

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 14. Dezember 2017
- 2 AZR 86/17 -
ECLI:DE:BAG:2017:141217.U.2AZR86.17.0

I. Arbeitsgericht Hannover

Schlussurteil vom 13. Juli 2016
- 8 Ca 524/15 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 15. Dezember 2016
- 5 Sa 909/16 -

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Klageerweiterung

Leitsatz:

Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG erstrebt, lässt seine Pflicht zur Arbeitsleistung nicht entfallen, solange dem Auflösungsantrag nicht - rechtskräftig - stattgegeben ist.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 86/17
5 Sa 909/16
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Dezember 2017

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 14. Dezember 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Claes und Gans für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 15. Dezember 2016 - 5 Sa 909/16 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. 1
- Der Kläger war bei der Beklagten seit Juli 1996 als CNC-Dreher, Programmierer und Einrichter beschäftigt. 2
- Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 25. November 2015 „zum 30.05.2016“. Im anschließenden Kündigungsschutzprozess unterbreitete sie dem Kläger ein Angebot zur gütlichen Einigung. Sie behielt sich, sofern er es ablehne, vor, auf die Rechte aus der Kündigung zu verzichten und den Kläger künftig - wie die übrigen Arbeitnehmer - im Schichtbetrieb einzusetzen. Der Kläger nahm das Angebot nicht an. 3
- Mit Schriftsatz vom 16. Februar 2016 hat die Beklagte den Kündigungsschutzantrag betreffend die Kündigung vom 25. November 2015 anerkannt. Der Kläger hat sich mit Schriftsatz vom 29. Februar 2016 gegen den Erlass eines Anerkenntnisurteils ausgesprochen und beantragt, das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer Abfindung iHv. mindestens 10.000,00 Euro brutto aufzulösen. Das Arbeitsgericht hat mit „Teilanerkenntnisurteil“ vom 17. März 2016 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 25. November 2015 nicht aufgelöst werde. 4
- Der Kläger erbrachte seine Arbeitsleistung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Ab dem 1. Juni 2016 blieb er der Arbeit auf Empfehlung seines Prozessbevollmächtigten fern. Mit Schreiben vom 7. Juni 2016 wies die Beklagte 5

ihn darauf hin, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund des Urteils vom 17. März 2016 fortbestehe und er nicht berechtigt sei, mit Blick auf den bisher nicht beschiedenen Auflösungsantrag die Arbeit einzustellen. Zugleich mahnte sie ihn wegen unentschuldigter Fernbleibens von der Arbeit in der Zeit vom 1. bis 7. Juni 2016 ab und behielt sich arbeitsrechtliche Schritte bis zur Kündigung vor, sollte er die Arbeit nicht wieder aufnehmen. Vom 8. Juni bis 8. Juli 2016 sowie vom 13. bis 20. Juli 2016 war der Kläger arbeitsunfähig krankgeschrieben. In der Zwischenzeit sowie daran anschließend erschien er weiterhin nicht zur Arbeit.

Mit Schreiben vom 21. Juli 2016 mahnte die Beklagte den Kläger wegen unentschuldigter Fernbleibens an diesem Tag erneut ab und behielt sich arbeitsrechtliche Schritte bis zur Kündigung vor, sollte er die Arbeit nicht bis zum 27. Juli 2016 wieder aufnehmen. Nachdem der Kläger auch am 28. Juli 2016 nicht zur Arbeit erschienen war, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 28. Juli 2016 außerordentlich fristlos. 6

Mit Schlussurteil vom 13. Juli 2016 hatte das Arbeitsgericht den Auflösungsantrag des Klägers abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat dieser hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Auflösungsantrag Klage gegen die außerordentliche Kündigung vom 28. Juli 2016 erhoben. 7

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe ab dem 1. Juni 2016 seine Arbeitsleistung nicht mehr erbringen müssen. Zu diesem Zeitpunkt sei mangels rechtskräftiger Entscheidung über den Auflösungsantrag offen gewesen, ob zwischen den Parteien weiterhin ein Arbeitsverhältnis bestehe. Es habe ihm nicht zugemutet werden können, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterzuarbeiten. Das in der „Kündigungsrücknahme“ der Beklagten liegende Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses habe er nicht angenommen. Das „Teilanerkennnisurteil“ vom 17. März 2016 sei zu Unrecht ergangen. Die Beklagte habe ihm für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist keinen ordnungsgemäßen Arbeitsplatz angeboten. Ausweislich ihres Schriftsatzes vom 7. Januar 2016 habe er in den Schichtdienst versetzt werden sollen, zu dem er aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen sei. 8

Der Kläger hat zuletzt - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt, 9

