

Liebe Leserinnen und Leser,

das Bundesarbeitsgericht beschäftigt sich in einer neuen Entscheidung mit dem widersprüchlichen Verhalten des Arbeitgebers, welches in dem Angebot einer Prozessbeschäftigung nach Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung liegt.

Ihr Rechtsanwalt Stefan von Zduowski, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Ist ein Angebot auf Prozessbeschäftigung bei außerordentlicher verhaltensbedingter Kündigung ernst gemeint?

BAG, Urteil vom 29.03.2023 (5 AZR 255/22), Pressemitteilung 17/23

Dass der Arbeitgeber im entschiedenen Fall den Weg einer außerordentlichen Änderungskündigung beschritten hat, ist für sich schon ungewöhnlich. Auch der Umstand, dass nach Ablehnung des Änderungsangebots eine weitere außerordentliche Kündigung ausgesprochen und der Arbeitnehmer gleichzeitig zur Arbeitsleistung auf dem in der Hierarchie niedrigeren und geringer entlohnten Arbeitsplatz aufgefordert wurde, ist erstaunlich. Letztlich ging es dem Arbeitgeber darum, das Annahmeverzugslohnrisiko zu minimieren, falls sich die Kündigungen als unwirksam herausstellen sollten. Nun ist es aber so eine Sache mit dem Angebot einer Prozessbeschäftigung nach Ausspruch einer fristlosen Kündigung. Denn der Arbeitgeber macht mit der fristlosen Kündigung deutlich, dass es ihm unzumutbar ist, den Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigung weiter zu beschäftigen. Warum sollte dann aber eine Prozessbeschäftigung zumutbar sein? Selbst wenn diese – und so wird es wohl in der Regel sein – auf einem anderen Arbeitsplatz und zu anderen Bedingungen angeboten wird, könnten dem Arbeitgeber schnell die Argumente ausgehen, denn dieses Verhalten ist widersprüchlich. Wenn eine Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz zumutbar bliebe, würde es sich bei der außerordentlichen Kündigung nicht um das letzte Mittel (ultima ratio) handeln, um dem Pflichtenverstoß des Arbeitnehmers zu begegnen. Vor diesem Hintergrund mag die in diesem Fall ausgesprochene fristlose Änderungskündigung einen Sinn ergeben. Da das Arbeitsverhältnis für den Fall der Wirksamkeit nicht beendet, sondern nur geändert worden wäre, ist der Arbeitgeber vermutlich davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer diese Änderung nicht annehmen würde, so dass es auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinauslief. Das Bundesarbeitsgericht meint in einem solchen Fall allerdings, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer womöglich kein ernstgemeintes Angebot zu einer Prozessbeschäftigung unterbreitet:

„Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos, weil er meint, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihm nicht zuzumuten, bietet aber gleichzeitig dem Arbeitnehmer „zur Vermeidung von Annahmeverzug“ die Weiterbeschäftigung zu unver-

änderten Bedingungen während des Kündigungsschutzprozesses an, verhält er sich widersprüchlich. In einem solchen Fall spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass das Beschäftigungsangebot nicht ernst gemeint ist. Diese Vermutung kann durch die Begründung der Kündigung zur Gewissheit oder durch entsprechende Darlegungen des Arbeitgebers entkräftet werden.

