

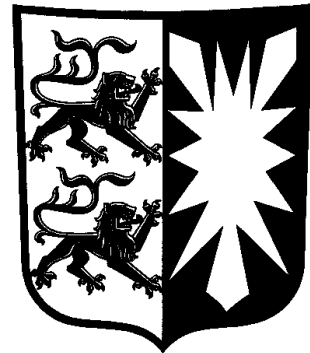
## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### Aktenzeichen: 1 Sa 110/14

1 Ca 1297 c/13 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 28.10.2014

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 28.10.2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und der ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 25.02.2014 – 1 Ca 1297 c/13 – teilweise geändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 8.000,00 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangener EUR 4.228,80 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf EUR 3.771,20 seit dem 30.08.2013 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits (beide Instanzen) tragen beide Parteien je zu Hälfte.

---

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

---

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers auf Annahmeverzugslohn.

Der Kläger war im Betrieb des Beklagten als Bauschlosser/Helfer zu einem Bruttomonatsgehalt von durchschnittlich EUR 2.000,00 beschäftigt. Mit Schreiben vom 29.10.2012 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2012. Ausweislich eines Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn (4 Ca 1034 b/12) endete infolge dieser Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien erst zum 30.04.2013.

Seit dem 01.01.2013 war in den bisherigen Betriebsräumen des Beklagten in S. die Firma T + Ca M. GmbH (T + Ca) tätig. Der Beklagte selbst erwarb die Geschäftsanteile der Firma C. B.Bauschlosserei GmbH, benannte diese in TK-B. Bauschlosserei M. GmbH (TK-B.) um und führte deren in E. ansässigen Betrieb fort. Ausweislich des bereits genannten Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn kam es im Sinne des § 613 a BGB weder zu einem Übergang des Betriebs des Beklagten auf die Firma T + Ca, noch auf die Firma TK-B..

Tatsächlich war der Kläger ab dem 01.01.2013 nicht weiter tätig. Er bezog vom 01.01. bis 30.04.2013 Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 4.228,80.

Mit seiner Klage macht er Annahmeverzugsvergütung für die Zeit vom 01.01. bis 30.04.2013 geltend. Er hat vorgetragen, ihm sei vom Geschäftsführer der Firma T + Ca nicht angeboten worden, für diese tätig zu sein. Tatsächlich sei er dort – unstrittig – erst seit Juni 2013 beschäftigt. Auch der Beklagte habe ihm zu keinem Zeitpunkt angeboten, in dessen Firma nach E. zu wechseln. Tatsächlich habe dieser im Kündigungsschutzverfahren ausdrücklich einen Betriebsübergang seines Betriebs auf die Firma TK-B. geltend gemacht. Der Beklagte habe in jenem Prozess vorgetragen, er – Kläger – sei für den neuen Betrieb nicht geeignet.

Der Beklagte hat erwidert: Der Kläger habe anderweitige Erwerbsmöglichkeiten böswillig unterlassen. So sei ihm vom Geschäftsführer der Firma T + Ca die nahtlose Weiterbeschäftigung in S. angeboten worden. Das habe der Kläger abgelehnt.

Auch habe er selbst dem Kläger angeboten, zu unveränderten Bedingungen in E. für ihn tätig zu sein. Dieses Angebot sei bereits im September 2012 und noch einmal bei Übergabe der Kündigung erfolgt. Das Angebot habe er mit einer Ausnahme allen Mitarbeitern unterbreitet, nur der Kläger habe abgelehnt und dies auch seinen Arbeitskollegen erzählt und erklärt, er habe eine anderweitige Beschäftigung in Aussicht. Der Kläger habe nur einen Schweißlehrgang für MAG-Schweißen absolvieren müssen, den er – Beklagter – bezahlt hätte. Da der Kläger dies abgelehnt habe, sei er tatsächlich im März 2013, zum Zeitpunkt der Abfassung des vom Kläger angesprochenen Schriftsatzes im Vorprozess für den Betrieb fachlich nicht geeignet gewesen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat nach Vernehmung von fünf Arbeitskollegen des Klägers als Zeugen die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe eine zumutbare Erwerbsmöglichkeit böswillig unterlassen. Wie die Beweisaufnahme ergeben habe, sei ihm eine Tätigkeit bei der Firma TK-B. angeboten worden. Diese habe er nicht angenommen. Ihm sei der etwas längere Anfahrtsweg nach E. ebenso zumutbar gewesen, wie die Bedingung des Beklagten, sich für das MAG-Schweißen fortbilden lassen zu müssen. Auch die vom Beklagten verlangte Rückzahlungsvereinbarung wegen der Fortbildungskosten sei nicht unzumutbar. Wegen der weiteren Begründung des Arbeitsgerichts wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen dieses ihm am 24.03.2014 zugestellte Urteil hat der Kläger am 02.04.2014 Berufung eingelegt und diese am 07.05.2014 begründet.