1. das Arbeitsverhältnis gem. § 9 KSchG aufzulösen und die Beklagte zu verurteilen, ihm eine Abfindung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch 10.000,00 Euro nicht unterschreiten sollte;
2. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Auflösungsantrag:
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 28. Juli 2016 nicht aufgelöst ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 10

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen die Abweisung seines Auflösungsantrags zurückgewiesen und die Klage gegen die Kündigung vom 28. Juli 2016 abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den Kündigungsschutzantrag weiter. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. Juli 2016 zu Recht als wirksam erachtet. 12

A. Das Berufungsurteil ist Gegenstand des Revisionsverfahrens nur insoweit, wie das Landesarbeitsgericht die Revision zugelassen, das heißt die Kündigungsschutzklage abgewiesen hat. Der Kläger hat dieses Verständnis seines Revisionsantrags mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2017 bestätigt. 13

B. Die Revision ist nicht deshalb begründet, weil das Landesarbeitsgericht nicht über den Kündigungsschutzantrag hätte entscheiden dürfen, bevor seine den Auflösungsantrag betreffende Entscheidung rechtskräftig war. Zwar ist es 14

regelmäßig ausgeschlossen, über einen Kündigungsschutzantrag, der eine spätere Kündigung betrifft, eher als über einen zeitlich vorgehenden Auflösungsantrag zu entscheiden (*BAG 28. Mai 2009 - 2 AZR 282/08 - Rn. 19; 27. April 2006 - 2 AZR 360/05 - Rn. 21, BAGE 118, 95*). Dies bedeutet aber nicht, dass das Gericht erst nach Rechtskraft einer Entscheidung über den vorgreiflichen Auflösungsantrag auch über den Kündigungsschutzantrag befinden dürfte. Sind beide Anträge - wie hier - Gegenstand desselben Rechtsstreits, kann über sie gleichzeitig verhandelt und entschieden werden (*vgl. BAG 27. April 2006 - 2 AZR 360/05 - Rn. 19, aaO*).

C. Das Landesarbeitsgericht hat die gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. Juli 2016 gerichtete Kündigungsschutzklage zu Recht abgewiesen. 15

I. Die diesbezügliche Klageerweiterung im Berufungsverfahren war zulässig. Zwar verlangt § 4 Satz 1 KSchG eine fristgerechte Klageerhebung „beim Arbeitsgericht“. Die Bestimmung gilt gem. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG ebenso für die Klage gegen eine außerordentliche Kündigung (*BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 163/14 - Rn. 16, BAGE 150, 234*). Das hindert aber nicht die Erhebung einer Kündigungsschutzklage in einem zwischen den Parteien anhängigen Berufungsverfahren, sofern dies nach den allgemeinen Grundsätzen gem. § 533 ZPO zulässig ist (*vgl. zu § 3 Satz 1 KSchG aF BAG 10. Dezember 1970 - 2 AZR 82/70 - zu I der Gründe, BAGE 23, 139; aA Däubler/Deinert/Zwanziger/Zwanziger/Callsen KSchR 10. Aufl. § 4 KSchG Rn. 35a*). § 4 Satz 1 KSchG bezeichnet lediglich das für den Regelfall einer erstinstanzlich erhobenen Kündigungsschutzklage zuständige Gericht. Die Bestimmung bezweckt - mit der Folge des § 7 KSchG bei ihrer Versäumung - die Normierung einer dreiwöchigen Frist zur Klageerhebung, nicht die Einschränkung der Möglichkeit einer Klageerweiterung in der Berufungsinstanz über § 533 ZPO hinaus. 16

1. Allerdings spricht § 4 Satz 1 KSchG von einer Erhebung der Klage „beim Arbeitsgericht“, während in anderen Bestimmungen des Gesetzes die allgemeinere Formulierung „Gericht“ verwendet wird (*vgl. §§ 8, 9 Abs. 1 Satz 1* 17

und Satz 2 sowie Abs. 2, § 10 Abs. 2 Satz 2, §§ 11, 12 Satz 1, § 13 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 sowie § 16 Satz 1 KSchG). Die Formulierung in § 4 Satz 1 KSchG muss deshalb aber noch kein ausnahmsloses Erfordernis einer Klageerhebung vor dem Arbeitsgericht begründen. Ebenso gut kann darin nur die Bezeichnung des üblicherweise, nämlich erstinstanzlich anzurufenden Gerichts liegen. Soweit § 61a ArbGG besondere Vorschriften für Rechtsstreitigkeiten über die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses im ersten Rechtszug enthält, ist auch dort nicht geregelt, dass es stets eines erstinstanzlichen Kündigungsschutzverfahrens bedürfe.

