ArbG Kempten, Endurteil v. 24.10.2023 – 3 Ca 362/23

Titel:

Coronavirus, SARS-CoV-2, Arbeitslosengeld, Arbeitsvertrag, Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Erkrankung, Arbeitszeit, Annahmeverzug, Arbeitsleistung, Arbeit, Gesundheitszustand, Ablehnung, Auskunft, Streitwert, Zinsen, zwei Wochen, lex specialis, Darlegungs und Beweislast

Schlagworte:

Coronavirus, SARS-CoV-2, Arbeitslosengeld, Arbeitsvertrag, Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Erkrankung, Arbeitszeit, Annahmeverzug, Arbeitsleistung, Arbeit, Gesundheitszustand, Ablehnung, Auskunft, Streitwert, Zinsen, zwei Wochen, lex specialis, Darlegungs und Beweislast

Rechtsmittelinstanzen:

LArbG München, Urteil vom 11.04.2024 – 7 Sa 493/23
LArbG München, Berichtigungsbeschluss vom 05.06.2024 – 7 Sa 493/23
LArbG München, Ergänzungsurteil vom 10.09.2024 – 7 Sa 493/23
LArbG München, Berichtigungsbeschluss vom 10.09.2024 – 7 Sa 493/23
BAG, Urteil vom 15.01.2025 – 5 AZR 135/24

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu 90%, die Beklagte zu 10% zu tragen.

3. Der Streitwert wird festgesetzt auf 36.378,36 €.

4. Soweit die Berufung nicht kraft Gesetztes statthaft ist, wird sie nicht zugelassen.

Tatbestand

1
Die Parteien streiten zuletzt um Annahmeverzug sowie die Erteilung von Entgeltabrechnungen für den Verzugszeitraum.

2
Die Klägerin ist seit dem 01.10.2011 bei dem Beklagten als Verwaltungsangestellte gemäß Arbeitsvertrag vom 29.09.2011 beschäftigt. Seit dem 01.01.2014 hat die Klägerin in Teilzeit 28 Stunden pro Woche gearbeitet.

3
Mit Schreiben vom 27.11.2020 erhielt die Klägerin eine ordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung zum 31.03.2021. Der Beklagte bot der Klägerin gleichzeitig an, ab dem 01.04.2021 einen geänderten Arbeitsvertrag zu schließen. Zu den Einzelheiten wird auf Bl. 179 bis 187 d.A. verwiesen. Die Klägerin lehnte das Änderungsangebot ab. Laut Änderungsangebot lautete bei gleichbleibender Tätigkeit auf einen reduzierten Umfang auf 15 Stunden pro Woche. Die Vergütung sollte entsprechend angepasst werden. Beginn des neuen unbefristeten Arbeitsvertrags sollte der 01.04.2021 sein. Weiter ergaben sich im Vergleich zum Arbeitsvertrag vom 29.09.2011 einzelne Änderungen zB. Versetzungsklausel, Sonderzahlungen, Verpflichtung zur Nacht-, Schicht-, Wechselschicht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit im Rahmen der gesetzlichen tariflichen Bestimmungen, Regelungen bei Arbeitsunfähigkeit und sonstiger Arbeitsverhinderung sowie Freistellung. Zu den Einzelheiten der vertraglichen Änderungen wird auf Bl. 130 bis 133 d.A. verwiesen. Mit Datum vom 05.05.2021 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich fristlos aus verhaltensbedingten Gründen.

4
Gegen die Änderungskündigung wie auch gegen die fristlose Kündigung erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage unter dem Aktenzeichen 2 Ca 2473/20. Mit Schriftsatz im Vorprozess vom

09.09.2022 bot der Beklagte der Klägerin eine Prozessbeschäftigung als Verwaltungsangestellte auf der Basis von 15 Wochenstundenzahl an (vgl. im Einzelnen Blatt 254 d.A.). Die Klägerin nahm dieses Angebot nicht an.

5
Mit Schreiben vom 08.02.2023 erkannte der Beklagte die Anträge im Kündigungsschutzprozess an. Mit Datum vom 10.02.2023 erließ das Arbeitsgericht Kempten folgendes

„Anerkenntnisurteil:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigungen der Beklagten vom 27. November 2020 und 05. Mai 2021 nicht aufgelöst ist, sondern über den

31. März 2021 hinaus unverändert fortbesteht.

2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsanträge weiterzubeschäftigen.

