

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 19. Januar 2016  
- 2 AZR 449/15 -  
ECLI:DE:BAG:2016:190116.U.2AZR449.15.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 13. Juni 2012  
- 3 Ca 143/12 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 11. Juni 2015  
- 1 Sa 35/12 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung - beharrliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten

Bestimmungen:

BGB § 195, § 199 Abs. 1, § 249 Abs. 1, § 273 Abs. 1, § 275 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 287 Satz 2, § 295, § 296, § 615, § 626 Abs. 1; KSchG § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, § 12 Satz 1 und Satz 4; BUrlG § 1, § 7 Abs. 3; GewO § 106 Satz 1; ArbGG § 74 Abs. 1; ZPO § 167, § 286, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2; Manteltarifvertrag der Techniker Krankenkasse idF des ÄnderungsTV vom 12. September 2006 § 20 Abs. 1 Satz 2, § 21, § 23 Abs. 1, § 40 Abs. 1

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 449/15  
1 Sa 35/12  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
19. Januar 2016

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Widerbeklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie die ehrenamtlichen Richter Beckerle und Claes für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 11. Juni 2015 - 1 Sa 35/12 - im Kostenausspruch, in Ziff. 2 und Ziff. 4 des Tenors jeweils insgesamt und in Ziff. 1 des Tenors insoweit aufgehoben, wie es das Versäumnisurteil vom 7. Februar 2013 (- 1 Sa 35/12 -) teilweise aufgehoben, das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 13. Juni 2012 (- 3 Ca 143/12 -) teilweise abgeändert und festgestellt hat, dass dem Kläger 32 Tage bezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung als Ersatz für den Urlaub aus dem Jahr 2008 zustehen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer außerordentlichen und einer vorsorglichen ordentlichen Kündigung, über Ersatzurlaubsansprüche für verfallenen Urlaub bzw. Entschädigung in Geld und - im Wege der Widerklage - über einen Rückzahlungsanspruch wegen Gehaltsüberzahlung. 1

Der Kläger ist Fachwirt der Grundstücks- und Wohnungswirtschaft. Seit dem 1. August 2000 war er bei der Beklagten, einer Ersatzkasse, in deren Hauptverwaltung als Sachgebietsleiter beschäftigt. Zuletzt wurde er im Bereich kaufmännisches Immobilienmanagement eingesetzt. In der Hauptverwaltung, für die ein Personalrat gewählt ist, beschäftigte die Beklagte regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer. 2

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme die von der Beklagten abgeschlossenen Haustarifverträge, ua. der Manteltarifvertrag der Techniker Krankenkasse (TKT), in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung. Die Beklagte vergütete den Kläger zuletzt nach der Vergütungsgruppe 9 Stufe 11 TKT. 3

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien vor den streitgegenständlichen Kündigungen - beginnend ab Juni 2006 - mehrere Male, zuletzt am 14. Juli 2010 fristlos. Infolge dieser Kündigungen, gegen die er jeweils Kündigungsschutzklage erhob, erbrachte der Kläger letztmalig am 19. November 2007 Arbeitsleistungen für die Beklagte. Diese stellte den Kläger durch mehrere Schreiben unter Anrechnung auf tariflichen Jahresurlaub - ua. der Jahre 2008, 2009 und 2010 - von der Pflicht zur Arbeitsleistung frei. Im April 2013 entschied das Landesarbeitsgericht, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 14. Juli 2010 nicht aufgelöst worden ist. Das Urteil wurde am 15. Juli 2013 rechtskräftig.

4

In einem parallel geführten Rechtsstreit hat sich der Kläger gegen eine zum 26. April 2006 erfolgte Änderung seines Tätigkeitsbereichs gewandt. Am 31. Januar 2008 hat das Landesarbeitsgericht - unter Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils - die Beklagte verurteilt, den Kläger als Sachgebietsleiter BW.3 (Kaufmännisches Immobilienmanagement) neben den Tätigkeiten der Dokumentation des Verwaltungshandelns und der Erstellung und Prüfung von Betriebskostenabrechnungen mit Tätigkeiten der Anmietung von Dienststellenflächen, der Vermietung von eigenen Immobilien der Beklagten, der Durchführung von Mietzahlungen, der Überwachung der zufließenden Mieteinnahmen sowie der Durchführung des in Bezug auf die Betriebskostenabrechnungen und Mietzahlungen aus den Mietverhältnissen der Beklagten des außergerichtlichen Mahnwesens zu beschäftigen. Der Rechtsstreit ist - nach erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten - in die Revision gelangt. Das Verfahren ist ausgesetzt.

5

Mit Schreiben vom 22. Juli 2013 forderte die Beklagte den Kläger auf, sich am 24. Juli 2013, 10:00 Uhr, in der Hauptverwaltung zum Arbeitsantritt einzufinden und sich zunächst am Empfang zu melden.

6

Mit Schreiben vom 23. Juli 2013 bat der Kläger, die Beklagte möge ausstehende Annahmeverzugsvergütung abrechnen und die sich hieraus ergebenden Nettobeträge an ihn auszahlen. Er erklärte, er mache bis zur Erledigung von seinem Zurückbehaltungsrecht „an seiner Arbeitskraft“ Gebrauch. Außerdem verwies er auf einen früheren Antrag, ihm für die Zeit vom 18. Juli bis 4. September 2013 Urlaub zu gewähren. 7

Die Beklagte kündigte baldige Zahlung an. Hinsichtlich des Urlaubs teilte sie mit, der Anspruch für das laufende Jahr sei durch eine vorsorgliche Freistellung in der Zeit vom 21. Januar 2013 bis einschließlich 8. März 2013 erfüllt. Auf ihre Anweisung wurde dem Konto des Klägers am 26. Juli 2013 ein Betrag in Höhe von 95.029,80 Euro netto gutgeschrieben. 8

Unter dem 29. Juli 2013 beanstandete der Kläger die Zahlung als zu gering. Schon auf der Basis der bisherigen Eingruppierung habe eine Nachzahlung von rund 120.000,00 Euro netto erfolgen müssen und bestehe noch eine Differenz von „ca. EUR 25.000,00 netto“. Im Übrigen stünden Verzugszinsen offen, sei eine nachvollziehbare Abrechnung nicht erfolgt und habe er seit dem 1. Juli 2010 Anspruch auf Vergütung nach der Vergütungsgruppe 10 Stufe 11 TKT. Unabhängig davon sei er in der Vergangenheit erheblichen Anfeindungen und Verletzungen seines Persönlichkeitsrechts ausgesetzt gewesen. Mit Blick hierauf erwarte er eine betriebsöffentliche, ihn rehabilitierende Stellungnahme des Vorstands der Beklagten und seines bisherigen unmittelbaren Vorgesetzten. Außerdem sehe er einem Angebot zur Durchführung eines betriebsinternen Supervisions- oder Mediationsverfahrens unter Teilnahme mehrerer Personen, ua. eines Vertreters des Personalrats, entgegen. Dies sei erforderlich, um künftig eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit - auch mit ihm unterstellten Mitarbeitern - zu ermöglichen. Bis zur Bestätigung der Abgabe oder Durchführung der geforderten Erklärungen bzw. Maßnahmen mache er „zusätzlich zu dem Zurückbehaltungsrecht aufgrund der nicht erfüllten Gegenforderungen“ von einem Zurückbehaltungsrecht „an der Arbeitskraft“ Gebrauch. 9

Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 erläuterte die Beklagte anhand beige- 10  
fügter monatlicher Entgeltabrechnungen, sie habe für die Zeit vom 29. Juni  
2010 bis 31. Juli 2013 unter Berücksichtigung etwaiger Sonderzahlungen Brut-  
tovergütung iHv. insgesamt 243.119,00 Euro berechnet. Bei der erfolgten Gut-  
schrift handele es sich um den daraus ermittelten Nettobetrag. Außerdem gab  
sie Erklärungen zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge und der Beträ-  
ge zur Arbeitslosenversicherung ab. Weiter gehende Forderungen wies sie - bis  
auf Zinsforderungen - zurück. Am 1. August 2013 überwies sie dem Kläger zu  
deren Ausgleich einen Betrag von 18.623,33 Euro netto.