2. Für die Zulässigkeit einer Klageerweiterung im Berufungsverfahren gelten vielmehr aufgrund des Verweises in § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Grundsätze des § 533 ZPO, ohne dass das Gesetz eine abweichende Sondervorschrift für Kündigungsschutzklagen vorsehe. Danach ist eine Klageerweiterung in der Berufungsinstanz zulässig, wenn entweder der Gegner einwilligt oder das Gericht die Klageerweiterung für sachdienlich hält und diese auf Tatsachen gestützt ist, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin zugrunde zu legen hat. 18

3. Die Entstehungsgeschichte von § 4 Satz 1 KSchG bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass dadurch die Möglichkeit einer klageerweiternden Geltendmachung in der Berufungsinstanz über § 533 ZPO hinaus hätte eingeschränkt werden sollen. Die Bestimmung geht auf § 3 Satz 1 des Kündigungsschutzgesetzes vom 10. August 1951 (*BGBI. I S. 499*) zurück. Der dortige Begriff „Arbeitsgericht“ beschrieb nur „untechnisch“ ein Gericht für Arbeitssachen (*BAG 10. Dezember 1970 - 2 AZR 82/70 - zu I 2 a der Gründe, BAGE 23, 139*). Auch der damaligen Gesetzesbegründung lässt sich nicht entnehmen, dass der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage ausschließlich vor dem Arbeitsgericht sollte erheben können (*vgl. BT-Drs. 1/2090 S. 13*). 19

4. Sinn und Zweck von § 4 Satz 1 KSchG stehen nicht der Möglichkeit entgegen, eine Kündigungsschutzklage unter den Voraussetzungen des § 533 20

ZPO im Wege der Klageerweiterung in einem anderen zwischen den Parteien anhängigen Berufungsverfahren zu erheben.

- a) Die Vorschrift normiert im Interesse einer raschen Klärung der Frage, ob eine Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht, eine einheitliche Klagefrist für die Geltendmachung aller Unwirksamkeitsgründe (*BT-Drs. 15/1204 S. 9 f., 13*). Diese dient vor allem dem Schutz des Arbeitgebers. Er soll nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang der Kündigung und einer Zeitspanne für die Klagezustellung darauf vertrauen dürfen, dass seine Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat, wenn der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig Klage erhoben hat (*BAG 6. September 2012 - 2 AZR 858/11 - Rn. 13, BAGE 143, 84; 26. März 2009 - 2 AZR 403/07 - Rn. 22*). Dieser Schutzzweck wird auch dann erfüllt, wenn die Kündigungsschutzklage im Wege der Klageerweiterung vor dem Landesarbeitsgericht erhoben wird (*vgl. zu § 3 Satz 1 KSchG aF BAG 10. Dezember 1970 - 2 AZR 82/70 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 23, 139*). Durch den Wegfall einer Instanz wird eine endgültige Klärung der Wirksamkeit der Kündigung sogar noch beschleunigt. 21
- b) Der Erhebung einer Kündigungsschutzklage im Wege der Klageerweiterung vor dem Landesarbeitsgericht stehen keine sonstigen schutzwürdigen Interessen der Arbeitsvertragsparteien entgegen (*aA Däubler/Deinert/Zwanziger/Zwanziger/Callsen KSchR 10. Aufl. § 4 KSchG Rn. 35a*). Auch für einen Kündigungsschutzprozess müssen nicht notwendig zwei Tatsacheninstanzen zur Verfügung stehen (*vgl. BAG 10. Dezember 1970 - 2 AZR 82/70 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 23, 139*). Der kündigende Arbeitgeber ist dadurch geschützt, dass eine Klageerweiterung in der Berufungsinstanz nur unter den Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig ist. Der gekündigte Arbeitnehmer wiederum hat es selbst in der Hand, ob er eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erhebt oder in einem bereits im Berufungsverfahren befindlichen Rechtsstreit die Klage entsprechend erweitert und sich damit dem Risiko ihrer Unzulässigkeit aussetzt, sollten die Voraussetzungen des § 533 ZPO nicht erfüllt sein. 22