3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

4. Der Streitwert wird festgesetzt auf € 14.772,31.“

6
Mit Schreiben vom 09.02.2023 forderte die Klägervertreterin Annahmeverzug für den Verzugszeitraum vom 01.04.2021 bis einschließlich 14.02.2023. Ab dem 15.02.2023 wurde das Arbeitsverhältnis der Parteien wieder vollzogen. Seitdem hat die Klägerin nur wenige Tage gearbeitet. Sie war bis zum 19.10.2023 insgesamt an 142 Kalendertagen arbeitsunfähig erkrankt. Darüber hinaus nahm die Klägerin an 64 Tagen Urlaub. Im Einzelnen war sie vom 20.03.2023 bis 29.03.2023, vom 09.05.2023 bis 12.05.2023, vom 25.05.2023 bis zum 26.05.2023 sowie vom 07.06.2023 bis zum 30.06.2023 arbeitsunfähig erkrankt. Seit dem 10.07.2023 ist sie nunmehr durchgängig arbeitsunfähig erkrankt und seit dem 21.08.2023 im Krankengeldbezug (im Einzelnen wird auf die Übersicht Bl. 260 d.A. verwiesen). Vor dem Verzugszeitraum war die Klägerin vom 15.01.2021 bis 31.01.2021 sowie vom 22.03.2021 bis 31.03.2021 arbeitsunfähig erkrankt.

7
Die Klägerin erhielt im streitgegenständlichen Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 fünf Vermittlungsvorschläge seitens der Agentur für Arbeit. Sie bewarb sich auf diese Vermittlungsvorschläge, erhielt jedoch Absagen hierauf. Darüber hinaus bewarb sich die Klägerin zehnmal im Verzugszeitraum eigeninitiativ und verfolgte fünf Vorschläge des Geschäftsführers des Beklagten Herrn X. Auf einen Vorschlag des Geschäftsführers erfolgte keine Bewerbung, da das Stellenangebot ohne Angabe der Firma und ohne Angabe der Kontaktdaten bzw. des Portals erfolgte. Die Klägerin erteilte die Auskunft zu ihren Erwerbsbemühungen unter Nennung der Tätigkeit und des Arbeitgebers. Die vorgesehene Arbeitszeit lässt sich – soweit darin angegeben – den vorgelegten Vermittlungsvorschlägen der Agentur für Arbeit entnehmen, wird jedoch bezüglich der Eigenbemühungen und den Vorschlägen von Herrn X nicht genannt. Darüber hinaus nennt die Klägerin nicht die in Aussicht stehende Vergütung.

8
Die Klägerin behauptet, sie sei im Verzugszeitraum leistungswillig und leistungsfähig gewesen. Sie habe der Agentur für Arbeit uneingeschränkt für eine Vermittlung zur Verfügung gestanden. Aufgrund der geringen Krankheitszeiten vor dem Verzugszeitraum sei die Behauptung der Beklagten, sie sei im Verzugszeitraum nicht leistungsfähig gewesen, eine Behauptung ins Blaue hinein. Das Arbeitsverhältnis der Parteien sei zum Zeitpunkt der Änderungskündigung bereits angespannt gewesen. Die Klägerin habe daher davon ausgehen müssen, dass die arbeitsvertraglichen Änderungen Kalkül gehabt hätten und der Beklagte ihr durch Versetzung an einen weit entfernten Arbeitsort, Verpflichtung zu Nacht-, Schicht-, Wechselschicht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit etc. das Arbeitsleben schwergemacht hätte. Das Arbeitsverhältnis sei auch heute noch angespannt, da der Klägerin der beantragte Urlaub zum Teil nicht bewilligt worden sei.

9
Die Klägerin ist der Rechtsauffassung, sie habe Zwischenverdienst nicht böswillig unterlassen. Es sei ihr nicht zumutbar gewesen, das Änderungsangebot des Beklagten auch nur unter Vorbehalt anzunehmen. Der angebotene neue Arbeitsvertrag habe deutlich schlechtere Bedingungen als der alte vorgesehen. Der

Beklagte habe den Kündigungsschutzprozess in die Länge gezogen, da er von vornherein die Kündigungsschutzanträge hätte anerkennen können. Weiter habe sie die Auskunft vollständig erteilt, da sie nicht mehr Informationen zu den Vermittlungsvorschlägen der Agentur für Arbeit habe. Nachdem sie auf ihre Bewerbungen Absagen erhalten habe, könne sie keine genaueren Angaben zu den Verdienstmöglichkeiten oder weiteren vertraglichen Umständen machen. Darüber hinaus sei sie auch nicht verpflichtet, zu den Gründen der Absagen näher auszuführen.

