Landesarbeitsgericht Köln, 6 Sa 209/23

Datum:	19.10.2023
Gericht:	Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper:	6. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 Sa 209/23
ECLI:	ECLI:DE:LAGK:2023:1019.6SA209.23.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Siegburg, 3 Ca 1744/22
Nachinstanz:	Landesarbeitsgericht Köln, 6 Sa 209/23
Schlagworte:	Kein böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes bei Aufnahme einer Tätigkeit binnen dreier Monate.
Normen:	§ 615 BGB; § 11 KSchG
Sachgebiet:	Arbeitsrecht

Leitsätze:

Ohne das Hinzutreten besonderer Umstände ist nach Ausspruch einer fristlosen Arbeitgeberkündigung regelmäßig nicht anzunehmen, die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer hätte es böswillig unterlassen, eine zumutbare Tätigkeit anzunehmen, wenn sie oder er binnen drei Monaten eine neue Stelle findet und antritt (LAG Köln v. 10.10.2023 - 4 Sa 22/23 -). Das gilt auch für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit nach Ablauf der besagten drei Monate.

Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Siegburg vom 01.03.2023 - 3 Ca 1744/22 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 17.598,87 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2019 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen. Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen die Parteien je zur Hälfte.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d 1

Die Parteien streiten über die Zahlung von Entgelt aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges, dies zuletzt (nur noch) für den Zeitraum zwischen einer als unwirksam erkannten fristlosen Kündigung und dem Ende der Kündigungsfrist einer für wirksamen gehaltenen ordentlichen Kündigung. Dabei besteht zwischen den Parteien insbesondere Streit um die Frage, ob die Klägerin den gegen ihr titulierten Auskunftsanspruch erfüllt hat und ob aus einer Nicht- oder Schlechterfüllung dieses Auskunftsanspruchs der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht an den - auch der Höhe nach streitigen - Entgeltansprüchen bzw. -leistungen zusteht. 2

Die Klägerin war bei der Beklagten als Exportsachbearbeiterin in der Buchhaltung und in der Personalverwaltung beschäftigt. Vereinbarungsgemäß erhielt sie hierfür zuletzt ein Bruttomonatsverdienst in Höhe von 3.738,58 € brutto. 3

Mit Schreiben vom 22.10.2018 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Hiergegen hat sich die Klägerin mit einer Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht Siegburg - 5 Ca 2592/18 - gewandt. Das Arbeitsgericht hat die fristlose Kündigung als unwirksam erkannt, ist aber von der Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung ausgegangen. Die hiergegen erhobene Berufung blieb ohne Erfolg. Die Entscheidung, dass das Arbeitsverhältnis (erst) mit Ablauf der ordentlichen Kündigung zum 31.05.2019 sein Ende gefunden hat, ist inzwischen rechtkräftig. Rechtskräftig ist gleichzeitig die Verurteilung der Klägerin, der Beklagten Auskunft zu geben und diese an Eidesstatt zu versichern. Wörtlich heißt es im Tenor zu 2 des Urteils vom 12.11.2020 - 5 Ca 2592/18 - (Bl. 78 d.A.) zum Auskunftsanspruch, inzwischen rechtskräftig: 4

Die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, wann ihr durch die Bundesagentur für Arbeit und das Jobcenter seitdem 22.10.2018 welche Vermittlungsangebote zur Arbeitsaufnahme unterbreitet wurden, indem sie ein Verzeichnis in Textform erstellt, aus dem das Datum des Vermittlungsangebots, die jeweilige Art der Tätigkeit, die Arbeitszeit, der Arbeitsort, die Höhe der Vergütung und der Arbeitgeber hervorgehen, sowie wann und wie sie sich darauf beworben hat und wie auf ihre Bewerbung reagiert wurde und wann es zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses mit welchen Einkünften gekommen ist und/oder warum es nicht zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses kam. 5

Die Klägerin hat der Beklagten unter dem Datum 07.01.2022 (Bl. 172 d.A.) eine eidesstattliche Versicherung zukommen lassen mit dem folgenden Text: 6

Nach Erhalt der beiden fristlosen Kündigungen Ende Oktober 2018 und Anfang November 2018 war ich sehr niedergeschlagen, weil ich nichts falsch gemacht hatte. Aufgrund des Beendigungsdatums durch die erste fristlose Kündigung und ohne Zeugnis war für jeden Außenstehenden ersichtlich, dass ich fristlos gekündigt worden bin und dies nach einer Beschäftigungsdauer von 25 Jahren. 7

