die Beklagte verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Eines arbeitsgerichtlichen Hinweises auf die Auskunftspflicht des Klägers habe es nicht bedurft, weil die Beklagte bereits in ihrem erstinstanzlichen Vortrag darauf eingegangen sei und es daher Sache des anwaltlich vertretenen Klägers gewesen wäre, sich damit auseinanderzusetzen und entsprechend weiter vorzutragen.

Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung erstmals überhaupt Arbeitsangebote der Bundesagentur für Arbeit darstelle, sei nicht davon auszugehen, dass die vom Kläger aufgezählten Arbeitsvermittlungsangebote abschließend seien und alle im relevanten Zeitraum erfolgten Vermittlungsangebote enthalten würden. Es sei mehr als unglaubwürdig, dass die Arbeitsagentur dem Kläger insgesamt lediglich vier Vermittlungsangebote gemacht haben solle. Im Übrigen seien die vom Kläger behaupteten

Ablehnungsgründe mehr als widersprüchlich. Zu einem angeblichen Vermittlungsangebot trage der Kläger vor, als Diplom-Wirtschaftsingenieur sei er nicht in der Lage gewesen, allgemeine Bürotätigkeiten auszuüben. Andererseits behaupte er, über keine kaufmännische Berufsausbildung zu verfügen. Das sei weder verständlich noch einlassungsfähig.

Die Beklagte habe bereits erstinstanzlich darauf hingewiesen, dass ihr Geschäftsführer dem Kläger im März 2020 unter anderem die R. R. G. benannt habe, die ein Interesse an einer Einstellung des Klägers bekundet hätte. Der Geschäftsführer der R. R. G., Herr P. L., habe dieses Interesse auch unmittelbar gegenüber dem Kläger geäußert und ihm gleich mehrere Jobangebote unterbereitet. Unter anderem habe er dem Kläger angeboten, im „Homeoffice“, eine Tätigkeit im Vertrieb für die R. R. G. auszuführen. Herr L. habe mit dem Kläger diesbezüglich zwischen Mitte und Ende März oder Anfang April 2020 mindestens drei Telefonate geführt und ihm dabei zwei unterschiedliche Arbeitsplätze bei der R. R. G. angeboten. Beide Stellen seien sehr kurzfristig zu besetzen gewesen, so dass der Kläger bereits ab dem 01. April 2020 eine Tätigkeit bei der R. R. G. hätte aufnehmen können.

Schließlich sei noch zu berücksichtigen, dass die Beklagte zeitgleich mit dem Ausspruch der Änderungskündigung hilfsweise eine Versetzung ausgesprochen habe. Dem Kläger wäre es aufgrund dieser Versetzung möglich gewesen, anderweitigen Erwerb zu erzielen. Soweit der Kläger gegen diese Versetzung vor allem eingewandt habe, eine Tätigkeit zu einem Gehalt in Höhe von EUR 2.800,00 brutto sei nicht zumutbar, habe er verkannt, dass die Beklagte die hilfsweise Versetzung gar nicht mit einer solchen Gehaltsreduktion verbunden habe. Das ergebe sich bereits daraus, dass die Beklagte jene Versetzung hilfsweise ausgesprochen habe für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung. Im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung habe sich das Gehalt des Klägers nicht ändern können.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien, ihrer Beweisantritte und der von ihnen überreichten Unterlagen sowie wegen ihrer Rechtsausführungen im Übrigen wird ergänzend auf den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Die zulässige Berufung ist überwiegend begründet.

I.

Die nach § 64 Abs. 2 ArbGG an sich statthafte Berufung ist innerhalb der Fristen des § 66 Abs. 1 ArbGG fristgerecht eingelegt und begründet worden. Berufungsschrift und Berufungsbegründung genügen den Formerfordernissen der §§ 519, 520 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 130a Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2 ZPO. Die Berufung ist daher zulässig.

## II.

Die Berufung ist überwiegend begründet.

Der Kläger kann unter Anrechnung erhaltener öffentlich-rechtlicher Leistungen gemäß § 615 Satz 1, § 611a Abs. 2 i.V.m. §§ 293 ff. BGB Vergütung wegen Annahmeverzugs der Beklagten für die Zeit vom 01. April 2020 bis einschließlich 17. August 2021 beanspruchen. Ab dem 18. August 2021 ist der Annahmeverzug wegen fehlenden Leistungswillens (§ 297 BGB) des Klägers ausgeschlossen. Für die Zeit des Annahmeverzugs muss sich der Kläger keinen böswillig unterlassenen, anderweitigen Verdienst i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG anrechnen lassen.