10
Im Kammertermin schlossen die Parteien einen Teilvergleich hinsichtlich des qualifizierten Zwischenzeugnisses. Die ursprünglich eingeklagten Ansprüche auf Erteilung von Urlaub wurden übereinstimmend für erledigt erklärt. Nach teilweiser Klagerücknahme bezüglich der Höhe der geltend gemachten Annahmeverzugsansprüche stellte die Klägerin zuletzt folgende Anträge:

I.

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat April 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 723,58 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Mai 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Juni 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Juli 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

5. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat August 2021 2.157,45 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

6. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat September 2021 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

7. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Oktober 2021 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

8. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat November 2021 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

9. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Dezember 2021 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

10. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin eine Jahressonderzahlung 2021 2.114,13 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

11. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für das Jahr 2021 eine Corona-Prämie in Höhe von 290,92 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

12. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Januar 2022 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

13. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Februar 2022 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

14. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat März 2022 2.228,70 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

15. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat April 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

16. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Mai 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

17. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Juni 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

18. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Juli 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

19. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat August 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

20. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat September 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

21. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Oktober 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

22. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat November 2022 2.273,17 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

23. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Dezember 2022 2.409,27 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

24. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für das Jahr 2022 eine Jahressonderzahlung in Höhe von 2.346,94 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über den jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

25. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für das Jahr 2022 eine Corona-Prämie in Höhe von 290,92 € brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

26. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Januar 2023 2.409,27 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 943,80 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

27. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin für den Monat Februar 2023 1.202,22 € brutto abzüglich Arbeitslosengeld in Höhe von 440,44 € netto nebst Zinsen aus dem Differenzbetrag seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

II.

Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin bei Zahlung der unter Ziffer I. eingeklagten Beträge pro Monat entsprechende Abrechnungen in Textform zu erteilen.

11
Die Beklagte beantragt konkludent

Klageabweisung.

12
Der Beklagte behauptet, die Klägerin sei im Verzugszeitraum leistungsunfähig und leistungsunwillig gewesen. Der vorformulierte neue Arbeitsvertrag, der der Klägerin gleichzeitig mit der Kündigung vom 27.11.2020 unterbreitet wurde, habe der zum damaligen Zeitpunkt üblichen formularmäßigen Gestaltung der Arbeitsverträge beim Beklagten entsprochen. Grund für die fristlose Kündigung sei eine Anzeige der Klägerin einer behaupteten Ordnungswidrigkeit gegen den Geschäftsführer des Beklagten gewesen, da die Arbeitsbescheinigung von dem Beklagten nicht ordnungsgemäß ausgefüllt worden sei. Die Arbeitsbescheinigung habe nach zwei Wochen korrigiert für die Klägerin bereitgelegen. Der Beklagte ist der Rechtsauffassung, die Leistungsunwilligkeit der Klägerin ergebe sich daraus, dass sie zwei Jahre keine Stelle gefunden habe, obwohl Verwaltungskräfte im Verzugszeitraum stark nachgefragt gewesen seien. Weiter spreche für die Leistungsunwilligkeit, dass sie den angebotenen geänderten Arbeitsvertrag nicht unter Vorbehalt angenommen habe.

13
Überdies sei die Klägerin auch leistungsunfähig gewesen. Sie sei bereits vor dem Verzugszeitraum erheblich erkrankt gewesen und nach dem Verzugszeitraum nahezu durchgängig infolge Urlaub und Krankheit ausgefallen.

14
Jedenfalls habe die Klägerin Zwischenverdienst böswillig unterlassen, da ihr die Annahme des geänderten Arbeitsvertrages unter Vorbehalt zumutbar gewesen sei. Der Kündigungsschutzprozess sei von der Beklagten nicht künstlich in die Länge gezogen worden. Wesentlicher Grund für die Verzögerung des Vorprozesses sei es gewesen, dass die Kammer ein Jahr nicht besetzt gewesen sei. Darüber hinaus habe der Beklagte umfangreich zur Vergleichbarkeit der Mitarbeiter vortragen müssen. Schließlich sei es zu dem Anerkenntnis gekommen, da der zuständige Richter auf die Personalratsanhörung hingewiesen habe und sich der Personalratsvorsitzende an die Einzelheiten nicht mehr habe erinnern können. Die von der Klägerin vorgebrachten Einzelheiten hinsichtlich der vertraglichen Gestaltung des neuen Angebots des Arbeitsvertrages seien irrelevant, da es der Klägerin auf jeden Fall möglich gewesen wäre, dieses unter Vorbehalt anzunehmen. Darüber hinaus sei die Klägerin ihrer Auskunftsverpflichtung aus § 242 BGB nach dem Urteil des BAG vom 27.05.2020 – 5 AZR 387/19 nicht hinreichend nachgekommen. Die Klägerin müsse auch Auskunft darüber geben, was der Grund für das Scheitern der Erwerbsbemühungen gewesen sei. Die Auskunft sei daher von der Klägerin nicht vollständig erteilt worden.