5. Im Streitfall hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Voraussetzungen gem. § 533 ZPO für die Zulässigkeit der Klageerweiterung im Berufungsverfahren über den Auflösungsantrag hätten vorgelegen. Dies ist in der Revisionsinstanz in entsprechender Anwendung von § 268 ZPO nicht mehr zu überprüfen (vgl. BAG 27. April 2017 - 6 AZR 119/16 - Rn. 52; 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - Rn. 23, BAGE 152, 345; BGH 17. Oktober 2012 - XII ZR 101/10 - Rn. 11; 25. Oktober 2007 - VII ZR 27/06 - Rn. 9). 23
- II. Gegen die Erhebung der Kündigungsschutzklage als Hilfsantrag nur für den Fall des Unterliegens mit dem Auflösungsantrag bestehen keine Bedenken. Es handelt sich um eine rein innerprozessuale Rechtsbedingung, unter die jeder Klageantrag gestellt werden kann (BAG 21. November 2013 - 2 AZR 474/12 - Rn. 19, BAGE 146, 333). 24
- III. Die rechtzeitig erhobene Kündigungsschutzklage ist indes unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, für die Kündigung habe ein wichtiger Grund iSd. § 626 BGB bestanden. Andere Unwirksamkeitsgründe hat der Kläger nicht geltend gemacht. 25
1. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. Juli 2016 gilt nicht schon gem. § 13 Abs. 1 Satz 2, § 7 KSchG wegen Versäumung der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG als rechtswirksam. Der Kündigungsschutzantrag ist iSv. § 158 Abs. 2 BGB als auflösend bedingt gestellt anzusehen mit der Folge, dass er, rechtzeitig gestellt wie hier, ohne Weiteres auch die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG wahrt (vgl. BAG 21. November 2013 - 2 AZR 474/12 - Rn. 19, BAGE 146, 333). Dies gilt nicht anders, wenn er in zulässiger Weise gem. § 533 ZPO klageerweiternd im Berufungsverfahren erhoben wird. 26
2. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund 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 Vertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündi- 27

gungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei ist zunächst zu prüfen, 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 29. Juni 2017 - 2 AZR 302/16 - Rn. 11*).

3. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, das dem Kläger vorgeworfene Verhalten sei „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. 28

a) Die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist „an sich“ geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen (*BAG 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - Rn. 29*). Ein Arbeitnehmer verweigert die ihm angewiesene Arbeit beharrlich, wenn er sie bewusst und nachdrücklich nicht leisten will. Ob er zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, bestimmt sich nach der objektiven Rechtslage. Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in der Annahme, er handele rechtmäßig, hat grundsätzlich er selbst das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als unzutreffend erweist (*BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 22, BAGE 153, 111*). 29

b) Der Kläger war aufgrund des - rechtskräftig feststehenden - Fortbestands des Arbeitsverhältnisses der Parteien gem. § 611 Abs. 1 BGB (*ab 1. April 2017: § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB*) grundsätzlich verpflichtet, seine arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit als CNC-Dreher, Programmierer und Einrichter auch über den 30. bzw. 31. Mai 2016 hinaus für die Beklagte zu erbringen. Dieser Pflicht ist er - soweit er daran nicht durch Arbeitsunfähigkeit gehindert war - ohne einen dies rechtfertigenden oder entschuldigenden Grund nicht nachgekommen. 30

aa) Der Kläger war in der Zeit vom 1. bis zum 7. Juni 2016, vom 9. bis zum 12. Juli 2016 sowie vom 21. bis zum 28. Juli 2016 nicht nach § 275 Abs. 1 BGB von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung befreit. Zwar bewirkt Annahmeverzug des Arbeitgebers iSd. §§ 293 ff. BGB - neben dem Erhalt des Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers gem. § 615 Satz 1 BGB - zugleich die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, sodass gem. § 275 Abs. 1 BGB die Leistungspflicht des Arbeitnehmers für den fraglichen Zeitraum entfällt (vgl. *Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 95 Rn. 2; Staudinger/Richardi/Fischinger (2016) § 611 BGB Rn. 1117*). Die Beklagte befand sich im Streitfall aber nicht im Annahmeverzug iSd. §§ 293 ff. BGB. 31

(1) Der Arbeitgeber kommt durch Ausspruch einer rechtsunwirksamen ordentlichen Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist in Annahmeverzug, ohne dass es eines - auch nur wörtlichen - Arbeitsangebots des Arbeitnehmers bedarf, §§ 295, 296 Satz 1 BGB. In der Kündigung liegt zugleich die Erklärung, die Arbeitsleistung - nach Ablauf der Kündigungsfrist - nicht mehr anzunehmen (vgl. *BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 12, BAGE 141, 340; 11. Januar 2006 - 5 AZR 125/05 - Rn. 10, BAGE 116, 355; 13. Juli 2005 - 5 AZR 578/04 - zu II 1 der Gründe, BAGE 115, 216*). Annahmeverzug tritt aber mit Ablauf der Kündigungsfrist ohne ein - auch nur wörtliches - Angebot des Arbeitnehmers grundsätzlich dann nicht ein, wenn der Arbeitgeber einen gegen die Kündigung gerichteten Kündigungsschutzantrag bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist iSv. § 307 Satz 1 ZPO anerkennt und dadurch gegenüber dem Arbeitnehmer unmissverständlich klarstellt, zu Unrecht gekündigt zu haben (vgl. *für die Beendigung eines Annahmeverzugs: BAG 19. September 2012 - 5 AZR 627/11 - Rn. 30, BAGE 143, 119; 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 14, BAGE 141, 34*). Dafür bedarf es entgegen der Auffassung des Klägers nicht erst der Annahme eines entsprechenden Fortsetzungsangebots des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer. Bereits mit dem Anerkenntnis entfällt vielmehr die bis dahin in der Kündigung liegende Erklärung des Arbeitgebers, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr annehmen zu wollen. Eine Aufforderung zur „Wiederaufnahme“ der Arbeit ist nicht erforderlich, 32

wenn es - wie hier - noch nicht zum Eintritt von Annahmeverzug gekommen ist (*anders dagegen für die Beendigung eines bereits eingetretenen Annahmeverzugs BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - aaO*).