1. Der Kläger kann für die Zeit vom 01. April 2020 bis einschließlich 17. August 2021 Vergütung wegen Annahmeverzugs verlangen.

Die Beklagte hat den Kläger in diesem Zeitraum nicht beschäftigt und befand sich ab dem 01. April 2020 aufgrund ihrer unwirksamen Arbeitgeberkündigung(en) im Annahmeverzug (§ 293 BGB), ohne dass ein Angebot der Arbeitsleistung erforderlich gewesen wäre (vgl. BAG, Urteil vom 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 -, juris Rn. 12; Urteil vom 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 19 m.w.N.; für den Fall einer unwirksamen Änderungskündigung Urteil vom 26. September 2007 - 5 AZR 870/06 -, juris Rn. 21).

a) Der Annahmeverzug ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich die Parteien wegen eines Widerspruchs des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses lediglich in einem faktischen Arbeitsverhältnis befunden hätten.

Ein schlüssiger Widerspruch des Klägers gegen einen Übergang seines Arbeitsverhältnisses ist nicht erfolgt. Zwar hat er durch seinen Prozessbevollmächtigten im Kündigungsschutzverfahren gegen die H. B. R. und R. G. erklären lassen, dass er „rein vorsorglich“ einem Betriebsübergang widerspreche. Eine Widerspruchserklärung i.S.d. § 613 Abs. 6 BGB war damit jedoch nicht verbunden. Dies ergibt die Auslegung der vom Kläger abgegebenen Erklärung; auf die Einhaltung der Schriftform kommt es nicht an.

Das Widerspruchsrecht des § 613 Abs. 6 BGB ist ein Gestaltungsrecht in der Form eines Rechtsfolgenverweigerungsrechts, das durch eine einseitige empfangsbedürftige

Willenserklärung ausgeübt wird. Aus der als Widerspruch i.S.d. § 613a Abs. 6 BGB in Betracht kommenden Erklärung des Arbeitnehmers muss in jedem Fall der Wille erkennbar werden, den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber zu verhindern. (BAG, Urteil vom 13. Juli 2006 - 8 AZR 382/05 -, juris Rn. 25).

Der Kläger hat zu keinem Zeitpunkt zu erkennen gegeben, dass er nicht bereit ist, in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu stehen. Hiergegen spricht bereits das zwischen den Parteien geführte Kündigungsschutzverfahren, mit dem der Kläger den Fortbestand der arbeitsvertraglichen Beziehung mit der Beklagten geltend gemacht hat. Auch im Verfahren gegen die H. B. R. und R. G. hat der Kläger nicht eingewandt, in keinem Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu stehen bzw. stehen zu wollen. Er hat vielmehr durchgängig die Auffassung vertreten, es bestünden zwei Arbeitsverhältnisse, ein ruhendes mit der H. B. R. und R. G. und ein aktives mit der Beklagten. Der „rein vorsorgliche“ Widerspruch des Klägers diene ersichtlich dem Ziel, dass aus seiner Sicht ruhende Arbeitsverhältnis mit der H. B. R. und R. G. nicht wegen eines Betriebsübergangs zu verlieren. Weder die H. B. R. und R. G. noch die Beklagte konnte und durfte diese Erklärung aber so verstehen, dass sich der Kläger in jedem Fall gegen das Bestehen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zur Beklagten - und sei es durch Betriebsübergang begründet worden - zur Wehr setzen möchte.

b) Der Annahmeverzug ist nicht durch die Schreiben der Beklagten vom 30. November 2020 und 18. Mai 2021 beendet worden.

Der Annahmeverzug endet mit Wirkung für die Zukunft (erst) dann, wenn der Arbeitgeber wieder bereit ist, die geschuldete Arbeitsleistung im Rahmen des bisherigen Vertragsverhältnisses entgegenzunehmen (etwa BAG, Urteil vom 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 -, a.a.O. Rn. 13).

Im Schreiben vom 30. November 2020 kündigte die Beklagte lediglich an, der im arbeitsgerichtlichen Urteil tenorierten Beschäftigungspflicht nachzukommen, sobald die Vollstreckungsvoraussetzungen vorliegen sollten. Zum einen geht die Beklagte in dem Schreiben davon aus, dass diese Voraussetzungen noch nicht vorliegen würden. Ein unbedingtes Angebot an den Kläger, seine Arbeitsleistung annehmen zu wollen, enthalten die Ausführungen der Beklagten daher gerade nicht. Zum anderen ist mit einem arbeitgeberseitigen Angebot auf Weiterbeschäftigung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nicht die Bereitschaft verbunden, die geschuldete Arbeitsleistung wieder im Rahmen des bisherigen, unstrittig weiterbestehenden Vertragsverhältnisses entgegenzunehmen zu wollen.