15
Hinsichtlich des weiteren Sachvortrags wird auf sämtliche gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen, die Sitzungsniederschriften sowie den gesamten übrigen Akteninhalt verwiesen.

Entscheidungsgründe

16
Die zulässige Klage ist unbegründet.

I.

17
Die Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben und die Klage ist im Übrigen zulässig.

18
1. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist gemäß § 2 Nr. 3 lit. a ArbGG eröffnet, da die Parteien über Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis streiten.

19

2. Das Arbeitsgericht Kempten ist örtlich zuständig, da die Klägerin ihre Arbeitsleistung im Gerichtsbezirk des Arbeitsgerichts Kempten erbracht hat, § 48 Abs. 1a ArbGG.

20
3. Im Weiteren bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage.

II.

21
Die zulässige Klage ist unbegründet.

22
1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung aus §§ 611a Abs. 2, 615 S.1 BGB für die Zeit vom 01.04.2021 bis 14.02.2023.

23
a. Nach ständiger Rechtsprechung gerät der unwirksam kündigende Arbeitgeber gemäß §§ 293f. BGB in Annahmeverzug, ohne dass es eines – auch nur wörtlichen – Arbeitsangebots des Arbeitnehmers bedarf. Denn in der Kündigung des Arbeitgebers liegt zugleich die Erklärung die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. bei einer fristlosen Kündigung nach deren Zugang nicht mehr anzunehmen (BAG 29.03.2023 – 5 AZR 255/22, Rn. 13, zitiert nach juris; im Folgenden sind sämtliche Entscheidungen zitiert nach juris).

24
b. Die Annahmeverzugsansprüche scheitern jedoch an der fehlenden Leistungsfähigkeit der Klägerin im Verzugszeitraum, § 297 BGB.

25
aa. Der Arbeitgeber gerät unbeschadet der sonstigen Voraussetzungen nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken. Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Arbeitnehmers sind vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Verzugszeitraums vorliegen müssen. Der leistungsunwillige Arbeitnehmer setzt sich selbst außerstande, die Arbeitsleistung zu bewirken. Weil er bei der Berufung auf die Leistungsunfähigkeit oder die Leistungsunwilligkeit eine Einwendung erhebt, trägt der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer im Streitzeitraum zur Leistung objektiv außerstande oder subjektiv nicht bereit war. Dazu reicht es zunächst aus, wenn er Indizien vorträgt, aus denen auf die Leistungsunfähigkeit oder Leistungsunwilligkeit des Arbeitnehmers geschlossen werden kann (BAG 29.03.2023 – 5 AZR 255/22, Rn. 15). Weil der Arbeitgeber über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers regelmäßig keine näheren Kenntnisse hat, genügt er seiner primären Darlegungslast grundsätzlich schon dadurch, dass er Indizien vorträgt, aus denen auf eine Leistungsunfähigkeit im Annahmeverzugszeitraum geschlossen werden kann. Hat der Arbeitgeber solche Indizien vorgetragen, ist es Sache des Arbeitnehmers die Indizwirkung der behaupteten Tatsachen zu erschüttern. Naheliegend ist es, insoweit die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden. Der Arbeitgeber ist dann für die Leistungsunfähigkeit beweispflichtig. Er kann sich auf das Zeugnis der den Arbeitnehmer behandelnden Ärzte und auf ein Sachverständigengutachten berufen (BAG 21.07.2021 – 5 AZR 543/20, Rn. 11).