(2) Danach ist die Beklagte nicht nach Ablauf des 30. Mai 2016 mit der Annahme der Arbeitsleistung des Klägers in Verzug geraten. Sie hatte den Kündigungsschutzantrag hinsichtlich der ordentlichen Kündigung vom 25. November 2015 bereits mit Schriftsatz vom 16. Februar 2016 anerkannt. Dieser war dem Kläger noch im Februar 2016 und damit vor Ablauf der Kündigungsfrist zugegangen. Dass die Beklagte sich mit Schriftsatz vom 7. Januar 2016 vorbehalten hatte, den Kläger künftig - wie die übrigen Arbeitnehmer - im Schichtbetrieb einzusetzen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Kläger gesundheitlich zum Schichtdienst in der Lage gewesen wäre. Zwar muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Arbeitsmöglichkeit eröffnen, indem er ihm einen funktionsfähigen Arbeitsplatz bereitstellt (*vgl. BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 22; 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 17, BAGE 134, 296*). Durch einen bloßen Vorbehalt, den Kläger künftig im Schichtbetrieb einzusetzen, hat die Beklagte die danach erforderliche Mitwirkungshandlung jedoch nicht unterlassen. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass sie ihn für die oder in der Zeit ab dem 1. Juni 2016 tatsächlich zum Schichtdienst eingeteilt hätte. Es kann daher dahinstehen, ob der Kläger nicht anderenfalls seine Arbeit außerhalb des Schichtdienstes zumindest im Sinne eines Protests wörtlich hätte anbieten müssen (*zum Problem vgl. BAG 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 44, BAGE 151, 45*).

33

bb) Der Kläger war von der Pflicht zur Arbeitsleistung ab dem 1. Juni 2016 nicht deshalb befreit, weil er einen Auflösungsantrag gestellt hatte. Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG erstrebt, lässt die Pflicht zur Arbeitsleistung nicht entfallen, wenn dem Antrag nicht - rechtskräftig - stattgegeben wird (*ebenso LAG Köln 12. November 2014 - 5 Sa 419/14 - zu II 2 b aa der Gründe; BeckOK ArbR/Pleßner Stand 1. September 2017 KSchG § 9 Rn. 104a; APS/*

34

Vossen 5. Aufl. KSchG § 1 Rn. 282e; aA LAG Rheinland-Pfalz 7. April 2005 - 4 Sa 955/04 - zu II der Gründe).

(1) § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG trifft keine Regelung über die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Auflösungsantrag. Vielmehr legt bereits der Wortlaut nahe, dass allein die Stellung des Antrags sie nicht aufzuheben vermag. Das Arbeitsverhältnis kann auf einen Antrag nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG erst durch das Gericht aufgelöst werden. 35

(2) Systematik und Gesamtzusammenhang der Regelung sprechen ebenfalls dagegen, den Arbeitnehmer ab dem möglichen Auflösungszeitpunkt gem. § 9 Abs. 2 KSchG allein aufgrund der Stellung des Auflösungsantrags als von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung befreit anzusehen. 36

(a) § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG gewährt dem Arbeitnehmer kein Gestaltungsrecht, sondern lediglich einen Gestaltungsantrag (*vgl. BAG 20. März 1997 - 8 AZR 769/95 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 85, 330*). Die rechtsgestaltende Wirkung tritt nicht bereits mit der Antragstellung, sondern erst mit der formellen Rechtskraft des Urteils ein, das den Auflösungsantrag für begründet erachtet. Bis zu diesem Zeitpunkt ist das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst (*vgl. BAG 28. Januar 1961 - 2 AZR 482/59 - zu II 3 der Gründe*). Es besteht vielmehr mit allen Rechten und Pflichten fort, bis es durch - rechtskräftiges - rechtsgestaltendes Urteil - ggf. rückwirkend - aufgelöst wird (*vgl. LAG Köln 12. November 2014 - 5 Sa 419/14 - zu II 2 b aa der Gründe*). 37

(b) Davon unberührt bleibt ein etwaiges Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers gem. § 275 Abs. 3 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn er sie persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Ist der Arbeitnehmer der Auffassung, ihm sei die Erbringung seiner Arbeitsleistung in diesem Sinne nicht zuzumuten, muss er ggf. neben einem Auflösungsantrag 38

nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB geltend machen.