Ich meldete mich daher nicht arbeitssuchend, sondern beschloss, auf eigene Initiative das Beste aus der Situation zu machen, bis vor dem Arbeitsgericht - aus damaliger Sicht erhofft alsbald - geklärt ist, dass die Kündigungen rechtswidrig sind und ich vertragsgemäß weiterbeschäftigt werde. Daher erhielt ich natürlich auch keinerlei Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit, auf die ich mich hätte bewerben können. 8

Über meine Beschäftigungsverhältnisse in der Zeit zwischen Ausspruch der Kündigung am 22.10.2018 und dem Ablauf der Kündigungsfrist am 31.05.2019 gebe ich ohne Anerkennung der Wirksamkeit der Kündigung wie folgt Auskunft: 9

Bereits vor Ausspruch der Kündigungen war ich bei der M Glas- und Gebäudereinigung GmbH, Pallee , Hf tätig. Da ich diese Beschäftigung bereits vor Ausspruch der Kündigungen und neben der Tätigkeit bei der MO-Werkzeuge GmbH ausgeübt habe, sind die diesbezüglichen Einnahmen für die Berechnung des Annahmeverzugslohns unerheblich. 10

Nach Ausspruch der Kündigung nahm ich eine Reinigungsstelle bei der Firma R - Gebäudereinigung GmbH, O Straße in 53803 Mu an. Die Höhe der Einkünfte belief sich auf 1.877,18 EUR für das Jahr 2018 und auf 6.341,28 EUR für das Jahr 2019 insgesamt. 2019 war ich zudem bei Po Clean E. Pa, Mü Str. in T tätig und verdiente dort einmalig 390,00 EUR. 11

Neben den in dieser eidesstattlichen Versicherung angegebenen Einkünften aus unselbständiger Arbeit hat die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum zumindest einen Betrag in Höhe von 1.438,12 EUR an Einkünften aus selbständiger Arbeit erzielt. 12

In der Annahme, die Klägerin habe die sie aus dem Urteil vom 12.11.2020 - 5 Ca 2592/18 - treffende Auskunftspflicht nicht erfüllt, hat die Beklagte gegen die Zahlungsansprüche der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Die Klägerin hat dazu behauptet, sie habe ihre Auskunftsverpflichtung erfüllt und am 07.01.2021 die besagte eidesstattliche Versicherung abgegeben. 13

In der hier streitgegenständlichen Zeit von Oktober 2018 bis zum 31.05.2019 waren in der Region Rh, B und K zahlreiche offene Stellen für Fachkräfte mit der Qualifikation der Klägerin, die annähernd gleich vergütet wurden wie die bisherige Tätigkeit der Klägerin, zu besetzen. Die Klägerin hat sich nicht auf eine dieser Stellen beworben. Die Möglichkeit, sich arbeitssuchend zu melden und sich vom Arbeitsamt vermitteln zu lassen, nahm die Klägerin nicht in Anspruch. 14

Mit der Klage vom 12.11.2022, also vier Jahre nach Zugang der fristlosen Kündigung hat die Klägerin Entgelt aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges geltend gemacht. Mit dem Antrag zu 1 ist dies für den Zeitraum von Oktober 2018 bis zum 31.05.2019 geschehen, also bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist. Der Antrag zu 2 hat den Zeitraum darüber hinaus betroffen, nämlich von Juni 2019 bis Dezember 2019. Dieser Antrag zu 2 ist nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens. 15

Die Klägerin hat beantragt, 16

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 17.598,87 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 1.085,39 € ab dem 01.11.2018, aus 3.738,58 € ab dem 01.12.2018, aus 3.738,58 € ab dem 01.01.2019, aus 3.738,58 € ab dem 01.02.2019, aus 3.738,58 € ab dem 01.03.2019 und aus 1.169,16 € ab dem 01.04.2019 17

zu zahlen. 18

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 15.187,15 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 3.738,58 € ab dem 01.07.2019, aus 3.738,58 € ab dem 01.08.2019, aus 3.738,58 € ab dem 01.09.2019, aus 3.738,58 € ab dem 01.10.2019 und aus 232,83 € ab dem 01.11.2019 zu zahlen. 19