26
bb. Die primäre Darlegungslast des Arbeitgebers für die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber die von ihm behauptete Tatsache – Leistungsunfähigkeit – mittels Indizien zu beweisen hätte. Er muss lediglich Tatsachen vortragen, die einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür bieten, dass der Arbeitnehmer im Streitzeitraum für die geschuldete Tätigkeit nicht bzw. nicht uneingeschränkt leistungsfähig war, die also eine entsprechende Schlussfolgerung ermöglichen und als wahrscheinlich erscheinen lassen. Dabei dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, denn der Arbeitgeber verfügt regelmäßig über keine näheren Informationen zum Gesundheitszustand des Arbeitnehmers. So hat der zuständige Senat des BAG beispielsweise die Koinzidenz zwischen dem Ablauf der Kündigungsfrist und dem behaupteten Ende der Arbeitsunfähigkeit nach einer mehrmonatigen Erkrankung als entsprechendes Indiz ausreichen lassen. Generell kommen als Indizien, aus denen auf Leistungsunfähigkeit des Arbeitsnehmers geschlossen werden kann, insbesondere Krankheitszeiten des Arbeitnehmers vor und nach dem Verzugszeitraum sowie privatgutachterliche Stellungnahmen eines Betriebs- oder Vertrauensarztes

über die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber im Prozess vorlegt und dessen Einschätzung er sich – zumindest konkludent – zu eigen macht, in Betracht. Den Tatsachengerichten kommt bei der Prüfung, ob der Arbeitgeber im Rahmen des § 297 BGB seiner primären Darlegungslast für die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers genügt hat, ein Beurteilungsspielraum zu (BAG 21.07.2021 – 5 AZR 543/20, Rn. 12f).

27
cc. Unter Beachtung der vorstehenden Grundsätze hat der Beklagte hinreichende Indizien dargelegt, die dafürsprechen, dass die Klägerin im Verzugszeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 nicht uneingeschränkt leistungsfähig war. Die Klägerin ist diesen Indizien im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast nicht entgegengetreten.

28
dd. Für eine Leistungsunfähigkeit während des Verzugszeitraums sprechen insbesondere erheblichen Arbeitsunfähigkeitszeiten nach dem Verzugszeitraum sowie die Koinzidenz des Endes des Verzugszeitraums mit dem Anfall der erheblichen Arbeitsunfähigkeitszeiten. Außerdem sind die Arbeitsunfähigkeitszeiten nach Zugang der Änderungskündigung vor dem Verzugszeitraum zu berücksichtigen. Während des fast zweijährigen Verzugszeitraums war die Klägerin nach eigenen Angaben uneingeschränkt arbeitsfähig. Nach dem Verzugszeitraum, ab dem 15.02.2023, war die Klägerin – mit Ausnahme der Monate Februar 2023 und April 2023 – in allen Monaten arbeitsunfähig erkrankt. Im März 2023 war die Klägerin an acht Arbeitstagen erkrankt, im Mai 2023 an sechs Arbeitstagen. Im Juni 2023 war die Klägerin an siebzehn Arbeitstagen erkrankt und ab dem 10.07.2023 ist sie nunmehr durchgängig arbeitsunfähig erkrankt und seit dem 21.08.2023 im Krankengeldbezug.

29
Die Klägerin hatte vom 15.02.2023 bis 28.02.2023 Urlaub und im gesamten April 2023 mit Ausnahme von fünf Arbeitstagen Urlaub. Diese Zeiten bleiben bei der Indizwirkung außer Betracht. Da es dem Arbeitsnehmer anheimgestellt ist, seine Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs mit der Folge des § 9 BUrlG nachzuweisen, indizieren diese Zeiten weder die Arbeitsfähigkeit noch die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers.

30
Vor dem Verzugszeitraum war die Klägerin nach Zugang der Änderungskündigung im Januar 2021 an acht Arbeitstagen erkrankt und im März 2021 an elf Arbeitstagen.

31
Vor allem die signifikanten Arbeitsunfähigkeitszeiten an sich nach dem Verzugszeitraum sowie die Koinzidenz der deutlichen Arbeitsunfähigkeitszeiten vor dem Verzugszeitraum, der behaupteten Arbeitsfähigkeit im gesamten Verzugszeitraum und der signifikanten Arbeitsunfähigkeitszeiten nach dem Verzugszeitraum indizieren für die Kammer, dass die Leistungsfähigkeit der Klägerin nicht uneingeschränkt während des gesamten Verzugszeitraums bestanden hat. Es handelt sich bei dieser Behauptung des Beklagten nicht um eine Behauptung ins Blaue, sondern um Indizien, denen die Klägerin im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast nicht entgegengetreten ist.

32
c. Für eine Leistungsunwilligkeit der Klägerin nach § 297 BGB hat die Beklagte keine hinreichenden Indizien dargestellt. Die Leistungsunwilligkeit der Klägerin im Verzugszeitraum kann nicht allein aus der Ablehnung der mit der Änderungskündigung angebotenen reduzierten Tätigkeit geschlossen werden. Die Beklagte hat vorliegend jedoch keine relevanten – über die Ablehnung des geänderten Arbeitsvertrags hinausgehenden – Indizien dargelegt.