Er trägt vor: Das Arbeitsgericht habe fehlerhaft § 615 Satz 2 BGB und nicht die einschlägige Norm aus § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG angewandt. Ihm sei die Arbeitsaufnahme bei der Firma TK-B. schon wegen der veränderten Bedingungen (Fahrkosten, längere Abwesenheitszeiten, Teilnahme an Fortbildungen auf eigene Kosten) nicht zumutbar gewesen. Im Übrigen hätte er dann sein Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten ohne Einhaltung der Kündigungsfrist durch Vereinbarung beenden sollen. Auch sei ihm nicht angeboten worden, im neuen Betrieb zu arbeiten. Gegenteiliges ergebe sich auch nicht aus der vom Arbeitsgericht insoweit unzutreffend gewürdigten Beweisaufnahme. Die Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses mit der Firma TK-B. im streitgegenständlichen Zeitraum sei schließlich auch deswegen nicht zumutbar gewesen, weil zu jener Zeit ein Rechtsstreit über die Kündigung zwischen den Parteien anhängig gewesen sei.

Da der Beklagte im Übrigen nach seinem Vortrag die Fortbildungskosten für die notwendige Qualifikation nur habe tragen wollen, wenn er – Kläger – sich verpflichtet hätte, zwei Jahre im Betrieb zu bleiben, hätte er die Kosten der Fortbildung selbst tragen müssen, da es ihm nur um eine Weiterbeschäftigung bis zum 30.04.2013 gegangen sei. Auch diese Kostenlast habe die Arbeitsaufnahme unzumutbar gemacht.

Nach Zurücknahme seiner zunächst weitergehenden Berufung beantragt der Kläger nunmehr,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 25.02.2014 – 1 Ca 1297 c/13 – den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger EUR 8.000,00 abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergener EUR 4.228,80 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf den Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er erwidert: Eine Arbeitsaufnahme in E. sei dem Kläger zumutbar gewesen. Warum dieser meine, er habe Fortbildungskosten tragen müssen, möge er erklären. Im Übrigen seien etwaige Fortbildungskosten ebenso wie zusätzliche Fahrtkosten bei der Berechnung des Vergütungsanspruchs im Wege der Verrechnung zu berücksichtigen. Die Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts greife der Kläger substantiiert nicht an. Dass er den Kläger nur wenigstens zwei Jahre lang habe beschäftigen wollen, bestreite er.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf die Akte verwiesen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die gemäß § 64 Abs. 2, lit. b ArbGG statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und begründete und damit zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage, soweit diese in die Berufungsinstanz gelangt ist, zu Unrecht abgewiesen. Sie ist begründet.

#### **I.**

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Antrag des Klägers in der im Berufungstermin gestellten Fassung. Bei der Umstellung des Klagantrags dahingehend, dass nunmehr die Zahlung der Vergütung abzüglich der auf das Arbeitsamt übergegangenen Ansprüche verlangt wird, handelt es sich gemäß den §§ 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO um eine Beschränkung des Klagantrags in der Hauptsache und damit nicht um eine Klageänderung.

Im Übrigen lägen die Voraussetzungen für eine Zulässigkeit der Klageänderung auch vor.

#### **II.**

Der Antrag ist begründet.

1. Der Hauptanspruch des Klägers folgt aus den §§ 611, 615 Satz 1 BGB.

a) Unstreitig befand sich der Beklagte vom 01.01.- 30.04.2013 mit der Annahme der Dienste des Klägers in Verzug. Dieser hatte für diesen Zeitraum seine Arbeitsleistung nach § 295 ZPO durch die Kündigungsschutzklage angeboten. Im Übrigen war wegen der Kündigung des Beklagten zum 31.12.2012 ein Angebot seiner Arbeitsleistung durch den Kläger nicht erforderlich.

b) Auf den danach grundsätzlich entstandenen Anspruch auf Verzugslohn muss sich der Kläger fiktiven Verdienst nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG nicht anrechnen lassen.

Nach dieser Vorschrift hat sich der Arbeitnehmer auf den Anspruch auf Arbeitsentgelt das anrechnen zu lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.