Auch das Schreiben vom 18. Mai 2021 enthält kein Angebot der Beklagten, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung des Klägers entgegennehmen zu wollen. Zwar fordert die Beklagte den Kläger auch in diesem Schreiben auf, seine Arbeitskraft in natura anzubieten. Worin die von der Beklagten erwartete Arbeitsleistung des Klägers bestehen soll, bleibt allerdings unklar. So geht die Beklagte in diesem Schreiben nach wie vor davon aus, den Kläger ab dem 01. April 2020 als kaufmännischen Sachbearbeiter einsetzen zu können. Dies entspricht gerade nicht der vom Kläger arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung. In keinem Fall enthält das Schreiben vom 18. Mai 2021 die unbedingte Bereitschaft der Beklagten, den Kläger wieder vertragsgemäß als Abteilungsleiter Containerdienst/Entsorgung beschäftigen zu wollen.

c) Der Annahmeverzug der Beklagten war jedoch ab dem 18. August 2021 ausgeschlossen, weil ab diesem Zeitpunkt davon auszugehen ist, dass der Kläger nicht mehr leistungswillig war.

Nach § 297 BGB kommt der Arbeitgeber nicht in Verzug, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 BGB zu der für die Handlung des Arbeitgebers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Die Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Arbeitnehmers sind vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers ist damit ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig oder nicht leistungswillig ist. Beruft sich der Arbeitgeber gegenüber einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzug auf dessen Leistungsunfähigkeit oder -unwilligkeit i.S.d. § 297 BGB, erhebt er eine Einwendung, für deren Voraussetzungen er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast trägt. Der Leistungswille hat sich dabei auf die i.S.v. § 294 BGB zu bewirkende Beschäftigung zu beziehen (BAG, Urteil vom 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 -, juris Rn. 14 - 16 m.w.N.).

Mit Schreiben vom 17. August 2021 hat die Beklagte den Kläger aufgefordert, seine Tätigkeit vor Ort zum betriebsüblichen Schichtbeginn wiederaufzunehmen. Anders als in den vorangegangenen Schreiben bezieht sich die Beklagte in diesem Schreiben auf eine Tätigkeit des Klägers als Abteilungsleiter Containerdienst/Entsorgung. Eine unmittelbare Reaktion des Klägers erfolgte darauf nicht. Mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 30. August 2021 ließ der Kläger mitteilen, dass kein konkretes Arbeitsangebot unterbreitet worden sei und die Beklagte ihm keinen Dienstwagen zur Verfügung gestellt habe. Das Schreiben der Beklagten vom 17. August 2021 enthält jedoch unter genauer Benennung der Uhrzeit der erwarteten Arbeitsaufnahme ein sehr konkretes Angebot zur Entgegennahme von Arbeitsleistung. Die Beklagte bezieht sich zudem auf die auch vom

Kläger als vertragsgemäß angesehene Beschäftigung als Abteilungsleiter Containerdienst/Entsorgung. Welche weiteren Unklarheiten bezüglich der Arbeitsaufnahme noch bestanden haben sollten, stellt der Kläger auch nicht dar. Soweit er sich insoweit einzig auf den nicht bereits vorab zur Verfügung gestellten Dienstwagen bezieht, enthält das Schreiben der Beklagten vom 17. August 2021 keinen Hinweis darauf, dass die Beklagte beabsichtigt hätte, dem Kläger dauerhaft keinen Dienstwagen mehr zur Verfügung zu stellen. Es besteht auch keine Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger vor Arbeitsaufnahme einen Dienstwagen an seinen Wohnsitz zu verbringen. Selbst wenn in Bezug auf dieses Modalität Unklarheiten bestanden haben sollten, wäre zu erwarten, dass sich der Kläger mit der Beklagten darüber in Verbindung setzt. Die schlichte Ablehnung des Klägers, seine Arbeitsleistung auf Grundlage des Schreibens der Beklagten vom 17. August 2021 wieder aufnehmen zu wollen, indiziert jedenfalls für die Zeit ab dem 18. August 2021 die Unwilligkeit des Klägers, seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen.

2. Die Berechnung der grundsätzlichen Höhe der Annahmeverzugsvergütung für die Zeit vom 01. April 2020 bis einschließlich 17. August 2021 ist zwischen den Parteien nicht streitig gewesen.

a) Auf die Annahmeverzugsvergütung muss sich der Kläger - wie in den Klageanträgen geschehen - wegen des Anspruchsübergangs nach § 115 Abs. 1 SGB X (lediglich klarstellend geregelt in § 11 Nr. 3 KSchG) die von ihm bezogenen öffentlich-rechtlichen Leistungen anrechnen lassen.

b) Anderweitige Vergütung gem. § 11 Nr. 2 KSchG muss sich der Kläger nicht auf seine Annahmeverzugsvergütung anrechnen lassen.

Nach § 11 Nr. 2 KSchG muss sich der Arbeitnehmer 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.

Ein Arbeitnehmer unterlässt böswillig i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (etwa BAG, Urteil vom 08. September 2021 - 5 AZR 205/21 -, juris Rn. 13 m.w.N.). Maßgebend sind die gesamten Umstände des Einzelfalls. Nichtvertragsgemäße Arbeit ist dabei nicht ohne weiteres mit unzumutbarer

Arbeit gleichzusetzen. § 11 Nr. 2 KSchG schließt den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber vertragswidrige Arbeit anbietet.

aa) Der Kläger hat sich nicht dadurch böswillig i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG verhalten, in dem er ab dem 01. April 2020 eine einstweilige Weiterbeschäftigung als kaufmännischer Sachbearbeiter - wie von der Beklagten mit der Änderungskündigung angeboten - abgelehnt hat.

Lehnt der Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Änderungskündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen ab, kann hierin ein böswilliges Unterlassen liegen. Die Sozialwidrigkeit der Kündigung hat nicht zwingend die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit zu geänderten Bedingungen zur Folge. Die Wahlmöglichkeit des § 2 Satz 1 KSchG wird also durch § 11 Nr. 2 KSchG faktisch eingeschränkt; sie steht unter dem Vorbehalt der Obliegenheit des § 11 Nr. 2 KSchG. Die Ablehnung des Änderungsangebots im Zusammenhang mit einer Änderungskündigung ist deshalb im Grundsatz nicht anders zu beurteilen als die Ablehnung eines entsprechenden Angebots nach erfolgter Kündigung (BAG, Urteil vom 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 -, a.a.O Rn. 32).

Aufgrund seiner herausgehobenen betrieblichen Stellung bei der Beklagten als Abteilungsleiter war es dem Kläger nicht zumutbar, ohne nennenswerte Frist und Ankündigungszeit als kaufmännischer Mitarbeiter weiterbeschäftigt zu werden. Ein solcher abrupter Tätigkeitswechsel birgt gerade vor dem Hintergrund der auf verhaltensbedingte Gründe gestützten Kündigung die Gefahr eines innerbetrieblichen Ansehensverlust des Klägers, der selbst durch ein späteres Obsiegen im Kündigungsschutzprozess schwer zu korrigieren ist.

Hinzu kommt, dass sich aus dem Vortrag der Beklagten weder im Kündigungsschutzverfahren noch im vorliegenden Verfahren eine nachvollziehbare Begründung für die Notwendigkeit einer fristlosen Abänderung der arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten ergeben hat. Einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB hat die Beklagte nicht im Ansatz dargelegt. Soweit § 11 Nr. 2 KSchG eine aus § 242 BGB hergeleitete Obliegenheit regelt, aus Rücksichtnahme gegenüber dem Arbeitgeber einen zumutbaren Zwischenverdienst zu erzielen, ist für die Reichweite dieser Obliegenheit auch von Bedeutung, inwieweit der Arbeitgeber selbst auf berechnete Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen bereit ist. Der von der Beklagten durch Kündigung beabsichtigte fristlose Wechsel des Klägers vom Abteilungsleiter zum kaufmännischen Mitarbeiter bei Halbierung der Vergütung ohne ansatzweise nachvollziehbare Begründung stellt eine Verletzung berechtigter Rücksichtnahmeerwartungen im bestehenden Arbeitsverhältnis dar, die dazu führt, dass an die Zumutbarkeit anderweitiger Arbeit gerade bei der Beklagten

strengere Anforderungen zu stellen sind. Eine Weiterarbeit des Klägers zu den mit der Änderungskündigung angebotenen Bedingungen ist unter diesen Voraussetzungen gerade nicht zumutbar.

bb) Der Kläger muss sich keine mögliche Vergütung anrechnen lassen, die er im Rahmen einer Beschäftigung bei der R. R. G. hätte erzielen können.

Unabhängig davon, ob die Beklagte entsprechende Arbeitsangebote des Geschäftsführers der R. R. G. hinreichend konkret dargestellt hat, ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten, dass die dem Kläger angedienten Stellen bereits ab dem 01. April 2020 hätten angetreten werden können. Die Vermittlungsbemühungen müssen daher zu einem Zeitpunkt zumindest begonnen haben, zu dem sich der Kläger noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit der Beklagten befunden hat. Der Kläger ist jedoch auch aus Gründen der Rücksichtnahme auf die Belange der Beklagten nicht gehalten, sich an der Anbahnung einer anderweitigen Beschäftigung zu beteiligen, solange er in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht. Selbst wenn sich der Kläger den von der Beklagten behaupteten Vermittlungsbemühungen für eine Tätigkeit bei der R. R. G. verweigert haben sollte, stellt dies daher kein böswilliges Unterlassen i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG dar.

cc) Der Kläger hat auch in sonstiger Weise nicht böswillig unterlassen, anderweitige zumutbare Arbeit anzunehmen.

Der Kläger hat Auskunft erteilt über 4 Vermittlungsvorschläge der Bundesagentur für Arbeit. Weitere konkrete Arbeitsangebote sind auch von der Beklagten nicht behauptet worden. Auf die Zumutbarkeit der 4 Vermittlungsangebote kommt es hier nicht an. Die von der Bundesagentur für Arbeit dem Kläger übermittelten Vorschläge stammen aus März und August 2021. Selbst wenn es sich um zumutbare Arbeitsmöglichkeiten gehandelt haben sollte, kann dem Kläger kein die Böswilligkeit begründender Unterlassungsvorwurf gemacht werden.

Der Kläger war nicht verpflichtet, trotz des am 29. Oktober 2020 erstrittenen, vorläufig vollstreckbaren Weiterbeschäftigungsurteils aus Gründen der Rücksichtnahme auf die Belange der Beklagten ein anderweitiges Beschäftigungsverhältnis einzugehen.

Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers findet dort eine Grenze, wo der Arbeitnehmer einen (vorläufig) vollstreckbaren Titel und damit einen den Arbeitgeber bindenden Rechtsanspruch hat. Das Beharren des Arbeitnehmers darauf, dass der Arbeitgeber seine aus dem vorläufig vollstreckbaren Titel folgende Rechtspflicht erfüllt, ist nicht treuwidrig i.S.d. § 242 BGB (BAG, Urteil vom 08. September 2021 - 5 AZR 205/21 -, juris Rn. 18). Der Kläger hat damit jedenfalls nicht ohne triftigen Grund eine ihm

zumutbare Arbeit nicht aufgenommen. Zur Minderung des Annahmeverzugsrisikos hätte es vielmehr der Beklagten obliegen, ihrer Verpflichtung aus dem Weiterbeschäftigungsurteil nachzukommen und die Weiterbeschäftigung des Klägers zu dem im Urteil bestimmten Bedingungen zu ermöglichen. Dies hat die Beklagte bis zu ihrem Schreiben vom 17. August 2021 nicht getan.

Schließlich kann dem Kläger auch daraus kein zur Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes führender Vorwurf gemacht werden, dass er für die Zeit vom 01. April 2020 bis zum 29. Oktober 2020 keine eigenen Bemühungen schildert, andere Arbeit aufzunehmen.

Im Rahmen der Gesamtbetrachtung sämtlicher Umstände und der Streitgegenständlichen Konstellation ist auch hier von wesentlicher Bedeutung, dass die Beklagte durch Ausspruch der fristlosen Kündigung selbst in vertragsbrüchiger Weise die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Klägers außer Acht gelassen hat. Der Kläger war daher jedenfalls nicht aufgrund berechtigterweise zu erwartender Rücksicht auf die finanziellen Belange der Beklagten gehalten, sich noch vor erstinstanzlicher Entscheidung über seine Kündigungsschutzklage um zumutbaren Zwischenverdienst zu bemühen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO, wonach die Parteien im Umfang ihres Obsiegens und Unterliegens die Kosten des Rechtsstreits anteilig zu tragen haben

Für die Beklagte ist die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen worden. Der Kläger wird wegen der Möglichkeit, Nichtzulassungsbeschwerde zu erheben, auf § 72 a ArbGG hingewiesen.