Der mit den vorgenannten Schreiben jeweils wiederholten Aufforderung 11  
der Beklagten, sich in der Hauptverwaltung einzufinden, leistete der Kläger kei-  
ne Folge. Weitere Erklärungen gab er nicht ab. Mit Schreiben vom 7. und  
27. August 2013 sowie vom 9. September 2013 mahnte die Beklagte ihn jeweils  
wegen „Nichterscheinens am Arbeitsplatz“ ab. Zugleich erneuerte sie je-  
weils - erfolglos - die Ladung zum Arbeitsantritt.

Mit Schreiben vom 27. September 2013 kündigte die Beklagte das Ar- 12  
beitsverhältnis der Parteien - mit Zustimmung des Personalrats - außeror-  
dentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31. März 2014.

Dagegen hat der Kläger rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Er 13  
hat geltend gemacht, ein Kündigungsgrund liege nicht vor. Er sei zur Arbeits-  
leistung nicht verpflichtet gewesen. Die Beklagte sei nicht bereit gewesen, ihn  
vertragsgemäß zu beschäftigen. Im Übrigen habe er rechtmäßig von einem Zu-  
rückbehaltungsrecht Gebrauch gemacht. Grundlage hierfür seien - neben offe-  
nen Gehaltsforderungen - erhebliche Verletzungen seines Persönlichkeitsrechts  
gewesen, denen er seit dem Jahr 2006 ausgesetzt gewesen sei. So sei er ei-  
nem regelrechten „Mobbing-Programm“ unterzogen worden, das im mittleren  
Management der Beklagten praktiziert worden sei. Zur Wiedergutmachung und  
zum Ausschluss künftiger Störungen habe er Anspruch auf die mit Schreiben  
vom 29. Juli 2013 verlangte betriebsöffentliche Stellungnahme gehabt. Um eine  
reibungslose und sachdienliche Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern der

Beklagten zu ermöglichen, habe es zudem einer Supervision oder - nach Wahl der Beklagten - einer Mediation bedurft.

Daneben hat der Kläger - im Rahmen ursprünglich getrennt geführter Klagen und soweit noch von Interesse - Ansprüche wegen nicht erfüllter Urlaubsansprüche geltend gemacht. Mit Klage vom 29. Dezember 2011 hat er zunächst - im Hinblick auf die Kündigung vom 14. Juli 2010 - „Abgeltung“ für 34 Tage Urlaub aus den Jahren 2007 und 2008 verlangt. Im Berufungsrechtszug hat er sein Begehren um eine Feststellungsklage erweitert, mit der er „hilfsweise“ für den Fall des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses Ersatzurlaub im Umfang von zwei Tagen für das Jahr 2007 und von 32 Tagen für das Jahr 2008 geltend gemacht hat. Mit weiterer Klage vom 23. Dezember 2013 hat er die Feststellung von Ersatzurlaubsansprüchen für Urlaub aus den Jahren 2009 und 2010 im Umfang von je 32 Tagen begehrt; „hilfsweise“ für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung vom 27. September 2013 hat er deren „Abgeltung“ verlangt. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe mit den vorsorglichen Freistellungen im Rahmen der früheren Kündigungsschutzprozesse seine Urlaubsansprüche - mangels vorbehaltloser Zusage der Urlaubsvergütung - nicht erfüllt. Angesichts deren zwischenzeitlichen Verfalls sei sie verpflichtet, Schadensersatz zu leisten.

14

Der Kläger hat zuletzt, soweit von Interesse, beantragt

15

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27. September 2013 nicht aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 8.909,36 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Juli 2010 zu zahlen, hilfsweise für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht, festzustellen, dass ihm 34 Tage restlicher Urlaub aus den Jahren 2007 und 2008 zustehen;
3. festzustellen, dass ihm aus den Jahren 2009 und 2010 noch ein Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung iHv. 64 Arbeitstagen zusteht, hilfsweise für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung der Beklagten vom 27. September 2013 endete, die Beklagte zu verur-

teilen, an ihn 16.793,12 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. September 2013 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, sowie widerklagend, 16  
den Kläger zu verurteilen, an sie 6.653,87 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2013 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kündigungen als wirksam verteidigt. Der Kläger 17  
habe spätestens seit dem 1. August 2013 die Arbeitsleistung grundlos und beharrlich verweigert. Bei pflichtgemäßer Meldung in der Hauptverwaltung wäre ihm die Leitung des Sachgebiets BW.3 im Wesentlichen „in dem Bestand“ aus dem Jahr 2006 übertragen worden. Ein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung habe er schon nicht wirksam ausgeübt. Den tariflichen Jahresurlaub aus den Jahren 2008 bis 2010 habe sie bis zum Ablauf des jeweiligen Übertragungszeitraums vollständig erteilt. Im Übrigen habe der Kläger jeweils die Urlaubsgewährung verlangt. Es sei widersprüchlich, ihn nicht als erfüllt zu betrachten. Etwaige Ansprüche seien zudem verfallen, mindestens aber verjährt. Der mit der Widerklage verfolgte Anspruch beruhe auf einer Überzahlung. Der Kläger habe die an ihn - unstreitig - unter dem Vorbehalt der Rückforderung geleisteten Gehaltszahlungen für die Monate August und September 2013 ohne Rechtsgrund erlangt.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen. 18

Das Arbeitsgericht hat durch Versäumnisurteil, das es nach frist- und 19  
formgerecht eingelegtem Einspruch des Klägers aufrechterhalten hat, die Kündigungsschutzklage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die weitergehenden Klageanträge hat es - soweit noch von Bedeutung - ebenfalls abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat durch Versäumnisurteil vom 7. Februar 2013 die Berufung des Klägers im Umfang der geltend gemachten „Urlaubsabgeltung“ für Urlaub aus den Jahren 2007 und 2008 und der für diese Jahre „hilfsweise“ beantragten Feststellung des Bestehens eines Anspruchs auf 34 Tage Ersatzurlaub zurückgewiesen. Nach frist- und formgerecht eingelegtem

Einspruch des Klägers und Verbindung der Rechtsstreitigkeiten der Parteien zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung hat das Landesarbeitsgericht, soweit noch von Interesse, (zu Nr. 4 des Tenors) der Kündigungsschutzklage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Außerdem hat es (zu Nr. 1 und Nr. 2 des Tenors) - unter teilweiser Aufhebung seines Versäumnisurteils vom 7. Februar 2013 und dessen Aufrechterhaltung im Übrigen - festgestellt, dass dem Kläger je 32 Tage bezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung als Ersatz für Urlaub aus den Jahren 2008, 2009 und 2010 zustehen.

Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte hinsichtlich des Ersatzurlaubs für das Jahr 2008 die Wiederherstellung des zweitinstanzlichen Versäumnisurteils, im Übrigen die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidungen. 20

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO). 21

A. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist - neben dem Kündigungsschutzantrag, den Anträgen auf Feststellung des Bestehens eines Anspruchs auf je 32 Tage Ersatzurlaub für Urlaub aus den Jahren 2008 bis 2010 und dem Widerklageantrag - der Antrag auf Entschädigung für verfallenen Urlaub aus den Jahren 2009 und 2010 (16.793,12 Euro brutto nebst Zinsen). Über den zuletzt genannten Antrag hat das Landesarbeitsgericht, ausgehend von dem zutreffenden Verständnis, es handele sich um einen „echten“, vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits abhängigen Hilfsantrag, nicht entschieden (*zur Entbehrlichkeit eines Anschlussrechtsmittels in einem solchen Fall vgl. BAG 16. März 2010 - 3 AZR 594/09 - Rn. 75, BAGE 133, 289*). Anders verhält es sich mit dem Antrag auf „Abgeltung“ von Urlaubsansprüchen für die Jahre 2007 und 2008 und dem Feststellungsantrag, soweit er sich auf zwei Ersatzurlaubstage für Urlaub aus dem Jahr 2007 bezieht. In diesem Umfang hat das Landes- 22

arbeitsgericht die Berufung des Klägers unter Aufrechterhaltung seines Versäumnisurteils vom 7. Februar 2013 zurückgewiesen. Da der Kläger insoweit Anschlussrevision nicht eingelegt hat, fällt die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über diese Streitgegenstände dem Senat nicht zur Überprüfung an. Ob ihr ein zutreffendes Antragsverständnis zugrunde liegt, kann dahinstehen.