33
aa. Ein entsprechender Rückschluss ist nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer ein Angebot des Arbeitgebers ablehnt, das trotz Aufrechterhaltung der Kündigung auf eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen gerichtet und dessen Annahme dem Arbeitnehmer auch sonst zumutbar ist (BAG 17.08.2011 – 5 AZR 251/10, Rn. 16).

34
bb. Allein aus der Ablehnung einer Prozessbeschäftigung kann noch keine Leistungsunwilligkeit geschlussfolgert werden. Bezugspunkt für den Annahmeverzug ist nämlich die geschuldete Leistung nach §

294 BGB. Es müssen weitere Umstände hinzukommen. Ein solcher Umstand kann sein, dass der Arbeitnehmer schon vor Ausspruch der unwirksamen Arbeitgeberkündigung leistungsunwillig war. Die bloße Ablehnung einer Prozessbeschäftigung regelt vielmehr als lex specialis § 11 Nr. 2 KSchG (BAG 29.03.2023 – 5 AZR 522/22, Rn. 23ff.).

35
cc. Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist hier nicht von hinreichenden Indizien für eine Leistungsunwilligkeit auszugehen. Mangels Annahme des angebotenen neuen Arbeitsvertrags unter Vorbehalt richtet sich vorliegend die geschuldete Arbeitsleistung weiterhin nach dem Arbeitsvertrag der Parteien vom 29.09.2011. Die angebotene Weiterbeschäftigung sollte nicht zu unveränderten Bedingungen erfolgen. Die Bedingungen der Beschäftigung der Klägerin sollten ja gerade durch die Änderungskündigung geändert werden. Aus der später angebotenen Prozessbeschäftigung zu den Bedingungen entsprechend der Änderungskündigung ergibt sich insoweit nichts anders. Weitere Umstände, die eine Leistungsunwilligkeit indizierten und die zur Ablehnung des Änderungsangebots bzw. der später angebotenen Prozessbeschäftigung hinzutreten, hat der darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht dargetan. Auf eine Leistungsunwilligkeit kann insbesondere nicht schon deshalb geschlossen werden, da die Klägerin im fast zwei Jahre andauernden Verzugszeitraum keine Stelle für eine auf dem Arbeitsmarkt begehrte Tätigkeit gefunden hat. Diese Tatsache lässt keinen hinreichenden Rückschluss auf die innere Einstellung der Klägerin zu.

36
d. Die Ablehnung der Klägerin des angebotenen geänderten Arbeitsvertrags, führt überdies für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis zum Zugang der außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung vom 05.05.2021 zu einer Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG. Jedenfalls insoweit hat die Klägerin zumutbare Arbeit böswillig unterlassen.

37
aa. Ein Arbeitnehmer unterlässt böswillig iSd. § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig blieb und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme bewusst verhindert. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, sie kann etwa ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falles vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen (BAG 29.03.2023 – 5 AZR 255/22, Rn. 27).

38
bb. Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses zu den bisherigen Bedingungen an, hängt die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer in erster Linie von der Art der Kündigung und ihrer Begründung sowie dem Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess ab. Handelt es sich um eine personen- oder betriebsbedingte Kündigung, ist dem Arbeitnehmer die vorläufige Weiterbeschäftigung in der Regel zumutbar. Wird eine Kündigung auf verhaltensbedingte Gründe gestützt, spricht dieser Umstand eher für die Unzumutbarkeit der vorläufigen Weiterarbeit für den Arbeitnehmer im Betrieb. Auch Art und Schwere der gegen den Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe können für ihn bereits die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit begründen (BAG aaO Rn. 28).

39
cc. Ein Arbeitnehmer kann die Annahme einer zumutbaren Arbeit allein dadurch böswillig unterlassen (§ 11 S. 1 Nr. 2 KSchG), indem er ein im Zusammenhang mit einer Kündigung erklärtes Änderungsangebot nicht nach § 2 KSchG unter Vorbehalt annimmt. Ein Änderungsangebot ist nicht auf eine endgültige Vertragsänderung gerichtet, auf die sich der Arbeitnehmer nicht einlassen müsste. Vielmehr besteht eine vorläufige Arbeitsmöglichkeit; denn der Arbeitnehmer kann das Angebot unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG annehmen mit der Folge des § 8 KSchG bei Obsiegen. Der Arbeitgeber muss die Vorläufigkeit nicht eigens zum Ausdruck bringen. Sie ergibt sich hinreichend deutlich aus dem Gesetz. Lehnt der Arbeitnehmer das Angebot ab, bedarf es keines neuen, auf eine sogenannte Prozessbeschäftigung gerichteten Angebots.