Die Beklagte hat beantragt, 20

die Klage abzuweisen. 21

Zur Verteidigung gegen die Klage hat die Beklagte vorgetragen, die Klägerin sei nach der Kündigung entweder nicht arbeitsfähig oder nicht arbeitswillig gewesen. Das zeige schon die unterbliebene Meldung bei der Arbeitsvermittlung. Die Klägerin habe ihre Auskunftspflicht auch unter Berücksichtigung ihrer Angaben im vorliegenden Rechtsstreit noch nicht erfüllt. Ihre Angaben seien summarisch und unkonkret. Es sei z.B. unklar, wann die Klägerin wie viel verdient habe. Sie bestreite mit Nichtwissen, dass die von der Klägerin gemachten Angaben vollständig seien. Auch gehe sie davon aus, dass die eidesstattliche Versicherung nur dann als erfüllt angesehen werden könne, wenn sie im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor dem Amtsgericht abgegeben worden sei. 22

Mit Urteil vom 01.03.2023 hat das Arbeitsgericht Siegburg die Klage abgewiesen. Die geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von Annahmeverzugslohn stünden der Klägerin nicht oder noch nicht zu. Die Beklagte habe gegen die Forderungen der Klägerin zu Recht ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt. Aus den Darlegungen der Klägerin gehe nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervor, dass sie ihrer Auskunftsverpflichtung nachgekommen sei. Sie habe sich vielmehr auf pauschale Behauptungen beschränkt. Unkonkret seien die Angaben insbesondere in zeitlicher Hinsicht. Außerdem sei nicht feststellbar, ob die von der Klägerin behauptete eidesstattliche Versicherung existiere und den gesetzlichen Voraussetzungen genüge. Zudem habe die Klägerin sich auch nicht dazu erklärt, ob sie überhaupt versucht habe, eine gleichwertige Beschäftigung, wie sie der Arbeitsmarkt unstreitig ermöglicht habe, zu finden, und wenn dies nicht der Fall gewesen sei, auf welchen Umständen dies beruht habe. Zwar habe sie mittlerweile eine selbständige Tätigkeit aufgenommen, wofür sie sich vorbereitet haben wolle. Ab wann hierfür wieviel Zeit erforderlich gewesen sei, stelle sie jedoch nicht dar. 23

Gegen dieses ihr am 06.03.2023 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 06.04.2023 Berufung eingelegt und sie hat diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 08.06.2023 begründet. 24

Zur Begründung der Berufung trägt die Klägerin vor, in der Berufungsinstanz fordere sie nunmehr nur noch Entgelt aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 31.05.2019. Sie wende sich also nur noch gegen die durch das Arbeitsgericht erfolgte Abweisung des Antrages zu 1. 25

Die Einwände der Beklagten und die vom Arbeitsgericht herangezogenen Argumente stünden ihrem Anspruch nicht entgegen. Tatsachen, die für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 Nr. 1 - 3 KSchG sprechen könnten, gebe es nicht. Weder habe sie durch das Unterbleiben der Arbeitsleistung für die Beklagte etwas erspart, noch habe sie über die bereits mitgeteilten Einkünfte hinaus irgendetwas durch anderweitige Verwendung ihrer Dienste erworben. Insbesondere habe sie anderweitigen Erwerb nicht böswillig unterlassen. In der Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sei sie nicht arbeitsunfähig gewesen. Die Beklagte trage dafür auch keine verwertbaren Anhaltspunkte vor. Sie habe in dieser Zeit vielmehr durchgehend gearbeitet. Sie habe sich nach der durch 26