B. Die Revision der Beklagten ist zulässig. Sie ist innerhalb der Frist des § 74 Abs. 1 ArbGG ordnungsgemäß begründet worden. 23

I. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO gehört zum notwendigen Inhalt der Revisionsbegründung die Angabe der Revisionsgründe. Bei einer Sachrüge muss die Revisionsbegründung den Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Dazu muss die Begründung eine Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Urteils enthalten. Dies erfordert die genaue Darlegung der Gründe, aus denen das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll (*BAG 2. Mai 2014 - 2 AZR 490/13 - Rn. 15; 13. November 2013 - 10 AZR 639/13 - Rn. 11*). Bei mehreren Streitgegenständen muss grundsätzlich für jeden eine solche Begründung gegeben werden. Fehlt sie zu einem Streitgegenstand, ist das Rechtsmittel insoweit unzulässig. Einer eigenständigen Begründung bedarf es allerdings dann nicht, wenn die Entscheidung über den einen Streitgegenstand notwendig von der Entscheidung über den anderen abhängt. Mit der Begründung der Revision über den einen Streitgegenstand ist dann zugleich dargelegt, dass die Entscheidung über den anderen unrichtig ist (*BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - Rn. 11; 21. November 2013 - 2 AZR 598/12 - Rn. 15 mwN, BAGE 146, 353*). 24

II. Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung gerecht. Zwar setzt sie sich nicht gesondert mit der Begründung der Entscheidung über die Widerklage auseinander, obwohl diese lediglich Zahlungen für die Zeit nach Zugang der Kündigung vom 27. September 2013 betrifft und damit unmittelbar vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits abhängt. Das ist aber unschädlich. Das Landesarbeitsgericht hat die Widerklage mit der - knappen - Erwägung ab- 25

gewiesen, im entscheidungserheblichen Zeitraum habe zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden, in dem die Beklagte zur Zahlung von Entgelt verpflichtet gewesen sei. Für den Rechtsgrund der Zahlung bezieht es sich erkennbar stillschweigend auf seine Entscheidung über die Kündigungsschutzklage. Dieser hat es mit der Begründung stattgegeben, die Beklagte habe den Kläger nicht in beachtlicher, ihren Annahmeverzug beendender Weise zur Arbeit aufgefordert mit der Folge, dass er nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen sei. Die Beklagte legt im Einzelnen dar, warum diese Rechtsauffassung fehlerhaft sei. Die Sachrügen sind, ihre Berechtigung unterstellt, geeignet, außer der Entscheidung über die Kündigungsschutzklage auch die Entscheidung über die Widerklage zu Fall zu bringen. Entsprechendes gilt für die Feststellungsanträge auf Ersatzurlaub. Über sie ist - bei sachgerechtem Verständnis - nur im Fall des vollständigen Obsiegens des Klägers mit dem Kündigungsschutzantrag zu entscheiden.

C. Die Revision hat auch in der Sache Erfolg. Mit der bisherigen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht dem Kündigungsschutzantrag nicht stattgeben (*I.*). Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die außerordentliche Kündigung vom 27. September 2013 aufgelöst worden ist, steht nicht fest und kann vom Senat mangels hinreichender Feststellungen nicht selbst entschieden werden (*II.*). Über die ordentliche Kündigung und über die Ersatzurlaubsansprüche bzw. Ansprüche auf Geldentschädigung ist in Abhängigkeit vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits zu entscheiden. Auch hinsichtlich der Widerklage ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif (*III.*). 26

I. Das Landesarbeitsgericht hat auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen zu Unrecht angenommen, ein wichtiger Grund zur Kündigung iSd. § 626 Abs. 1 BGB sei nicht gegeben. 27

1. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet 28

werden kann. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände „an sich“ und damit typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist. Alsdann bedarf es der weiteren Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (*BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 20; 13. Mai 2015 - 2 AZR 531/14 - Rn. 27, 28*).

2. Die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist ein in diesem Sinne „an sich“ die außerordentliche fristlose Kündigung rechtfertigender Grund (*BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 22; 29. August 2013 - 2 AZR 273/12 - Rn. 19 mwN*). Als ein solcher kommt aber auch die Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten in Betracht (*BAG 26. März 2015 - 2 AZR 517/14 - Rn. 23; 8. Mai 2014 - 2 AZR 249/13 - Rn. 19*). Das betrifft sowohl auf die Hauptleistungspflicht bezogene Nebenleistungspflichten, die der Vorbereitung, der ordnungsgemäßen Durchführung und der Sicherung der Hauptleistung dienen und diese ergänzen (*vgl. BGH 13. November 2012 - XI ZR 145/12 - Rn. 28*), als auch sonstige, aus dem Gebot der Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) erwachsende Nebenpflichten (*zum Inhalt möglicher Nebenleistungspflichten vgl. BAG 28. Oktober 2010 - 8 AZR 418/09 - Rn. 12*). Ob eine Verletzung arbeitsvertraglicher (Neben-)Pflichten vorliegt, entscheidet sich nach der objektiven Rechtslage. Handelt der Arbeitnehmer in der Annahme, sein Verhalten sei rechtmäßig, hat grundsätzlich er selbst das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als unzutreffend erweist (*BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - aaO; 29. August 2013 - 2 AZR 273/12 - Rn. 32*).

3. Die Prüfung der Voraussetzungen des wichtigen Grundes ist in erster Linie Sache der Tatsacheninstanzen. Dennoch geht es um Rechtsanwendung, nicht um bloße Tatsachenfeststellung. Die Würdigung des Berufungsgerichts wird in der Revisionsinstanz daraufhin überprüft, ob es anzuwendende Rechtsbegriffe in ihrer allgemeinen Bedeutung verkannt hat, ob es bei der Unterord-

nung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*st. Rspr., BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Rn. 22; 26. September 2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 45, BAGE 146, 161*).

4. Dieser Überprüfung hält die angefochtene Entscheidung nicht stand. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe den Arbeitsaufforderungen der Beklagten mangels genügender Spezifizierung der Art der künftig von ihm zu leistenden Tätigkeit keine Folge leisten müssen, ist nicht berechtigt. Hiervon ausgehend ist es zu dem rechtsfehlerhaften Ergebnis gelangt, eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung liege nicht vor. Es hat übersehen, dass ein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB zumindest unter dem Gesichtspunkt einer erheblichen Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten in Betracht kommt. 31

a) Das Landesarbeitsgericht geht davon aus, die Beklagte habe den Kläger nach ihrer früheren Kündigung vom 14. Juli 2010 zur Arbeit auffordern müssen, um dessen Arbeitspflicht zu begründen. Die Würdigung ist - auch soweit sie auf der nicht näher begründeten Annahme beruht, die Beklagte habe sich vor der Ladung vom 22. Juli 2013 mit der Annahme der Dienste des Klägers im Verzug befunden - nachvollziehbar. 32

aa) In den früheren Kündigungen - zuletzt der rechtskräftig für unwirksam erklärten fristlosen Kündigung vom 14. Juli 2010 - lag zugleich die Erklärung der Beklagten, sie werde die Arbeitsleistung des Klägers nicht mehr annehmen. Sie geriet damit grundsätzlich in Annahmeverzug, ohne dass es eines - auch nur wörtlichen - Arbeitsangebots des Klägers bedurfte, §§ 295, 296 BGB (*vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 12, BAGE 141, 340; 13. Juli 2005 - 5 AZR 578/04 - zu II 1 der Gründe, BAGE 115, 216; 24. September 2003 - 5 AZR 500/02 - zu I der Gründe mwN, BAGE 108, 27*). Davon geht die Beklagte, die für die Zeit vom 29. Juni 2010 bis einschließlich Juli 2013 vorbehaltlos Annahmeverzugsvergütung an den Kläger ausgekehrt hat, erkennbar selbst aus. Sie 33

meint lediglich, aufgrund der Nichtbefolgung ihrer Ladungen zum Arbeitsantritt habe ihr Gläubigerverzug spätestens Anfang August 2013 geendet.