Vielmehr handelt der Arbeitnehmer, der die Möglichkeit des § 2 KSchG nicht wahrnimmt, auf eigenes Risiko, wenn sich herausstellt, dass die angebotene Arbeit zumutbar war. § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG betrifft eben nicht nur die Prozessbeschäftigung. Das zeigt gerade der Regelfall der Arbeit bei einem anderen Arbeitgeber. Diese findet notwendigerweise auf einer vertraglichen Grundlage statt und bindet den Arbeitnehmer bis auf Weiteres (BAG 26.09.2007 – 5 AZR 870/06, Rn. 23).

40
dd. Es handelte sich hier um eine betriebsbedingte Änderungskündigung. Überdies handelte es sich insbesondere nicht um eine gänzlich andere, sondern dieselbe Tätigkeit. Zu berücksichtigen ist, dass sogar bei einer nichtvertragsgemäßen Tätigkeit ein böswilliges Unterlassen des Arbeitnehmers vorliegen kann (BAG 19.01.2022 – 5 AZR 346/21, Rn. 31). Das Gehalt wurde entsprechend des auf 15 Stunden reduzierten Leistungsumfangs angepasst. Die weiteren Vertragsänderungen (Direktionsrecht, Sonderzahlungen, Nachtdienste etc.) machen die Annahme des Angebots unter Vorbehalt nicht unzumutbar. Diese wären gerade im Rahmen einer Änderungsschutzklage Prüfungsgegenstand gewesen. Auch für die vorübergehende Dauer einer gerichtlichen Prüfung sind diese Regelungen nicht unzumutbar. Die Klägerin legt für ihre Vermutung, diese Änderungen hätten das Kalkül, ihr das Arbeitsleben zu erschweren, keine tatsächlichen Anhaltspunkte dar. Die gilt insbesondere für die Anordnung von Schicht- oder Wochenend- oder Feiertagsarbeit als Verwaltungsangestellte und den Versetzungsvorbehalt. Letzterer enthielt sogar eine Verbesserung der Rechtsposition der Klägerin. Ohne eine örtliche Beschränkung, hier auf den Raum Bayern, kann der Arbeitgeber unter Beachtung des billigen Ermessens einen Arbeitnehmer sogar ins Ausland versetzen (BAG 30.11.2022 – 5 AZR 336/21). Hierauf hat die Vorsitzende in der mündlichen Verhandlung auch hingewiesen. Die Länge des Vorprozesses und deren Ursachen stehen dem böswilligen Unterlassen jedenfalls für den Zeitraum bis zum Zugang der außerordentlichen Kündigung, also gut einem Monat, nicht entgegen.

41
e. Ob sich die Zumutbarkeit der vorläufigen Weiterarbeit der Klägerin nach Zugang der außerordentlichen verhaltensbedingten fristlosen Kündigung vom 05.05.2021 geändert hat, kann dahinstehen.

42
f. Ein böswilliges Unterlassen von anderweitigem Verdienst iSd. § 11 Nr. 2 KSchG kann nicht aus unzureichenden Bewerbungsbemühungen auf Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit oder des Jobcenters geschlossen werden. Die Klägerin hat nach dem derzeitigen Sachvortrag der Parteien den Auskunftsanspruch des Beklagten nach § 242 BGB zu den Vermittlungsangeboten erfüllt.

43
aa. Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber über die Vermittlungsvorschläge unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung Auskunft in Textform iSv. § 126b Satz 1 BGB zu erteilen. Nur wenn der Arbeitgeber von diesen Arbeitsbedingungen der Vermittlungsvorschläge Kenntnis hat, ist er in der Lage, Indizien für die Zumutbarkeit der Arbeit und eine mögliche Böswilligkeit des Unterlassens anderweitigen Erwerbs vorzutragen. Sodann obliegt es im Wege abgestufter Darlegungs- und Beweislast dem Arbeitnehmer, diesen Indizien entgegenzutreten und darzulegen, weshalb es nicht zu einem Vertragsschluss gekommen ist bzw. ein solcher unzumutbar war (BAG 27.05.2020 – 5 AZR 387/19, Rn. 50).