die Beklagte ausgesprochenen Kündigung entschieden, selbständig zu werden. Sie habe sich deshalb nicht bei der Bundesagentur gemeldet und folglich auch keine Vermittlungsangebote erhalten. Sie habe nach Erhalt der Kündigung – wie bereits zuvor – eine geringfügige Beschäftigung als Reinigungskraft im Umfang von 10 Stunden wöchentlich ausgeübt. Bereits am 05.11.2018 habe sie eine weitere Reinigungstätigkeit als Arbeitnehmerin bei der Firma R aufgenommen, für die sie durchschnittlich 20 Stunden wöchentlich gearbeitet habe. Dort sei sie vom 05.11.2018 bis zum 19.06.2019 beschäftigt gewesen. Zusammen mit der geringfügigen Tätigkeit seien dies also 30 Stunden in der Woche gewesen. Sie habe dabei nicht unerhebliche Fahrtstrecken zwischen den verschiedenen Reinigungsobjekten zu überbrücken gehabt. Das habe in Summe zu deutlich mehr als den sechs Stunden „Arbeitszeit“ pro Tag geführt. Eine weitere Tätigkeit sei daher nicht möglich gewesen. Ab dem Monat Dezember 2018 habe sie dann parallel ihre selbständige Tätigkeit vorbereitet, die sie heute nach wie vor ausübe und von deren Erträgen sie lebe. Die Annahme der Beklagten, es sei ihr, der Klägerin, möglich gewesen, sich auf kaufmännische Stellen zu bewerben, halte sie für abwegig. Sie sei zwar als gelernte Bürokauffrau über 25 Jahre bei der Beklagten beschäftigt gewesen. Sie habe aber eine fristlose Kündigung erhalten und sie sei zu diesem Zeitpunkt bereits über 50 Jahre alt gewesen. Ein Zwischenzeugnis stand ihr nicht zur Verfügung. In Bewerbungsgesprächen wäre sie also gezwungen gewesen, die Tatsachen mitzuteilen, nämlich, dass sie fristlos gekündigt worden sei. Wie mit Schriftsatz vom 06.02.2023 in erster Instanz vor dem Arbeitsgericht Siegburg bereits mitgeteilt, habe sie bereits unter dem 07.01.2021 eine eidesstattliche Versicherung abgegeben und dort die geforderte Auskunft über die Einkünfte aus nicht-selbständiger Tätigkeit gegenüber der Beklagten abgegeben (s.o.).

Ihren Klageanspruch berechne sie wie folgt: Sie habe von der Beklagten vereinbarungsgemäß bis zu Kündigung ein regelmäßiges Monatsgehalt in Höhe von 3.738,58 EUR brutto erhalten. Für die Monate November 2018 bis Mai 2019 sei dieser Betrag zunächst mit sieben Monaten zu multiplizieren. Im Oktober 2018 - dem Monat, in dem die außerordentliche Kündigung ausgesprochen worden sei - habe sie nur eine anteilige Vergütung von der Beklagten erhalten. Die für die nicht vergüteten Tage nach Zugang der fristlosen Kündigung geschuldeten Entgeltansprüche für den Monat Oktober 2018 betrügen 1.085,39 EUR. Daraus ergebe sich ein Betrag in Höhe von insgesamt 27.255,45 EUR. Von diesem Betrag seien an anderweitigem Verdienst insgesamt 9.656,58 EUR abzuziehen. Dieser Abzugsbetrag sei die Summe aus dem bei der Firma R verdienten Entgelt in Höhe von 8.218,46 EUR und den Einkünften aus selbständiger Arbeit in Höhe von 1.438,58 EUR. Ab dem 05.11.2018 habe sie bis zum 19.06.2019 bei der Firma R gearbeitet. Bei der Firma M Glas- und Gebäudereinigung habe sie bereits vor Erhalt der Kündigung eine Nebentätigkeit auf geringfügiger Basis als Reinigungskraft aufgenommen. Diese Einkünfte seien daher nicht anstelle der Einkünfte aus der Arbeitsleistung für die Beklagte getreten und seien daher nicht anrechenbar. Bei der Firma Po Clean E. Pa habe sie eine einmalige Einnahme in Höhe von 390,00 Euro erzielt. Diese seien aber im Monat September 2019 erarbeitet worden und fielen daher nicht in den hier relevanten Annahmeverzugszeitraum. 27

Dies alles sei gegenüber der Beklagten durch die bereits benannte eidesstattliche Versicherung aus Januar 2021 nachgewiesen worden. Zudem lege sie jetzt als Dokumentationsmaterial noch die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2018 und 2019 sowie die Bescheinigung des Finanzamtes Siegburg sowie die betriebswirtschaftlichen Auswertungen des Steuerberaters für das Jahr 2019 vor (BWA/Jahresübersicht 2019). Hinsichtlich der Einkünfte aus selbständiger Arbeit habe sie nun der Beklagten am 07.04.2023 noch eine weitere eidesstattliche Versicherung übersandt. 28

29

Böswilliges Unterlassen könne ihr nicht vorgehalten werden. Sie habe 30 Stunden pro Monat gearbeitet. Im Übrigen könne nach ihrer Auffassung ein böswilliges Unterlassen schon deshalb nicht angenommen werden, weil sie sich statt um eine neue Anstellung um den Aufbau eines Gewerbes gekümmert habe. Eine weitere Beschäftigung sei ihr jedenfalls nicht zumutbar gewesen. Denn dann wäre es ihr nicht möglich gewesen, die Selbständigkeit aufzubauen.