(c) Ebenso kann der Arbeitnehmer unabhängig von der Möglichkeit eines Auflösungsantrags nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG unter den Voraussetzungen des § 626 BGB vom Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund Gebrauch machen mit der Folge eines Schadensersatzanspruchs nach § 628 Abs. 2 BGB, wenn die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers veranlasst war. 39

(3) Auch Sinn und Zweck des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG erfordern es nicht, den Arbeitnehmer ab dem möglichen Auflösungszeitpunkt gem. § 9 Abs. 2 KSchG allein aufgrund eines noch nicht beschiedenen Auflösungsantrags als von seiner Arbeitspflicht befreit anzusehen. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist die Ausnahme. Das Kündigungsschutzgesetz ist ein Bestandsschutz-, kein Abfindungsgesetz (*BAG 24. Oktober 2013 - 2 AZR 320/13 - Rn. 24, BAGE 146, 249*). Dies wird allein unter der Voraussetzung durchbrochen, dass eine Vertrauensgrundlage für eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr besteht (*vgl. BT-Drs. 1/2090 S. 13*). Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG kommt demnach nur ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen in Betracht (*vgl. BAG 23. Oktober 2008 - 2 AZR 483/07 - Rn. 71*). Dem widerspräche es, den Arbeitnehmer faktisch schon allein aufgrund der Stellung eines - möglicherweise unbegründeten - Auflösungsantrags von seiner Pflicht zur Arbeitsleistung zu befreien. 40

cc) Der Kläger hat seine Arbeitsleistung für die Beklagte ab dem 1. Juni 2016 nicht gem. § 275 Abs. 3 BGB verweigert. 41

(1) Die Bestimmung betrifft das Spannungsverhältnis von Vertragstreue und Unzumutbarkeit der Leistung. Sie löst es (nur) dann zugunsten des Schuldners auf, wenn für diesen die Leistungserbringung in hohem Maße belastend ist, weil ein Fall besonderer Leistungerschwerung vorliegt. Dem Schuldner 42

kann die Erfüllung der von ihm persönlich zu erbringenden Leistung in diesem Sinne unzumutbar sein, wenn er dadurch Gefahr läuft, in bedeutsamen Rechtsgütern verletzt zu werden (*BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 26, BAGE 153, 111*).

(2) § 275 Abs. 3 BGB begründet ein Leistungsverweigerungsrecht (vgl. etwa *BAG 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16 - Rn. 68; 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - Rn. 45; Palandt/Grüneberg 77. Aufl. § 275 Rn. 32*). Der Schuldner wird nicht kraft Gesetzes von seiner Leistungspflicht befreit, sondern nur und erst durch Erhebung der Einrede nach § 275 Abs. 3 BGB (vgl. *BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 26, BAGE 153, 111; BGH 19. Dezember 2012 - VIII ZR 96/12 - Rn. 28; Staudinger/Caspers (2014) § 275 BGB Rn. 114*). Ob die Erhebung der Einrede ggf. zurückwirkt, weil bereits ihr bloßes Bestehen den Verzug des Schuldners ausschließt (vgl. *MüKoBGB/Ernst 7. Aufl. § 275 Rn. 99; aA Soergel/Ekkenga/Kuntz BGB 13. Aufl. § 275 Rn. 168*), bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Der Kläger hat eine solche Einrede nicht erhoben. 43

(a) An die Erhebung der Einrede sind keine strengen Anforderungen zu stellen (zu § 275 Abs. 2 BGB vgl. *MüKoBGB/Ernst 7. Aufl. § 275 Rn. 98*). Der Wille des Schuldners, die Erbringung der Leistung als unzumutbar zu verweigern, muss aber eindeutig erkennbar sein (zu § 320 Abs. 1 Satz 1, § 348 und § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB: vgl. *BGH 8. Dezember 2009 - XI ZR 183/08 - Rn. 51; 16. Oktober 2009 - V ZR 203/08 - Rn. 20; 12. März 2008 - XII ZR 147/05 - Rn. 13*). Im Prozess muss sich der Schuldner auf die Erhebung der Einrede berufen (zu § 275 Abs. 2 BGB vgl. *BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 32/99 - zu B III 4 der Gründe, BAGE 111, 191; sowie Palandt/Grüneberg 77. Aufl. § 275 Rn. 32; Jauernig/Stadler BGB 16. Aufl. § 275 Rn. 32*). Ausreichend ist, dass sich sein Wille, die Einrede zu erheben, zumindest aus seinem Vortrag unzweifelhaft ergibt (zu § 348 BGB vgl. *BGH 16. Oktober 2009 - V ZR 203/08 - Rn. 20*). Die Einrede kann bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz erhoben werden. In der Revisionsinstanz ist ihre (erstmalige) 44

Erhebung dagegen ausgeschlossen, selbst wenn die Tatsachen, auf die das Leistungsverweigerungsrecht gestützt wird, bereits vorgetragen wurden (zu § 273 Abs. 1 BGB vgl. BGH 18. November 2010 - IX ZR 240/07 - Rn. 19; 24. November 2006 - LwZR 6/05 - Rn. 37; sowie zu § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB bereits RG 19. April 1928 - VI 428/27 - RGZ 121, 73).