Mit dem Kläger geht die Berufungskammer davon aus, dass sich die Anrechnung von Zwischenverdienst im vorliegenden Fall nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG, nicht nach § 615 Satz 2 BGB richtet. Letztlich kommt es hierauf nicht an, weil beide Vorschriften unstreitig denselben materiell-rechtlichen Inhalt haben.

Der Kläger hat es aber nicht böswillig unterlassen, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterlässt ein Arbeitnehmer böswillig anderweitigen Verdienst, wenn er vorsätzlich ohne ausreichenden Grund Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird. Böswilligkeit setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen. Es genügt das vorsätzliche Außerachtlassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbsarbeit. Die vorsätzliche Untätigkeit muss vorwerfbar sein. Das ist nicht der Fall, wenn eine angebotene oder sonst mögliche Arbeit nach den konkreten Umständen für den Arbeitnehmer unzumutbar ist. Die Unzumutbarkeit kann sich etwa aus der Art der Arbeit, den sonstigen Arbeitsbe-

dingungen oder der Person des Arbeitgebers ergeben. Die Frage der Zumutbarkeit ist unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben zu bestimmen (BAG, Urteil vom 11.01.2006 – 5 AZR 98/05 – Juris, Rn 18). Ein Arbeitnehmer handelt im Allgemeinen nicht böswillig, wenn er während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers kein anderweitiges Dauerarbeitsverhältnis eingeht, das ihm die Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz erschweren könnte (BAG, Urteil vom 18.06.1965 – 5 AZR 351/64 – Juris).

b) Nach diesen Grundsätzen handelte der Kläger dadurch, dass er zum 01.01.2013 seine Arbeit nicht bei der Firma TK-B. aufnahm, nicht böswillig.

Dabei unterstellt die Berufungskammer zu Gunsten des Beklagten, dass dem Kläger ein Wechsel seines Arbeitgebers vom Beklagten zur Firma TK-B. tatsächlich angeboten worden ist. Die vom Arbeitsgericht insoweit durchgeführte Beweiswürdigung ist aus Sicht des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Zwar hat keiner der benannten Zeugen ein unmittelbares Gespräch zwischen dem Beklagten und dem Kläger bestätigen können. Das Arbeitsgericht hat aber in nachvollziehbarer Weise aus den Indizien, die die Zeugen vorgetragen haben, geschlossen, dass auch dem Kläger angeboten worden ist, ab 01.01.2013 für die Firma TK-B. in E. tätig zu sein

Die Kammer ist jedoch bereits nicht davon überzeugt, dass dieses zu Gunsten des Beklagten unterstellte Angebot der Firma TK-B. auch nach dessen Ablehnung durch den Kläger und der Erhebung einer Kündigungsschutzklage noch fortbestand. Der Beklagte hatte als Geschäftsführer der Firma TK-B. und in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber des Klägers diesem einen Wechsel seines Arbeitsplatzes unter Abkürzung der Kündigungsfrist angeboten. Ihm ging es, wie er im Berufungstermin auf Befragen auch nochmal erläutert hat, darum, sicherzustellen, dass er seinen neuen Betrieb in E. mit im Wesentlichen unveränderter Belegschaft fortführen konnte. Geplant war eine auf Dauer angelegte Neugründung des Unternehmens. Es sollte, wie der Beklagte nahezu wörtlich ausgeführt hat, „richtig losgehen“. Bei dieser Sachlage war es keineswegs selbstverständlich, dass das Angebot der Firma TK-B. auch ausschließlich für die Dauer eines etwaigen Kündigungsschutzprozesses zur Minderung des Verzugslohnrisikos des Klägers gelten sollte. Der Kläger hatte den Wechsel aus-



drücklich abgelehnt und damit zu erkennen gegeben, zu einem Verzicht auf seine Kündigungsfrist und die Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit der Firma TK-B. grundsätzlich nicht bereit zu sein. Angesichts dieser Umstände hätte es aus Sicht der Berufungskammer eines erneuten Hinweises bzw. einer Aufforderung des Beklagten an den Kläger bedurft, ab dem 01.01.2013 – auch – zur Minderung des Verzugslohnrisikos in E. die Arbeit aufzunehmen. Nach Auffassung der Berufungskammer ist mit dem Angebot auf Wechsel des Arbeitsplatzes und des Arbeitgebers im Rahmen der Fortführung eines anderen Unternehmens typischerweise nicht zugleich das Angebot verbunden, nur für einen vorübergehenden Zeitraum wegen eines gleichzeitig geführten Kündigungsschutzprozesses tätig zu sein. Vielmehr dürften die Vereinbarungen über einen Wechsel des Arbeitgebers in dem Moment gescheitert sein, als der Kläger dieses Angebot ablehnte.