Entgegen dem Vortrag der Beklagten sei sie der Verpflichtung aus Ziffer 3 des Urteils vom 12.11.2020 durch Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung vom 7. Januar 2021 in vollem Umfang nachgekommen. Eine Auskunft über Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit habe die Beklagte erst im Zahlungsprozess vor dem Arbeitsgericht verlangt; hier habe sie den Anspruch erfüllt. 30

Die Klägerin beantragt, 31

das Urteil des Arbeitsgerichts Siegburg vom 01.03.2023 - 3 Ca 1744/22 - teilweise abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 17.598,87 € brutto zu zahlen nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2019. 32

Die Beklagte beantragt, 33

die Berufung zurück zu weisen. 34

Zur Verteidigung gegen die Berufung träg die Beklagte vor, der Klägerin sei das böswillige Unterlassen anderweitigen Erwerbs im Sinne des § 615 Satz 2 BGB / § 11 Nr. 2 KSchG vorzuhalten. Daher belaufe sich die Höhe des Annahmeverzugslohns auf Null. Sie, die Beklagte, habe nach ihrer Auffassung ausreichende Indizien vorgetragen, die dafür sprechen könnten, dass anderweitiger Verdienst erzielt oder unterlassen worden sei, nämlich die (1.) fehlende Arbeitslosmeldung bei der Agentur für Arbeit, (2.) die fehlenden Bemühungen bei der Suche nach einer neuen vergleichbaren Stelle, (3.) ihr Bestreiten mit Nichtwissen, die Klägerin habe tatsächlich 30 Stunden, geschweige denn mehr als 40 Stunden pro Woche gearbeitet, (4.) das Bestreiten der angeblichen Vorbereitung zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit, die fast 5 Monate gedauert haben solle und schließlich (5.) die von der Klägerin selbst mitgeteilte Niedergeschlagenheit, die Krankheitswert gehabt habe. 35

Mit Schriftsatz vom 21.08.2023 hat die Beklagte der HK H K & Partner PartG mbH Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, S Straße , B den Streit verkündet. Die Streitverkündete ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten. 36

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen. 37

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 38

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet. 39

I. Die Berufung der Klägerin ist zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). 40

41

II. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges aus § 611 a Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 11 KSchG / § 615 BGB und in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag der Parteien.

1. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte im hier relevanten Zeitraum von Oktober 2018 bis zum Ende des Monats Mai 2019 nach den Vorgaben der §§ 293 ff BGB im Verzug der Annahme der Arbeitsleistung der Klägerin war. Der Vortrag der Beklagten, die Klägerin sei niedergeschlagen gewesen und daher arbeitsunfähig, wertet die erkennende Kammer nach dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO als unkonkreten und daher entgegen der Vorgaben des § 138 Abs. 1 ZPO unvollständigen und daher vergeblichen Versuch, die Leistungsbereitschaft der Klägerin ins Blaue hinein in Frage zu stellen. „Niedergeschlagenheit“ ist nicht gleichbedeutend mit „Depression“. Das kann das Gericht aus eigener Kenntnis ohne Beweiserhebung feststellen. Im Übrigen spricht gegen eine Arbeitsunfähigkeit die Tatsache, dass die Klägerin ab Zugang der fristlosen Kündigung durchgehend gearbeitet hat. 42

2. Weiter ist zwischen den Parteien unstreitig, dass vertraglich ein Bruttomonatsentgelt in Höhe von 3.738,58 EUR vereinbart war und dass die Beklagte für den Monat Oktober 2018 nur 2.653,19 EUR brutto gezahlt hat, für diesen Monat also noch ein Betrag in Höhe von 1.085,39 EUR als Differenz offenstand. Daraus ergibt sich dem Grunde nach für den streitgegenständlichen Zeitraum ein Entgeltbetrag in Höhe von 27.255,45 EUR. Von diesem Betrag ist gemäß § 11 Nr. 1 KSchG und § 615 Satz 2 BGB zumindest der anderweitige Verdienst abzuziehen, den die Klägerin selbst angegeben hat, nämlich die 8.218,46 EUR brutto, die sie im besagten Zeitraum bei der Firma R verdient hatte und die 1.438,12 an Einkünften aus selbständiger Arbeit, zusammen also ein Abzugsposten in Höhe von 9.656,58 EUR. Wird dieser Betrag von dem oben berechneten Annahmeverzugslohn abgezogen, so errechnet sich die zuletzt beantragte Hauptforderung in Höhe von 17.598,87 EUR brutto. 43