bb) Die Beendigung des Annahmeverzugs ist gesetzlich nicht besonders geregelt. Er endet in dem Zeitpunkt, in dem seine Voraussetzungen entfallen (*BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR 93/12 - Rn. 22; 19. Januar 1999 - 9 AZR 679/97 - zu II 3 der Gründe, BAGE 90, 329*). Ist der Arbeitgeber nach einer unwirksamen Kündigungserklärung in Annahmeverzug geraten, muss er, um den Annahmeverzug zu beenden, den Arbeitnehmer zur Arbeit auffordern. Die Erledigung des Kündigungsrechtsstreits ändert daran nichts. Auch in diesem Fall ist der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verpflichtet, seine Arbeitskraft von sich aus anzubieten. Da der Arbeitgeber mit der unwirksamen Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer den entgegengesetzten Willen zum Ausdruck gebracht hat, kann der Arbeitnehmer regelmäßig eine Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers abwarten (*BAG 12. Dezember 2012 - 5 AZR 93/12 - aaO; 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 14 mwN, BAGE 141, 340; grundlegend 9. August 1984 - 2 AZR 374/83 - zu B II 5 b der Gründe, BAGE 46, 234*). Einer solchen Aufforderung bedarf es in jedem Fall, wenn für den Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres erkennbar ist, wann und wo er die Arbeit wieder aufnehmen soll (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - aaO; 19. Januar 1999 - 9 AZR 679/97 - aaO*). Nimmt der Arbeitnehmer die Arbeit trotz entsprechender Aufforderung nicht wieder auf, endet der Annahmeverzug des Arbeitgebers, weil dann regelmäßig vom Fehlen des Leistungswillens des Arbeitnehmers auszugehen ist. Der Anwendungsbereich des § 297 BGB ist nicht auf den Fall beschränkt, in dem der Arbeitnehmer schon vor einer Kündigung nicht zu vertragsgemäßer Arbeitsleistung bereit war (*BAG 17. August 2011 - 5 AZR 251/10 - Rn. 16 mwN; APS/Biebl 4. Aufl. § 11 KSchG Rn. 13*).

34

cc) Hinsichtlich der Aufforderung, die Arbeit aufzunehmen, braucht der Arbeitgeber keine „Ankündigungsfrist“ einzuhalten. Zwar ist der Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung gehalten, seine Arbeitskraft anderweitig zu verwerten, § 615 Satz 2 BGB. Deshalb räumt ihm § 12 KSchG ein Wahlrecht ein: Besteht nach einer Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort

35

und ist der Arbeitnehmer ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen, kann er binnen einer Woche nach der Rechtskraft die Fortsetzung des (früheren) Arbeitsverhältnisses verweigern. Mit der Erklärung endet das (frühere) Arbeitsverhältnis und es ist ihm nach § 12 Satz 4 KSchG entgangener Verdienst nur für die Zeit zwischen der Entlassung und dem Tag des Eintritts in das neue Arbeitsverhältnis zu gewähren. Lässt der Arbeitnehmer die Wochenfrist aber verstreichen, besteht das frühere Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten fort. Der Arbeitnehmer kann und muss deshalb jederzeit damit rechnen, dass der Arbeitgeber ihn zur Wiederaufnahme der Arbeit auffordert (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 18, BAGE 141, 340*).

b) Diesen Vorgaben werden die Erklärungen der Beklagten grundsätzlich gerecht. Sie hat den Kläger nach Erledigung der vorausgegangenen Kündigungsschutzprozesse mehrmals schriftlich aufgefordert, sich in ihrer Hauptverwaltung „zum Arbeitsantritt“ einzufinden und sich zunächst am Empfang zu melden. Im Zeitpunkt ihres Schreibens vom 22. Juli 2013 war die Wochenfrist des § 12 Satz 1 KSchG verstrichen, ohne dass der Kläger sich auf die Eingehung eines anderen Arbeitsverhältnisses berufen hätte. Die Ladungen enthielten eindeutige Vorgaben zu Ort und Zeitpunkt (24. Juli 2013, 10:00 Uhr bzw. nachfolgend: „unverzüglich“) des erwarteten Dienstantritts. 36

c) Es kann unterstellt werden, dass es zur Bewirkung der vom Kläger geschuldeten Hauptleistung einer Konkretisierung der Art der zu verrichtenden Tätigkeit bedurfte. Eine ggf. erforderliche Spezifizierung brauchte die Beklagte jedenfalls nicht schon bei der Arbeitsaufforderung vorzunehmen. Sie durfte vielmehr das Erscheinen des Klägers im Betrieb abwarten. Die bisherigen Feststellungen berechtigen nicht zu der Annahme, dem Kläger sei schon die bloße Meldung in der Hauptverwaltung unzumutbar gewesen. 37

aa) Die dem Arbeitgeber als Gläubiger der geschuldeten Arbeitsleistung obliegende Mitwirkungshandlung iSd. §§ 295, 296 BGB besteht darin, dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung zu ermöglichen (*BAG 19. Januar 1999 - 9 AZR 679/97 - zu II 1 der Gründe, BAGE 90, 329; 21. Januar 1993 - 2 AZR 309/92 - zu II 2 d der Gründe*). Daraus folgt aber keine Obliegenheit des Arbeit- 38

gebers, neben der grundsätzlich gebotenen Festlegung von Zeit und Ort der Arbeitsaufnahme auch den Inhalt der vom Arbeitnehmer konkret zu leistenden Arbeit bereits bei der Arbeitsaufforderung festzulegen. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer ohne eine solche Konkretisierung außerstande ist, seine Hauptleistungspflicht zu erfüllen.

(1) Die Arbeitsaufforderung hat den Zweck, dem Arbeitnehmer Gewissheit darüber zu verschaffen, dass der Arbeitgeber ihm die Arbeitsaufnahme nicht länger verwehrt und den Arbeitsplatz - freilich im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen - überhaupt zur Verfügung stellt. Dafür kommt es regelmäßig nicht darauf an, ob und ggf. welcher konkreten Arbeitsanweisungen es zusätzlich bedarf, um den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, seiner Hauptleistungspflicht nachzukommen (*BAG 21. Januar 1993 - 2 AZR 309/92 - zu II 2 d der Gründe*). Ausreichend ist vielmehr die Bereitschaft des Arbeitgebers, ggf. erforderliche Konkretisierungshandlungen nach Erscheinen des Arbeitnehmers im Betrieb vorzunehmen (*Konzen Anm. AP BGB § 615 Nr. 35*). Steht der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses fest, genügt als Anzeige dieser Bereitschaft grundsätzlich auch eine nicht näher spezifizierte Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers. 39

(2) Für diese Sichtweise spricht auch die Obliegenheit, bei der laufenden Planung des Arbeitseinsatzes billiges Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO) walten zu lassen. Dies kann es erforderlich machen, auf einen vorab abzuklärenden Einarbeitungsbedarf des Arbeitnehmers Bedacht zu nehmen, was umso mehr gilt, wenn die unwirksame Kündigung des Arbeitgebers zu einer längeren Arbeitsunterbrechung geführt hat. Im Übrigen bleibt es dem Arbeitgeber grundsätzlich unbenommen, von einer vor Arbeitsantritt vorgenommenen oder avisierten Leistungsbestimmung im Zeitpunkt des Erscheinens des Arbeitnehmers im Betrieb wieder Abstand zu nehmen und den Inhalt der Arbeitsleistung in den Grenzen des § 106 GewO neu festzulegen. 40

(3) Gegenstand des dem Arbeitgeber zukommenden Direktionsrechts ist im Übrigen nicht allein die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers. Ihm unterliegen gleichfalls solche Verhaltenspflichten, die darauf zielen, den Austausch 41

der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen (*BAG 23. August 2012 - 8 AZR 804/11 - Rn. 23, BAGE 143, 62; 23. Juni 2009 - 2 AZR 606/08 - Rn. 17; Schaub/Linck ArbR-HdB 16. Aufl. § 45 Rn. 14*). Auch dies spricht dafür, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach einer für unwirksam erklärten Kündigung - sofern er ihm nur einen Arbeitsplatz überhaupt zur Verfügung stellt - zur „Arbeit“ schlicht in der Weise auffordern kann, dass er ihn mit der Maßgabe in den Betrieb einbestellt, sich an einem vorgegebenen Ort zur Entgegennahme weiterer Weisungen bereit zu halten.

bb) Kommt der Arbeitnehmer einer ihm insoweit auferlegten Vorbereitungshandlung bewusst nicht nach, kann dies zum einen indizieren, dass ihm die Bereitschaft, Arbeit überhaupt zu leisten, fehlt (*BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 19, BAGE 141, 340*). Zum anderen liegt in dem Verhalten eine Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten, die bei intensiver Weigerung „an sich“ auch eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag. 42

cc) Der Streitfall weist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts keine Besonderheiten auf, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten. Die Beklagte musste die Art der vom Kläger künftig zu leistenden Tätigkeit nicht deshalb vor dem erwarteten Dienstantritt konkretisieren, weil sie womöglich im Zusammenhang mit einer früheren Änderung des Arbeitsbereichs des Klägers in unwirksamer Weise von ihrem Direktionsrecht Gebrauch gemacht hatte und infolgedessen über den Inhalt der Arbeitspflicht des Klägers Streit bestand. 43

(1) Das Landesarbeitsgericht hat unter Bezugnahme auf die Begründung seines nicht rechtskräftigen Urteils vom 31. Januar 2008 gemeint, die Beklagte habe ihr Direktionsrecht bei der fraglichen Änderung des Sachgebiets BW.3 in maßregelnder Weise und damit unter Verstoß gegen § 612a BGB ausgeübt. Eine andere, vertragsgemäße Tätigkeit habe sie dem Kläger im Anschluss nicht mehr übertragen. Die Würdigung ist in tatsächlicher Hinsicht nicht nachvollziehbar. Ihr ist nicht zu entnehmen, ob sich das Landesarbeitsgericht, das sich hier auf ein Begründungselement aus der herangezogenen Entscheidung bezieht, die dortigen Feststellungen konkludent zu eigen gemacht und sie einer eigenen 44

tatrichterlichen Würdigung unterzogen hat, oder ob es - was unzureichend wäre - die seiner Entscheidung zugrunde liegende Rechtsauffassung ungeprüft übernommen hat.

(2) Zugunsten des Klägers kann unterstellt werden, dass die mit der Änderung des Tätigkeitsbereichs zusammenhängende Leistungsbestimmung nicht lediglich unverbindlich (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB), sondern wegen Verstoßes gegen § 612a BGB aus anderen Gründen unwirksam war. Daraus folgte grundsätzlich aber nur, dass es bis zu einer rechtswirksamen Neuausübung der Hauptleistungspflicht betreffenden Direktionsrechts durch die Beklagte bei der dem Kläger zuvor zugewiesenen Arbeitsaufgabe verblieb und er nicht verpflichtet war, die Leitung des Sachgebiets BW.3 in der Ausgestaltung, die dieses seit dem 26. April 2006 hatte, auch nur vorläufig zu übernehmen (vgl. dazu BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 24, BAGE 141, 34; 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - Rn. 15 mwN, BAGE 135, 239). Auch ein dem Kläger ggf. im Hinblick auf die Änderung seines Tätigkeitsbereichs zukommendes Leistungsverweigerungsrecht (§ 275 Abs. 3 BGB) berechtigte ihn - jenseits der Frage, ob er von dem Recht bereits Gebrauch gemacht hatte - grundsätzlich nicht, Handlungen zu unterlassen, die lediglich der Vorbereitung einer späteren Arbeitsaufnahme dienten und die es der Beklagten ermöglicht hätten, von ihrem Direktionsrecht ggf. erneut und nunmehr rechtswirksam Gebrauch zu machen. Dementsprechend lassen sich aus der bloßen Unwirksamkeit einer vor der Kündigung in Bezug auf die Hauptleistung erteilten Weisung auch keine besonderen Anforderungen an den Inhalt einer dem Arbeitgeber obliegenden Arbeitsaufforderung ableiten. Nichts anderes gilt für die Verurteilung vom 31. Januar 2008. Auch mit ihr war keine Entscheidung darüber getroffen, ob und ggf. in welchem Umfang die Beklagte zukünftig von ihrem Weisungsrecht rechtswirksam Gebrauch machen konnte (BAG 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 - aaO; MüKoBGB/Müller-Glöge 6. Aufl. § 611 BGB Rn. 10).

45

dd) Zwar läge keine genügende Arbeitsaufforderung vor, wenn der Beklagten grundsätzlich die Bereitschaft gefehlt hätte, den Kläger vertragsgemäß einzusetzen. Auch käme ggf. ein Weigerungsrecht des Klägers unmittelbar aus

46

oder analog § 275 Abs. 3 BGB in Betracht, wenn er aufgrund äußerer Umstände berechtigten Anlass gehabt hätte, eine generelle Annahmewilligkeit der Beklagten zu vermuten. Für beides fehlt es auf der Basis der bisherigen Feststellungen aber an Anhaltspunkten.

(1) Das Landesarbeitsgericht hat in diese Richtung ausgeführt, dem Vorbringen der Beklagten „aus Gerichtsverfahren“ sei zu entnehmen, dass sie den Kläger nach Arbeitsantritt erneut nur als Leiter des Sachgebiets BW.3 in der Ausgestaltung habe beschäftigen wollen, den dieses nach der Änderung des Tätigkeitsbereichs seit dem 26. April 2006 gehabt habe. Die Würdigung verletzt, wie die Beklagte mit Recht rügt, § 286 ZPO. Sie lässt nicht erkennen, auf welchen tatsächlichen Grundlagen sie beruht. Es kann deshalb nicht beurteilt werden, ob das Landesarbeitsgericht den gesamten Inhalt der Verhandlungen gewürdigt hat, insbesondere ob es sich mit dem Vortrag der Beklagten aus dem Schriftsatz vom 28. April 2015 auseinandergesetzt hat, die Tätigkeit, die sie dem Kläger nach seinem Erscheinen in der Hauptverwaltung habe zuweisen wollen, habe der ihr durch das Urteil vom 31. Januar 2008 auferlegten Beschäftigungspflicht entsprochen. Soweit der Kläger geltend gemacht hat, die Beklagte habe dem Sachgebiet BW.3 das Vergaberecht entzogen bzw. es bei dem Entzug belassen wollen, widerspricht dies nicht deren Rechtsauffassung. Das Gebiet zählt nicht zu den im Tenor des Urteils vom 31. Januar 2008 einzeln aufgeführten Arbeitsaufgaben. 47

(2) Aber auch wenn die von der Beklagten in den Blick genommene Beschäftigung nicht den Vorgaben der Verurteilung vom 31. Januar 2008 entsprochen hätte, folgte daraus nicht, dass ihr grundsätzlich die Bereitschaft gefehlt hätte, auf etwaige Einwände des Klägers einzugehen und ihm erforderlichenfalls andere Aufgaben zuzuweisen. 48

II. Der Kündigungsschutzantrag ist nicht entscheidungsreif. Der Senat kann mangels hinreichender Feststellungen nicht abschließend beurteilen, ob die Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt ist. Die Entscheidung darüber stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§§ 561, 563 Abs. 3 ZPO). 49

1. Die bisherigen Feststellungen bieten - wie gezeigt - keinen genügenden Anhaltspunkt für die Annahme, die Beklagte sei grundsätzlich nicht bereit gewesen, den Kläger vertragsgemäß einzusetzen. Das Vorbringen der Parteien aus den Vorinstanzen liefert dafür keine zusätzlichen Anhaltspunkte. Der Kläger hat lediglich gemeint, die Beklagte habe schon bei früherer Arbeitsaufforderung vom 26. Januar 2010 nicht klargestellt, auf welcher Grundlage sie ihn beschäftigen werde. Dies reicht ebenso wenig aus wie sein Hinweis, die Beklagte habe bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs für das Jahr 2013 seine Urlaubswünsche nicht berücksichtigt. Die Beklagte hat dies mit dem „Verbrauch“ des Urlaubs durch eine im Lauf der Vorprozesse erfolgte vorsorgliche Urlaubsgewährung begründet. Damit hat sie lediglich in einer umstrittenen Rechtsfrage einen für sie günstigen Standpunkt eingenommen. Da der Kläger auf die mehrfachen Ladungen zum Arbeitsantritt trotz Abmahnung nicht reagiert hat, ist - vorbehaltlich eines ihm aus anderen Gründen zustehenden Rechts, seine Arbeitskraft zurückzuhalten - zumindest von einer beharrlichen, die fristlose Kündigung „an sich“ rechtfertigenden Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten auszugehen. 50
2. Nach dem bisher festgestellten Streitverhältnis spricht wenig dafür, die Weigerung des Klägers in Ausübung des von ihm ausgeübten Zurückbehaltungsrechts (§ 273 Abs. 1 BGB) als gerechtfertigt anzusehen (*zum Ausschluss einer Arbeitsverweigerung bei berechtigter Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 37; 13. März 2008 - 2 AZR 88/07 - Rn. 39 ff. mwN*). 51
- a) Nach dieser Vorschrift darf der Schuldner, der aus dem gleichen Rechtsverhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat - sofern sich aus dem Schuldverhältnis nichts anderes ergibt -, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Dem Arbeitnehmer kann ein Recht zustehen, die Arbeitsleistung zurückzuhalten, wenn der Arbeitgeber seine aus dem Arbeitsverhältnis folgenden Haupt- oder Nebenpflichten schuldhaft nicht erfüllt. So liegt es beispielsweise, wenn der Arbeitgeber oder einer seiner Repräsentanten (§ 278 BGB) die 52

Gesundheit des Arbeitnehmers oder dessen Persönlichkeitsrecht in erheblicher Weise verletzt und mit weiteren Verletzungen zu rechnen ist. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts steht unter dem Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB und unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dementsprechend muss der Arbeitnehmer unter Angabe des Grundes dem Arbeitgeber klar und eindeutig mitteilen, er werde dieses Recht mit Blick auf eine ganz bestimmte, konkrete Gegenforderung wahrnehmen. Nur so wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, den möglichen Anspruch des Arbeitnehmers zu prüfen und ggf. zu erfüllen (*BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 37; 3. März 2008 - 2 AZR 88/07 - Rn. 39 ff.*).

b) Danach ist, soweit der Kläger geltend gemacht hat, ein Zurückbehaltungsrecht stehe ihm wegen behaupteter Verletzungen seines Persönlichkeitsrechts zu, schon fraglich, ob er die Beeinträchtigungen durch die pauschale Bezugnahme auf Ausführungen in einem früheren Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten hinreichend spezifiziert hatte (*zu diesem Erfordernis vgl. BAG 13. März 2008 - 2 AZR 88/07 - Rn. 51*). Im Ergebnis dürfte es hierauf nicht ankommen. Soweit der Kläger in Ausübung seines Zurückbehaltungsrechts die Abgabe einer „betriebsöffentlichen“ Stellungnahme des Vorstands der Beklagten und seines unmittelbaren Vorgesetzten verlangt hat, „... da[ss] [er] sich gegenüber der [Beklagten] auch sonst kein kündigungsrelevantes Verhalten ha[be] zu schulden kommen lassen“, ist nicht erkennbar, worauf sich das Verlangen stützt, insbesondere soweit es neben die Erklärung treten sollte, dass alle gegenüber dem Kläger erhobenen Kündigungsvorwürfe unbegründet gewesen seien. Im Übrigen liegt nicht in jeder unberechtigten Kritik, überzogenen Abmahnung und/oder unwirksamen Kündigung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts (*BAG 13. März 2008 - 2 AZR 88/07 - aaO*). Es hätte deshalb einer näheren, auf die einzelnen Vorwürfe bezogenen Darstellung bedurft, warum die maßgebende Schwelle im Streitfall überschritten sein soll. Die Unterbreitung eines Angebots auf Durchführung eines innerbetrieblichen Mediations- oder Supervisionsverfahrens konnte der Kläger schon deshalb nicht in Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durchsetzen, weil die Beklagte Mitglieder des Personalrats in ihrer Funktion als Amtsträger grundsätzlich nicht zur Teilnahme an

53

solchen Verfahren verpflichten kann. Dass die von ihm erbetenen Offerten auf Freiwilligkeit ausgelegt sein sollten, ist dem Schreiben vom 29. Juli 2013 nicht ohne Weiteres zu entnehmen.

c) Ein Arbeitnehmer kann das Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung zwar auch dann ausüben, wenn er einen fälligen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber erworben hat und der Arbeitgeber diesen nicht erfüllt (*vgl. BAG 25. Oktober 1984 - 2 AZR 417/83 - zu II 3 der Gründe*). Der Kläger hat aber nicht aufgezeigt, dass ihm nach der Anfang August 2013 bewirkten Zahlung von Verzugszinsen noch eine fällige Gehaltsforderung einschließlich etwaiger Nebenforderungen zugestanden habe. Soweit er sich im Schreiben vom 29. Juli 2013 darauf bezogen hat, ihm zugeflossene Nettobeträge seien zu gering, fehlt es an einer nachvollziehbaren Berechnung des Anspruchs. Ansprüche des Klägers auf Höhergruppierung haben die Vorinstanzen - insoweit rechtskräftig - abgewiesen. Damit steht - soweit ersichtlich - fest, dass dem Kläger auch aus einem solchen Grund keine weiter gehenden Zahlungsansprüche zugestanden haben. 54

3. Auch wenn es auf der Basis der bisherigen Feststellungen eher fernliegen dürfte anzunehmen, der Kläger habe wirksam von einem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch gemacht, muss die abschließende Beurteilung, die auch auf tatsächlichem Gebiet liegt, dem Landesarbeitsgericht vorbehalten bleiben. 55

4. Abgesehen davon hat das Landesarbeitsgericht - von seinem rechtlichen Standpunkt ausgehend konsequent - keine umfassende Interessenabwägung vorgenommen und damit die Prüfung unterlassen, ob das Beendigungsinteresse der Beklagten das Bestandsschutzinteresse des Klägers überwiegt (*BAG 20. November 2014 - 2 AZR 651/13 - Rn. 35, BAGE 150, 109; 26. März 2009 - 2 AZR 953/07 - Rn. 28*). Dies wird es ggf. nachzuholen haben. Dabei wird insbesondere auf einen möglichen Rechtsirrtum des Klägers über ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht Bedacht zu nehmen sein. Ein solcher Irrtum wäre, auch wenn er für den Kläger auflösbar und vermeidbar gewesen sein mag, für die Interessenabwägung nicht von vornherein bedeutungslos (*vgl. BAG 29. August 2013 - 2 AZR 273/12 - Rn. 40; 27. September 2012 - 2 AZR* 56

646/11 - Rn. 44). Im Streitfall könnte er sich jedenfalls dann zugunsten des Klägers auswirken, wenn rechtswidrige Eingriffe in sein Persönlichkeitsrecht objektiv vorgelegen haben sollten, was nach seinem - bestrittenen - Vorbringen nicht ausgeschlossen erscheint. Auch dann bliebe es zwar bei der unwirksamen Ausübung des Rechts und hätte der Kläger aufgrund der nachdrücklichen Abmahnungen der Beklagten hinreichenden Anlass gehabt, seine Rechtsausübung auf Angemessenheit zu überprüfen. Gleichwohl erschiene die Pflichtverletzung in einem milderem Licht, was bei der Interessenabwägung zugunsten des Klägers zu berücksichtigen wäre.

5. Die fristlose Kündigung ist nicht deshalb unwirksam, weil die Erklärungsfrist nach § 626 Abs. 2 BGB nicht gewahrt wäre. Die Beklagte hat die Kündigung damit begründet, der Kläger sei grundsätzlich nicht bereit gewesen, ihren Ladungen zu folgen und seine Arbeitsleistung zu erbringen. Damit hat sie einen Dauertatbestand geltend gemacht, der sich bis zum Kündigungszeitpunkt fortlaufend neu verwirklichte (*BAG 29. August 2013 - 2 AZR 273/12 - Rn. 45*). 57

6. Auf andere Unwirksamkeitsgründe hat sich der Kläger nicht berufen. 58

III. Der Zurückverweisung unterliegen auch die weiteren, in die Revision gelangten Streitgegenstände. 59

1. Über die vorsorglich erklärte ordentliche Kündigung ist nur zu entscheiden, wenn das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Sollte der Antrag dem Landesarbeitsgericht erneut zur Entscheidung anfallen, wird es zunächst weiterhin davon ausgehen können, dass sich der Kündigungsschutzantrag trotz verkürzter Formulierung auf beide am 27. September 2013 erklärte Kündigungen bezieht. Darüber hinaus wird es zu berücksichtigen haben, dass seine Würdigung, die Kündigung sei mangels kündigungsrelevanter Pflichtverletzung sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 KSchG, auf der Basis der bisherigen Feststellungen nicht tragfähig ist. 60

2. Die Feststellungsanträge auf Ersatzurlaub sind - jedenfalls seit ihrer Verbindung mit dem Kündigungsschutzantrag - als uneigentliche Hilfsanträge zu diesem zu verstehen. Die Entscheidung über sie hängt davon ab, dass sich keine der beiden Kündigungen als wirksam erweist. Im Alternativverhältnis dazu steht - was den Urlaub aus den Jahren 2009 und 2010 betrifft - der „echte“ Hilfsantrag auf Entschädigung in Geld, der erkennbar für den Fall gestellt ist, dass auch nur eine der beiden Kündigungen Bestand hat und damit die Gewährung des Ersatzurlaubs wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr in Betracht kommt. 61
3. Sollten ihm die Feststellungsanträge auf Ersatzurlaub erneut zur Entscheidung anfallen, wird das Landesarbeitsgericht - auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen und des unstreitigen Parteivorbringens - im Ergebnis weiter davon ausgehen können, dass der Kläger gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Gewährung von je 32 Arbeitstagen Ersatzurlaub für verfallenen Urlaub aus den Jahren 2008 bis 2010 hat. Sollte es auf den Entschädigungsanspruch ankommen, wird es ergänzende Feststellungen insbesondere zur Anspruchshöhe zu treffen haben. Von dahin gehenden Hinweisen sieht der Senat ab. 62
- a) Das Landesarbeitsgericht hat die Feststellungsanträge mit Recht für zulässig erachtet. Ein Vorrang der Leistungsklage besteht nicht (*BAG 15. Dezember 2015 - 9 AZR 747/14 - Rn. 9*). 63
- b) Anspruchsgrundlage sind § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 3, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB. Hat der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt, wandelt sich der im Verzugszeitraum verfallene Urlaubsanspruch in einen auf Gewährung von Ersatzurlaub als Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruch um (*BAG 19. Januar 2016 - 9 AZR 507/14 - Rn. 21; 3. Juni 2014 - 9 AZR 944/12 - Rn. 10 mwN*). 64
- c) Hiervon ausgehend hat das Landesarbeitsgericht zunächst zutreffend angenommen, der Urlaubsanspruch des Klägers sei in den Jahren 2008 bis 65

2010 im Umfang von je 32 (Arbeits-)Tagen entstanden und nicht durch Erfüllung erloschen.

aa) Zwischen den Parteien bestand im fraglichen Zeitraum und darüber hinaus bis jedenfalls zum 27. September 2013 ein Arbeitsverhältnis. Gemäß § 21 TKT (idF des ÄnderungsTV vom 12. September 2006) hatte der Kläger Anspruch auf 32 Arbeitstage Urlaub jährlich. Der Anspruch wird durch eine mit Wirkung zum 1. Januar 2012 erfolgte Neufassung der Vorschrift nicht berührt. Der tarifliche Jahresurlaub schließt den gesetzlichen Mindesturlaub (§§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG) ein. 66

bb) Nach den bisherigen Feststellungen stellte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 3. November 2008 unwiderruflich unter Anrechnung auf den tariflichen Erholungsurlaub für das Jahr 2008 von der Arbeitsleistung frei. Mit Schreiben vom 18. August 2009 gab sie für das Jahr 2009 und mit Schreiben vom 21. Dezember 2009 sowie 23. Februar 2010 für das Jahr 2010 entsprechende Erklärungen ab. Mit diesen Freistellungen, die jeweils im Verlauf schwebender Kündigungsschutzverfahren erfolgten, hat sie die betreffenden Urlaubsansprüche des Klägers nicht erfüllt. 67

(1) Zwar kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Urlaub vorsorglich für den Fall gewähren, dass eine von ihm erklärte ordentliche oder außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht auflöst (*BAG 14. August 2007 - 9 AZR 934/06 - Rn. 14 f. mwN*). Eine wirksame Urlaubsgewährung liegt darin nach jüngerer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aber nur dann, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs zahlt oder vorbehaltlos zusagt (*BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 455/13 - Rn. 18, BAGE 150, 355*). 68

(2) Die Beklagte behauptet selbst nicht, sie habe entsprechende Zahlungen oder Zusagen vorgenommen. Sie meint nur, der Rechtssatz aus der Entscheidung vom 10. Februar 2015 sei auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar. Das trifft nicht zu. 69

- (a) Wie der Neunte Senat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt hat, ist der Urlaubsanspruch nicht allein auf die Freistellung von der Arbeitsleistung gerichtet. Nach § 1 BUrlG hat vielmehr jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Die Vorschrift entspricht der Regelung in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie und ist unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Urlaubs ein Anspruch auf Vergütung sicher sein muss. Dazu genügt es nicht, wenn ihm zu irgendeinem späteren Zeitpunkt nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage ein Anspruch auf Urlaubsvergütung zuerkannt wird. Der Arbeitnehmer ist in unzumutbarer Weise in seiner Urlaubsgestaltung eingeschränkt, wenn er bei Urlaubsantritt nicht weiß, ob ihm Urlaubsentgelt gezahlt wird (*im Einzelnen dazu BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 455/13 - Rn. 21 bis 23, BAGE 150, 355*). 70
- (b) Die Ausführungen beziehen sich nicht nur auf den der Entscheidung vom 10. Februar 2015 zugrunde liegenden Sachverhalt einer nach fristloser Kündigung des Arbeitgebers erfolgten Freistellung des Arbeitnehmers für die Dauer der Kündigungsfrist einer zugleich erklärten ordentlichen Kündigung. Sie beanspruchen darüber hinaus Geltung. 71
- (c) Soweit die Beklagte auf ihre objektive Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit als Körperschaft des öffentlichen Rechts verweist, übersieht sie, dass es hierauf nicht ankommt. Entscheidend ist vielmehr, ob sich der Arbeitnehmer losgelöst vom Streit über die Wirksamkeit der Kündigung seiner Urlaubsvergütung sicher sein kann. Das Argument der Beklagten, die Höhe des Bruttomonatseinkommens des Klägers stehe den angestellten Zumutbarkeits-erwägungen entgegen, verfängt ebenso wenig. Es versteht sich von selbst, dass sich ein Arbeitnehmer bei der Urlaubsgestaltung an der Höhe seiner Urlaubsvergütung orientiert und orientieren darf. 72