Schließlich hat der Kläger jedenfalls auch deswegen die Arbeitsaufnahme bei der Firma TK-B. nicht böswillig unterlassen, weil er vor Arbeitsaufnahme eine Qualifikation für das Schutzgasschweißen hätte ablegen sollen. Das allein macht die Arbeitsaufnahme zwar nicht unzumutbar. Zugleich hätte er sich aber verpflichten müssen, die Kosten dieser Qualifikation zurückzuzahlen, wenn er vor Ablauf von zwei Jahren sein Arbeitsverhältnis bei der Firma TK-B. wieder beendet.

Dass die Firma TK-B. nur bei Unterzeichnung einer entsprechenden Vereinbarung den Kläger beschäftigt hätte, hat der Zeuge G. ausdrücklich erklärt. Er führt auf Seite 3 des Protokolls der Vernehmung in erster Instanz aus, dass der Kläger die Qualifikation für das Schutzgasschweißen habe absolvieren müssen. Wörtlich heißt es: „er musste nur die Qualifikation absolvieren, also für das Schutzgasschweißen. Also das Schutzgasschweißen hat Herr H. in der alten Firma zwar auch teilweise gemacht, aber in der neuen Firma hätte er unterschreiben müssen, dass er es richtig gemacht hat und das hätte er nicht unterschreiben dürfen, weil er die Qualifikation nicht hatte“. Auf Seite 4 erläutert der Zeuge dann, dass Inhalt der Verpflichtung gewesen wäre, sich zwei Jahre an die Firma zu binden. Dort führt der Zeuge G. wörtlich aus: „Herr H. wollte die Verpflichtung, zwei Jahre in der Firma zu bleiben, nicht unterschreiben. Er hat gesagt, dass er nicht mit nach E. kommen wolle“.

Damit war eine etwaige Arbeitsaufnahme bei der Firma TK-B. für den Kläger an die Unterzeichnung einer Rückzahlungsverpflichtung geknüpft. Das macht die Arbeitsaufnahme aus Sicht der Berufungskammer für den Kläger unzumutbar. Hierzu bedurfte es entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts (auf Seite 7 der Entscheidungsgründe) auch keiner weiteren Ausführungen des Klägers. Die Übernahme einer Bleibeverpflichtung für zwei Jahre, wenn es nur um eine Beschäftigung zur Minderung des Verzugslohnrisikos für vier Monate geht, ist ohne Weiteres unzumutbar. Ebenso wenig wie der Kläger ein Dauerschuldverhältnis hätte aufnehmen müssen, aus dem er sich – etwa wegen einer besonders langen Kündigungsfrist – nur schwer hätte lösen können (vgl. BAG vom 18.06.1965, aaO), war er verpflichtet, sich durch die Unterzeichnung einer Rückzahlungsverpflichtung faktisch an die Firma TK-B. zu binden. Auf die Frage der Wirksamkeit dieser Rückzahlungsverpflichtung kommt es nicht an. Der Kläger war nicht verpflichtet, das Risiko der Wirksamkeit auf sich zu nehmen.

c) Der Kläger muss sich auf nicht fiktiv das anrechnen lassen, was er bei der Firma T + K ab 01.01.2013 hätte verdienen können.

Der Beklagte hat zwar erstinstanzlich zunächst vorgetragen, die Firma T + K habe dem Kläger eine Weiterbeschäftigung ab 01.01.2013 in S. angeboten. Diesen vom Kläger ausdrücklich bestrittenen Vortrag hat der Beklagte aber trotz der insoweit eindeutigen Auflage des Arbeitsgerichts aus dem Gütetermin vom 18.10.2013 (Bl. 37 d. A.) nicht weiter substantiiert.

d) Der Höhe nach ist der Anspruch unstreitig. Das von ihm bezogene Arbeitslosengeld lässt sich der Kläger entsprechend § 11 Satz 1 Nr. 3 KSchG auf seinen Anspruch anrechnen.

2. Der Zinsanspruch des Klägers folgt aus den §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1, 291 BGB.

**III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Da der Kläger auch im Berufungsverfahren zunächst noch die Zahlung von 8.000,00 EUR beantragt hat und diesen Antrag erst in der mündlichen Verhandlung reduziert hat, trägt er die Hälfte der Kosten des Rechtsstreits. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich. Über die Nichtzulassung der Revision hat die Kammer beraten. Der entsprechende Ausspruch der Entscheidung im Tenor ist versehentlich unterblieben.