Der Anspruch auf die Zahlung der geltend gemachten Prozesszinsen folgt aus §§ 286, 288 BGB. 44

3. Der von der Klägerin errechnete Betrag der Hauptforderung in Höhe von 17.598,87 EUR brutto ist richtig. Abzüge kommen nicht in Betracht. Tatsachen, die für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 Nr. 1 - 3 KSchG sprechen könnten, sind weder berücksichtigungsfähig vorgetragen worden noch ergeben sie sich im Übrigen aus der Akte. Weder hat die Klägerin durch das Unterbleiben der Arbeitsleistung für die Beklagte etwas erspart (a.), noch hat sie über die bereits mitgeteilten Einkünfte hinaus irgendetwas durch anderweitige Verwendung ihrer Dienste erworben (b). Insbesondere hat sie anderweitigen Erwerb nicht böswillig unterlassen (c.). 45

a. Die Klägerin hat durch das Unterbleiben der Arbeitsleistung für die Beklagte nichts erspart. Eine solche Ersparnis macht auch die Beklagte nicht geltend. 46

b. Die Klägerin hat über die bereits von ihr mitgeteilten Einkünfte hinaus nichts durch anderweitige Verwendung ihrer Dienste erworben. Die Klägerin hat in ihrem Prozessvortrag wie auch im Rahmen ihrer eidesstattlichen Versicherung vom 07.01.2021 als anderweitigen Verdienst die Einkünfte aus der Tätigkeit für die Firma R in Höhe von 8.218,46 EUR angegeben, wie auch die Erträge aus selbständiger Arbeit in Höhe von 1.438,12 EUR. Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, sie hätte im streitgegenständlichen Zeitraum darüber hinaus etwas durch Verwendung ihrer Dienste erworben, sind nicht ersichtlich. 47

Insbesondere sind solche Tatsachen von der Beklagten nicht vorgetragen worden. Nicht erkennbar ist in diesem Zusammenhang auch, warum der Inhalt der eidesstattlichen Versicherung falsch sein sollte. Der titulierte Auskunftsanspruch bezog sich auf Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (dort ist von „Arbeitszeit“, „Arbeitsort“, „Beschäftigungsverhältnis“ und „Arbeitgeber“ die Rede). Die Frage nach Einkünften aus selbständiger Tätigkeit kam erst im vorliegenden Rechtsstreit um die Zahlung des Entgelts aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zum Tragen. Hierzu hat die Klägerin eine gesonderte eidesstattliche Versicherung vorgelegt. Die Rüge der Beklagten, die Angaben seien in zeitlicher Hinsicht nicht hinreichend konkret, führen nicht weiter, denn die Anrechnung des anderweitigen Verdienstes nach den Vorgaben des § 11 Nr. 2 KSchG und § 615 Satz 2 BGB geschieht gerade nicht „pro rata temporis“. Der anderweitige Verdienst der Arbeitnehmerin ist vielmehr auf die Vergütung für die gesamte Dauer des Annahmeverzugs anzurechnen und nicht nur auf die Vergütung für den Zeitabschnitt, in dem der anderweitige Erwerb gemacht wurde. Für die erforderliche Vergleichsberechnung (Gesamtberechnung) ist die Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste zu ermitteln. Dieser Gesamtvergütung ist gegenüberzustellen, was der Arbeitnehmer in der betreffenden Zeit anderweitig erwirbt (BAG v. 24.02.2016 - 5 AZR 425/15 -).

c. Die Klägerin hat anderweitigen Erwerb nicht böswillig unterlassen. Ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes ergibt sich zunächst nicht aus der Tatsache, dass sich die Klägerin nicht bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitslos gemeldet hat. Denn sie war nicht arbeitslos. Als arbeitslos gilt, wer erwerbslos ist, also keiner Beschäftigung nachgeht, in der er mindestens 15 Stunden pro Woche arbeitet. Sobald die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit 15 Stunden erreicht oder überschreitet, liegt keine Arbeitslosigkeit (mehr) vor. Dabei werden die Arbeitszeiten mehrerer Erwerbstätigkeiten zusammengerechnet. Das ergibt sich aus § 138 Abs. 3 SGB III. Die Klägerin hat im hier relevanten Zeitraum 30 Stunden pro Woche gearbeitet. 48