(3) Dem Kläger ist es nicht unter dem Gesichtspunkt missbräuchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der Urlaubsgewährungen zu berufen (*zu den Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands vgl. BAG 16. Februar 2012 - 6 AZR 553/10 - Rn. 53, BAGE 141, 1; BGH 15. November 2012 - IX ZR 103/11 - Rn. 12*). Zwar kann bspw. der Arbeitnehmer, wenn er mit der zeitlichen Festlegung des Urlaubs durch den Arbeitgeber nicht einverstanden ist, gehalten sein, dem Arbeitgeber die Annahmeverweigerung unverzüglich mitzuteilen, und das Unterlassen einer solchen Mitteilung kann rechtsmissbräuchlich sein (*vgl. BAG 6. September 2006 - 5 AZR 703/05 - Rn. 19, BAGE 119, 232*). Dies bedeutet aber nicht, dass Rechtsmissbrauch auch dann in Betracht käme, wenn die Freistellungserklärung - wie hier - von vornherein nicht geeignet war, den Anspruch zu erfüllen. 73

cc) Das Landesarbeitsgericht hat dahinstehen lassen, ob der Kläger den Urlaub rechtzeitig verlangt hat. Es hat gemeint, eines solchen Verlangens habe es nicht bedurft, weil die Beklagte die Ansprüche als solche mit den Freistellungen bestätigt habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Beklagte hatte Urlaub zum Zwecke der Erfüllung des Anspruchs vorsorglich erteilt. Daraus konnte der Kläger grundsätzlich nicht schließen, sie stelle die Ansprüche unabhängig von der Eignung ihrer Erklärung streitlos, der angestrebten Kumulation von Urlaubsansprüchen vorzubeugen, oder sie verzichte für den Fall, dass der Kläger die Ansprüche nicht als erfüllt ansehe, auf deren Geltendmachung. Im Ergebnis dürfte es hierauf aber nicht ankommen. 74

(1) Nach den Feststellungen im Berufungsurteil hatte der Kläger mit Schreiben vom 10. November 2008 um Gewährung des ihm für das Jahr 2008 zustehenden Urlaubs gebeten. Betreffend den Urlaub für die beiden Folgejahre hat er - soweit ersichtlich unbestritten - vorgetragen, er habe die Beklagte mit Einschreiben vom 25. November 2009 und vom 22. November 2010 jeweils zur Urlaubsgewährung aufgefordert. 75

(2) Die Verlangen waren rechtzeitig. Die in den Jahren 2008, 2009 und 2010 entstandenen Urlaubsansprüche, die auch während der laufenden Kündigungsschutzprozesse grundsätzlich erfüllt werden konnten, waren nicht am 31. Dezember des jeweiligen Jahres untergegangen, sondern konnten gemäß § 23 Abs. 1 TKT ohne Bindung an weitere Voraussetzungen noch bis zum 31. März des jeweiligen Folgejahres gewährt und genommen werden. Nach dieser Bestimmung „verfällt“ Urlaub, „der nicht spätestens drei Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres genommen wird, ohne Anspruch auf Geldentschädigung; es sei denn, dass er erfolglos schriftlich geltend gemacht worden ist“. Die Regelung erweitert - unter Berücksichtigung der Festlegung in § 20 Abs. 1 Satz 2 TKT, nach der Urlaubsjahr das Kalenderjahr ist - gegenüber § 7 Abs. 3 BUrlG den Zeitraum, in dem der Urlaub aus einem bestimmten Kalenderjahr gewährt und genommen werden kann, auf das erste Quartal des auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres. Sie bestimmt die Voraussetzungen des Verfalls des Urlaubs, auch soweit er den gesetzlichen Mindesturlaub einschließt, erkennbar abschließend. 76

dd) Einer Mahnung bedurfte es, ausgehend von den Behauptungen zur Geltendmachung der Urlaubsansprüche, nicht. Die Beklagte hatte dem Kläger lediglich „vorsorglich“ Urlaub erteilt, ohne vorab das Entgelt zu zahlen oder vorbehaltlos zuzusagen. Auf dessen - soweit ersichtlich - zeitlich nachfolgende Urlaubsverlangen hat sie nicht mehr reagiert. Unter diesen Umständen durfte der Kläger annehmen, die Beklagte gehe davon aus, alles zur Erfüllung der Ansprüche Erforderliche getan zu haben, und musste sich eine Mahnung als bloße Förmerei erweisen (*BAG 14. Mai 2013 - 9 AZR 760/11 - Rn. 14*). 77

ee) Der daraus erwachsene Schadensersatzanspruch unterliegt keiner gesetzlichen Befristung. Der Ersatzurlaub brauchte deshalb nicht erneut geltend gemacht zu werden. Ob der Ersatzurlaub der einstufigen tariflichen Ausschlussfrist des § 40 Abs. 1 TKT unterliegt, bedarf keiner Entscheidung. Sie wäre jedenfalls durch die Aufforderungen des Klägers zur Urlaubsgewährung auch hinsichtlich des Ersatzurlaubs gewährt (*vgl. BAG 20. April 2012 - 9 AZR 504/10 - Rn. 12; 15. November 2005 - 9 AZR 633/04 - Rn. 41*). 78

- ff) Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung greift nicht durch. Der Ersatzurlaubsanspruch unterliegt der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB (*BAG 11. April 2006 - 9 AZR 523/05 - Rn. 37*). Seinen frühestens am 31. März 2009 entstandenen Schadensersatzanspruch auf Ersatzurlaubsgewährung für Urlaub aus dem Jahr 2008 hat der Kläger durch Klageerweiterung im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2012 gerichtlich geltend gemacht. Zu diesem Zeitpunkt war die mit Schluss des Jahres 2009 begonnene Verjährungsfrist (§ 199 Abs. 1 BGB) noch nicht abgelaufen. Der Eintritt der Verjährung der frühestens am 31. März 2010 bzw. 31. März 2011 entstandenen Schadensersatzansprüche auf Gewährung von Ersatzurlaub für Urlaub aus den Jahren 2009 bzw. 2010 wurde durch Feststellungsklage vom 23. Dezember 2013, die der Beklagten am 8. Januar 2014 „demnächst“ (§ 167 ZPO) zugestellt worden ist, gehemmt. 79
4. Die Sache ist auch hinsichtlich der Widerklage nicht zur Endentscheidung reif. 80
- a) Nach den bisherigen Feststellungen ist offen, ob der Kläger verpflichtet war, den Ladungen der Beklagten zum Arbeitsantritt zu folgen. Bejahendenfalls wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, ob und ggf. ab wann der Kläger leistungsunwillig war und sich selbst außerstande gesetzt hat, die Arbeitsleistung zu bewirken mit der Folge, dass ein Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung für die Zukunft entfiel. 81
- b) Für die Tage nach Zugang der fristlosen Kündigung beim Kläger hängt die Entscheidung über die Widerklage unmittelbar vom Ausgang des Streits über die Wirksamkeit der Kündigung ab. 82
5. Soweit sich die Aufhebung und Zurückverweisung auf den Ausspruch in Ziff. 1 des Tenors des Urteils des Landesarbeitsgerichts bezieht, war zur Klarstellung das Datum des (teilweise) abgeänderten Urteils des Arbeitsgerichts (- 3 Ca 143/12 -) auf den 13. Juni 2012 zu berichtigen (*vgl. dazu auch auf Seite 8, 3. Absatz des Berufungsurteils*). 83

D. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu 84  
entscheiden haben.

Der Vorsitzende  
Richter am Bun-  
desarbeitsgericht  
Kreft ist infolge  
seiner Versetzung  
in den Ruhestand  
mit Ablauf des  
31. Januar 2016  
an der Unter-  
schriftsleistung  
verhindert.

Rachor

Berger

Berger

Beckerle

A. Claes