Der Kläger war seit dem 16. August 2018 bei der Beklagten als technischer Leiter beschäftigt und hat 5.250,00 Euro brutto monatlich verdient. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2019 sprach die Beklagte eine fristlose Änderungskündigung aus, mit der sie dem Kläger einen neuen Arbeitsvertrag als Softwareentwickler gegen eine auf 3.750,00 Euro brutto monatlich verminderte Vergütung anbot. Weiter heißt es in dem Kündigungsschreiben, „im Falle der Ablehnung der außerordentlichen Kündigung durch Sie (also im Falle, dass Sie von einem unaufgelösten Arbeitsverhältnis ausgehen) oder im Falle der Annahme des folgenden Angebots erwarten wir Sie am 05.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt“. Der Kläger lehnte das Änderungsangebot ab und erschien auch nicht zur Arbeit. Daraufhin kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 14. Dezember 2019 das Arbeitsverhältnis erneut und zwar „außerordentlich zum 17.12.2019 um 12:00 Uhr MEZ“. Ferner wies sie darauf hin, „im Falle der Ablehnung dieser außerordentlichen Kündigung“ erwarte sie den Kläger „am 17.12.2019 spätestens um 12:00 Uhr MEZ zum Arbeitsantritt“. Dem leistete der Kläger nicht Folge. In dem von ihm anhängig gemachten Kündigungsschutzprozess wurde rechtskräftig festgestellt, dass beide Kündigungen das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst haben.

Nachdem die Beklagte für den Monat Dezember 2019 nur noch eine Vergütung von 765,14 Euro brutto zahlte und der Kläger erst zum 1. April 2020 ein neues Arbeitsverhältnis begründen konnte, hat er Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs erhoben, mit der er die Zahlung des arbeitsvertraglich vereinbarten Gehalts abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes bis zum Antritt der neuen Beschäftigung verlangt. Er hat gemeint, die Beklagte habe sich im Streitzeitraum aufgrund ihrer unwirksamen Kündigungen im Annahmeverzug befunden. ...

...

Die vom Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts nachträglich zugelassene Revision des Klägers war erfolgreich. Die Beklagte befand sich aufgrund ihrer unwirksamen fristlosen Kündigungen im Annahmeverzug, ohne dass es eines Arbeitsangebots des Klägers bedurft hätte. Weil die Beklagte selbst davon ausging, eine Weiterbeschäftigung des Klägers sei ihr nicht zuzumuten, spricht wegen ihres widersprüchlichen Verhaltens eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sie dem Kläger kein ernstgemeintes Angebot zu einer Prozessbeschäftigung unterbreitete. Die abweichende Beurteilung durch das Landesarbeitsgericht beruht auf einer nur selektiven Berücksichtigung des Parteivortrags und ist schon deshalb nicht vertretbar. Darüber hinaus lässt die Ablehnung eines solchen „Angebots“ nicht auf einen fehlenden Leistungswillen des Klägers iSd. § 297 BGB schließen. Es käme lediglich in Betracht, dass er sich nach § 11 Nr. 2 KSchG böswillig unterlassenen Verdienst anrechnen lassen müsste. Das schied im Streitfall jedoch aus, weil dem Kläger aufgrund der gegen ihn im Rahmen der Kündigungen erhobenen Vorwürfe und der Herabwürdigung seiner Person eine Prozessbeschäftigung bei der Beklagten nicht zuzumuten war. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger im Kündigungsschutzprozess vorläufige Weiterbeschäftigung beantragt hat. Dieser Antrag war auf die Prozessbeschäftigung nach festgestellter Unwirksamkeit der Kündigungen gerichtet. Nur wenn der Kläger in einem solchen Fall die Weiterbeschäftigung abgelehnt hätte, hätte er sich seinerseits widersprüchlich verhalten. Hier ging es indes um die Weiterbeschäftigung in der Zeit bis zur erstinstanzlichen Entscheidung. Es macht einen Unterschied, ob der Arbeitnehmer trotz der gegen ihn im Rahmen einer verhaltensbedingten Kündigung erhobenen (gravierenden) Vorwürfe weiterarbeiten soll oder er nach erstinstanzlichem Obsiegen im Kündigungsschutzprozess gleichsam „rehabilitiert“ in den Betrieb zurückkehren kann.“

IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:
Rechtsanwalt Stefan von Zduowski
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Ludwigkirchplatz 2
10719 Berlin-Wilmersdorf
www.praxiswissen-arbeitsrecht.de