Die Beklagte, die nach der allgemeinen Beweisregel für die Voraussetzungen der für sie günstigen Norm, hier § 615 Satz 2 BGB, die Darlegungs- und Beweislast trägt, hat nichts zu der Frage vorgetragen, ab welchem Tag sie von einem böswilligen Unterlassen anderweitigen Verdienstes ausgeht. Selbst wenn hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast eine andere Auffassung vertreten würde, wäre es die Beklagte, die nach den Vorgaben des § 138 Abs. 2 ZPO zu diesem Punkt vortragen müsste. Die fristlose Kündigung wurde von der Beklagten am 22.10.2018 ausgesprochen. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, wieso schon am 23.10.2023 von einem böswilligen Unterlassen auszugehen gewesen sein soll und wieso dies ab dem 01.11.2018, 15.11.2018 oder 15.12.2018 gelten soll (willkürlich gewählte Daten). Die Klägerin war Exportsachbearbeiterin, in der Buchhaltung und in der Personalverwaltung. Selbst wenn als unstreitig unterstellt würde, dass in zumutbarer Entfernung einige offene Stellen für Menschen mit den Qualifikationen der Klägerin im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung existierten, so ergibt sich aus der Nichtbewerbung auf die Stellen nicht vom ersten Tag an ein böswilliges Unterlassen. Vielmehr ist bei qualifizierten Stellen wie hier in aller Regel ein Zeitraum bis zu drei Monaten als unproblematisch zu betrachten. Ohne das Hinzutreten besonderer Umstände ist nach Ausspruch einer fristlosen Arbeitgeberkündigung regelmäßig nicht anzunehmen, die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer hätte es böswillig unterlassen, eine zumutbare Tätigkeit anzunehmen, wenn sie oder er binnen drei Monaten eine neue Stelle findet und antritt (LAG Köln v. 10.10.2023 - 4 Sa 22/23 -). Der nach Kündigungsausspruch einzuleitende Bewerbungsprozess durchläuft regelmäßig mehrere Stagen (zumeist beginnend mit der Sichtung von Stellenangeboten, sodann dem Verfassen und Versenden von Bewerbungen, schließlich der Durchführung eines Vorstellungsgesprächs, u.U. auch der Teilnahme an einem Assessment-Center) und dauert 49

für gewöhnlich mehrere Wochen. Zumindest wenn das Berufsbild der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers nicht einem besonders schnelllebigen Bereich des Arbeitsmarkts zugeordnet werden kann, kann zunächst ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie oder er hinreichende Bemühungen um eine neue Anstellung an den Tag gelegt hat, wenn er binnen drei Monaten eine solche erlangt. Das ist vorliegend der Fall. Die Klägerin hat durchgehend gearbeitet. Sie hat dabei auch ihre bis heute bestehende Selbständigkeit aufgebaut. Letzteres hat die Beklagte nicht mit Gegentatsachen bestritten und ist auch angesichts der in der Berufungsinstanz vorgelegten Unterlagen offensichtlich.

Angesichts des erfolgreichen Aufbaus der selbständigen Tätigkeit, die bis heute den Lebensunterhalt der Klägerin sichert, ist es nicht erheblich, dass zu Beginn dieser Tätigkeit und der damit verbundenen Aufbauphase Einkünfte erzielt wurden, die unter den Einkünften liegen, die bei einer den bisherigen Aufgaben entsprechenden Tätigkeit verdient werden könnten. Soweit geht die Rücksichtnahmepflicht nicht, dass die Gläubigerin im Annahmeverzugsprozess jeglichen Plan zur Begründung einer Selbständigkeit zurückstellen muss, um den Annahmeverzugsschaden der Schuldnerin so weit wie möglich zu minimieren; einer Schuldnerin, die durch die unwirksame fristlose Kündigung die Gläubigerin rechtswidrig in Finanznot gestürzt hat. Das gilt insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden: Die Beklagte hat der Klägerin gegenüber eine unwirksame Kündigung ausgesprochen verbunden mit Vorwürfen, deren Berechtigung streitig ist; die Klägerin ist über 50 Jahre; sie hat über 25 Jahre für die Beklagte gearbeitet; die Kündigung ist zu einem „unrunden“ Termin ausgesprochen worden; die Beklagte hat der Klägerin kein Zwischenzeugnis erteilt; die Klägerin wäre auf Nachfrage in Vorstellungsgesprächen verpflichtet gewesen, die ihr gegenüber ausgesprochene fristlose Kündigung zu offenbaren. Angesichts dieser Situation ist die bloße Existenz einer oder mehrerer offener Stellen eine nur geringe Verdienstchance. 50