(b) Danach hat der Kläger ein solches Leistungsverweigerungsrecht nicht geltend gemacht, sodass es keiner Entscheidung bedarf, ob es ihm in der Sache zugestanden hätte. Er hat sich weder ausdrücklich auf die Erhebung der Einrede des § 275 Abs. 3 BGB berufen noch ergab sich ein entsprechender Wille aus seinem Auflösungsantrag. 45

(aa) Dem Antragswortlaut lässt sich dies nicht entnehmen. Auch aus seiner Begründung ergibt sich ein entsprechender Wille nicht. Zwar hat der Kläger ua. geltend gemacht, dass „eine Rückkehr in den Betrieb ... für (ihn) unzumutbar“ sei, ihm „eine weitere Tätigkeit für die Beklagte nicht möglich“ erscheine und „ihm die Fortführung des Arbeitsverhältnisses langfristig und über den Kündigungstermin hinaus unzumutbar“ sei. Damit hat er aber unzweifelhaft nur zu den Voraussetzungen gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG vorgetragen. 46

(bb) Der Kläger hat den Auflösungsantrag überdies schon während des Laufs der Kündigungsfrist gestellt, während derer er seiner Tätigkeit jedoch weiterhin nachgegangen ist. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, weshalb zwar nicht schon während, aber mit Ablauf der Kündigungsfrist Unzumutbarkeit iSd. § 275 Abs. 3 BGB eingetreten sein sollte. 47

dd) Der Kläger hat die geschuldete Arbeitsleistung bewusst und nachhaltig verweigert. 48

(1) Er blieb der Arbeit zunächst in der Zeit vom 1. bis 7. Juni 2016 unentschuldigt fern. Mit Schreiben vom 7. Juni 2016 wies die Beklagte ihn darauf hin, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund des „Teilanerkennsurteils“ vom 17. März 2016 fortbestehe und dass er aufgrund seines - bisher nicht beschiedenen - Auflösungsantrags nicht berechtigt sei, die Tätigkeit einzustellen. 49

Zugleich mahnte sie ihn wegen unentschuldigter Fernbleibens in der Zeit vom 1. bis zum 7. Juni 2016 ab und behielt sich rechtliche Schritte bis zur Kündigung vor, sollte der Kläger weiterhin der Arbeit fernbleiben. Dennoch nahm der Kläger die Tätigkeit auch nach dem Ende seiner Arbeitsunfähigkeit in der Zeit vom 9. bis zum 12. Juli 2016 und ab dem 21. Juli 2016 nicht wieder auf. Daraufhin mahnte ihn die Beklagte mit Schreiben vom 21. Juli 2016 erneut wegen unentschuldigter Fernbleibens am 21. Juli 2016 ab und behielt sich rechtliche Schritte bis zur Kündigung vor, sollte der Kläger bis zum 27. Juli 2016 nicht zur Arbeit erscheinen. Dessen ungeachtet nahm der Kläger seine Tätigkeit auch im Anschluss nicht wieder auf.

(2) Der Kläger unterlag keinem unverschuldeten Rechtsirrtum. 50

(a) Der Geltungsanspruch des Rechts bewirkt, dass der Schuldner das Risiko eines Rechtsirrtums grundsätzlich selbst trägt und es nicht dem Gläubiger überbürden kann. Ein unverschuldeter Rechtsirrtum liegt nur vor, wenn der Schuldner seinen Irrtum auch unter Anwendung der zu beachtenden Sorgfalt nicht erkennen konnte. Dabei sind strenge Maßstäbe anzulegen. Es reicht nicht aus, dass er sich für seine eigene Rechtsauffassung auf eine eigene Prüfung und fachkundige Beratung stützen kann. Ein Unterliegen in einem möglichen Rechtsstreit muss zwar nicht undenkbar sein. Gleichwohl liegt ein entschuldbarer Rechtsirrtum nur dann vor, wenn der Schuldner damit nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht zu rechnen brauchte; ein normales Prozessrisiko entlastet ihn nicht (*BAG 17. November 2016 - 2 AZR 730/15 - Rn. 37*).

(b) Danach befand sich der Kläger nicht in einem unverschuldeten Rechtsirrtum, als er die Arbeitsleistung ab dem 1. Juni 2016 verweigerte. Die Empfehlung seines Prozessbevollmächtigten vermochte ihn für sich genommen nicht zu entlasten. Soweit der Kläger geltend macht, zur Arbeitspflicht eines Arbeitnehmers bis zur rechtskräftigen Entscheidung über einen Auflösungsantrag habe mit Ausnahme der in dieser Rechtsfrage divergierenden Urteile der Landesarbeitsgerichte Rheinland-Pfalz (*7. April 2005 - 4 Sa 955/04 -*) und Köln

(12. November 2014 - 5 Sa 419/14 -) keine tragfähige Rechtsprechung vorgelegen, die ihm als Richtschnur habe dienen können, zeigt er selbst auf, dass er bei sorgfältiger Prüfung sehr wohl damit rechnen musste, die Gerichte könnten die Rechtslage anders beurteilen als er. Auf das - seinen Rechtsstandpunkt teilende - Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz durfte er schon wegen des divergierenden Urteils des Landesarbeitsgerichts Köln nicht vertrauen.

c) Die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 53

aa) Bei der Prüfung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB, ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (*BAG 29. Juni 2016 - 2 AZR 302/16 - Rn. 26*). Dem Berufungsgericht kommt bei der Prüfung und Interessenabwägung ein Beurteilungsspielraum zu. Seine Würdigung wird in der Revisionsinstanz lediglich daraufhin überprüft, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnormen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Umstände widerspruchsfrei berücksichtigt hat (*BAG 29. Juni 2016 - 2 AZR 302/16 - Rn. 30*). 54

bb) Diesem Maßstab hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts stand. Es hat alle wesentlichen Aspekte des Falls berücksichtigt und die beiderseitigen Interessen vertretbar abgewogen. 55

(1) Entgegen der Auffassung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht den Grad seines Verschuldens - ausreichend - in seine Abwägung einbezogen. Es hat angenommen, die Verletzung der Arbeitspflicht wiege besonders schwer, da der Kläger die Arbeit über einen erheblichen Zeitraum, trotz zweier Abmahnungen und ohne nachvollziehbare Gründe verweigert habe. Allein die 56

Empfehlung seines Prozessbevollmächtigten, nicht zur Arbeit zu erscheinen, entschuldige die Arbeitsverweigerung nicht. Dem möglichen Rechtsirrtum des Klägers über seine Arbeitspflicht ab dem 1. Juni 2016 hat es damit zwar nicht ausdrücklich, aber im Ergebnis erkennbar und zu Recht keine entscheidende Auswirkung zu seinen Gunsten beigemessen (*vgl. zur Bedeutung eines vermeidbaren Rechtsirrtums bei der Interessenabwägung: BAG 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - Rn. 56; 29. August 2013 - 2 AZR 273/12 - Rn. 40*). Der Kläger durfte weder auf das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz noch auf den Erfolg seines Auflösungsantrags vertrauen, letzteres schon deshalb nicht, weil das Arbeitsgericht ihn bereits mit Schlussurteil vom 13. Juli 2016 abgewiesen hatte.

(2) Soweit der Kläger geltend macht, das Landesarbeitsgericht habe außer Acht gelassen, dass ihm die Rückkehr in den Betrieb der Beklagten während der Anhängigkeit seines Auflösungsantrags nicht zuzumuten gewesen sei, weil die Beklagte die gegen ihn erhobenen Vorwürfe nicht zurückgenommen habe, übersieht er, dass das Landesarbeitsgericht angenommen hat, dem Kläger sei die Arbeitsleistung für die Beklagte sehr wohl zumutbar gewesen, es hätten nämlich keine Gründe vorgelegen, die seine Arbeitsverweigerung nachvollziehbar erschienen ließen. 57

(3) Schließlich hat das Landesarbeitsgericht auch die langjährige, beanstandungsfreie Beschäftigungszeit des Klägers berücksichtigt. Soweit es angenommen hat, diese wirke sich nicht entscheidend zu seinen Gunsten aus, lässt dies - entgegen der Auffassung des Klägers - keinen Rechtsfehler erkennen. 58

4. Die Beklagte hat die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Sie hat die Kündigung darauf gestützt, der Kläger sei ab dem 1. Juni 2016 wiederholt und letztmals ab dem 21. Juli 2016 unentschuldig der Arbeit ferngeblieben. Damit hat sie einen Dauertatbestand geltend gemacht, der sich bis zum Kündigungszeitpunkt fortlaufend neu verwirklichte (*vgl. BAG 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - Rn. 57*). 59

D. Der Kläger hat gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 60

Koch

Niemann

Rachor

A. Claes

Th. Gans