44
bb. Die Klagepartei hat vier der fünf Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit vorgelegt. Zum Vermittlungsvorschlag Dr. X hat der Klägerin ihre Bewerbung vorgelegt und eine Bestätigung der Praxis, dass es nicht zur Einstellung gekommen sei. Es ist unstreitig, dass sich die Klägerin auf diese Stellen beworben und Absagen erhalten hat. Genauere Angaben zu den Verdienstmöglichkeiten waren ihr daher nicht möglich. Dem Beklagten hätte es nunmehr oblegen, im Rahmen seiner abgestuften Darlegungs- und Beweislast Indizien für die Zumutbarkeit der Arbeit und eine mögliche Böswilligkeit des Unterlassens anderweitigen Erwerbs vorzutragen. Er benennt indes keinerlei Indizien, sondern behauptet, dass es an der Klägerin wäre, von vornherein die Gründe für das Scheitern der Erwerbsbemühungen vorzutragen. Dies ist indes nicht der Fall.

45
g. Die Klägerin hat auch zu ihren Bewerbungen auf Stellenvorschläge des Geschäftsführers des Beklagten und eigeninitiativen Bewerbungsbemühungen weitgehend unter Vorlage von Bewerbungsunterlagen

vorgetragen. Hierauf hat der darlegungsbelastete Beklagte nicht konkret erwidert, sondern lediglich gefordert, dass die Klägerin die Gründe für das Scheitern der Bewerbungen konkret benennen möge.

46
2. Die Klägerin hat keinen Anspruch Entgeltabrechnungen nach § 108 Abs. 1 GewO. Nach

47
§ 108 Abs. 1 GewO ist eine Abrechnung „bei Zahlung“ zu erteilen. Mangels Zahlungsanspruchs der Klägerin hat diese auch keinen Anspruch auf Erteilung von Abrechnungen.

III.

48
1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 ZPO. Die Kosten wurden nach § 98 S. 1 ZPO als gegeneinander aufgehoben angesehen, soweit die Parteien in der Kammerverhandlung einen Teilvergleich zum Zwischenzeugnis geschlossen haben. Nach § 91a ZPO hat der Beklagte die Kosten für die übereinstimmend erledigt erklärten Urlaubsansprüche zu tragen. Er hat trotz Darlegungslast nicht substantiiert vorgetragen, inwieweit Urlaubswünsche anderer Mitarbeiter den Urlaubswünschen der Klägerin entgegenstanden. Die Kosten der Klagerücknahme wurden in Anwendung des Rechtsgedankens des § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO der Klagepartei auferlegt. Schließlich hat die Klägerin die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, soweit sie im Rechtsstreit unterlegen ist, § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.

49
Die Kosten sind daher insgesamt nach § 92 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 ZPO zu quoteln. Dabei ist das Gericht von einem Gebührenstreitwert in Höhe von 51.580,53 € ausgegangen. Für die Entgeltabrechnungen wurden insgesamt 1.725,00 €, dh. für 23 Papiere pro Papier pauschal 75,00 € veranschlagt. Die Annahmeverzugsansprüche belaufen sich unter Abzug des gezahlten Arbeitslosengeldes auf einen Streitwert von 34.653,36 €. Die Klagerücknahme erfolgte insgesamt in Höhe von 8.678,81 €. Das Zwischenzeugnis entspricht einem Streitwert von einem Bruttomonatsgehalt in Höhe von 2.409,27 €. Der Urlaub entspricht einem Streitwert von 4.114,04 €.

50
2. Der Rechtsmittelstreitwert wurde gemäß §§ 61 Abs. 1 ArbGG, 3 ZPO festgesetzt auf 36.378,36 €. Dies entspricht den zuletzt anhängigen Annahmeverzugsansprüchen sowie der pauschalen Bemessung der Entgeltabrechnungen mit 1.725,00 €.

51
3. Die Berufung ist nicht gesondert nach § 64 Abs. 3 ArbGG zuzulassen, da die Rechtssache insbesondere keine grundsätzliche Bedeutung hat. Der Klägerin steht jedoch nach § 64 Abs. 2 lit. b ArbGG das Rechtsmittel der Berufung zu, da der Beschwerdegegenstand 600,00 € übersteigt. Insoweit wird auf die anhängende formelhafte Rechtsmittelbelehrungverwiesen. Der Beklagte ist darauf hinzuweisen, dass ihm mangels Beschwer gegen diese Entscheidung kein Rechtsmittel zusteht, § 9 Abs. 5 S. 2 ArbGG.