4. Gegen den somit bestehenden Zahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte steht der Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht zu. Die Ansprüche auf Auskunft und auf Entgelt haben ihren Grund im gleichen Rechtsverhältnis, nämlich in dem Arbeitsverhältnis der Parteien. Sie sind daher in jedem Falle „konnex“ im Sinne des § 273 BGB. Sie stehen sich aber nicht gegenüber, denn der Auskunftsanspruch der Beklagten ist genauso gemäß § 362 BGB erloschen wie der Anspruch auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung. 51

a. Die gegen die Klägerin titulierte Verpflichtung, der Beklagten „Auskunft darüber zu erteilen, wann ihr durch die Bundesagentur für Arbeit und das Jobcenter seit dem 22.10.2018 welche Vermittlungsangebote zur Arbeitsaufnahme unterbreitet wurden, indem sie ein Verzeichnis in Textform erstellt, aus dem das Datum des Vermittlungsangebots, die jeweilige Art der Tätigkeit, die Arbeitszeit, der Arbeitsort, die Höhe der Vergütung und der Arbeitgeber hervorgehen, sowie wann und wie sie sich darauf beworben hat und wie auf ihre Bewerbung reagiert wurde“ ist erfüllt mit der Auskunft der Klägerin, sie habe sich bei der Bundesagentur für Arbeit gar nicht gemeldet. 52

b. Der weitere titulierte Auskunftsanspruch „und wann es zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses mit welchen Einkünften gekommen ist und/oder warum es nicht zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses kam“ scheint im Auskunftstitel in unmittelbarem Zusammenhang mit der Meldung bei der Bundesagentur für Arbeit zu stehen, wäre also mit der bereits erfolgten Auskunft, man habe sich gar nicht bei der Bundesagentur gemeldet, bereits erfüllt. Doch auch wenn das nicht so wäre, sich dieser Teil des Auskunftstitels also ganz allgemein auf die Bewerbungsbemühungen bezöge, so wäre auch diese Auskunft erteilt: Begründung des Anstellungsverhältnisses bei der Firma R und gleichzeitig der Aufbau der Selbständigkeit. 53

c. Die Beklagte hat auch eine eidesstattliche Versicherung abgegeben (Bl. 172 d.A.). Schon erstinstanzlich war das unstreitig. Die Klägerin hatte vorgetragen, sie habe ihre Angaben der Beklagten gegenüber am 07.01.2023 an Eides statt versichert und die Beklagte nahm mit Schriftsatz vom 05.01.2023 (Bl. 28) ausdrücklich Bezug auf diese Versicherung. Wenn dem Gericht unstreitiges Vorbringen der Parteien nicht ausreicht, dann mag es im Termin um die Vorlage des Schriftstücks bitten. Das ist hier offensichtlich nicht geschehen. Und dass es im Übrigen bei der Anrechnung des anderweitigen Verdienstes und bei der Auskunft über denselben nicht auf die Mitteilung einzelner Zeiträume ankommt, wurde bereits oben ausgeführt (s.o. S. 11). Die fehlende Aufschlüsselung führt somit weder zur Unvollständigkeit der Auskunft noch zur Fehlerhaftigkeit der eidesstattlichen Versicherung. 54

III. Nach allem war die Entscheidung des Arbeitsgerichts abzuändern und der Klage mit Blick auf den in der Berufungskammer noch streitigen Zeitraum stattzugeben. Als unterliegende Partei hat die Beklagte gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Die Kosten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens waren wegen des Unterliegens der Klägerin mit dem Antrag zu 2 jeweils zur Hälfte aufzuteilen. Eine abweichende Kostenentscheidung nach § 97 Abs. 2 ZPO kam nicht in Betracht, da die Voraussetzungen der Vorschrift nicht erfüllt sind. Die Klägerin obsiegte nicht aufgrund neuen Vorbringens. Alle streitentscheidenden Punkte waren bereits im arbeitsgerichtlichen Verfahren vorgetragen worden. Gründe für eine Revisionszulassung sind nicht gegeben, da die Entscheidung auf den Umständen des vorliegenden Einzelfalls beruht. 55

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE