

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 20. Mai 2021
- 2 AZR 457/20 -
ECLI:DE:BAG:2021:200521.U.2AZR457.20.0

I. Arbeitsgericht
Heilbronn

Schlussurteil vom 12. September 2019
- 1 Ca 173/18 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 1. Oktober 2020
- 17 Sa 1/20 -

Entscheidungsstichworte:

Kündigung - Prozessbeschäftigung - Selbstbeurlaubung

Leitsatz:

Der eigenmächtige Antritt eines vom Arbeitgeber nicht gewährten Urlaubs durch den Arbeitnehmer ist bei einer Prozessbeschäftigung durch auflösend bedingte Fortsetzung des Arbeitsvertrags „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien darzustellen.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 457/20

17 Sa 1/20

Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Mai 2021

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Mai 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Schierle und Dr. Klein für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 1. Oktober 2020 - 17 Sa 1/20 - wird auf Kosten des Klägers mit den Maßgaben zurückgewiesen, dass seine Berufung gegen das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Heilbronn vom 12. September 2019 - 1 Ca 173/18 - gegenstandslos geworden ist und er die Kosten des Berufungsverfahrens alleine zu tragen hat.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung. 1

Der Kläger war bei der Beklagten seit August 2017 als „Prozessmanager Automotive“ beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 23. April 2018 ordentlich zum 31. Mai 2018. Dagegen hat sich der Kläger gerichtlich gewehrt und ua. einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht. Im Lauf des erstinstanzlichen Verfahrens trafen die Parteien am 6. September 2018 unter der Überschrift „Vertragliches Prozessarbeitsverhältnis“ die nachstehende Abrede: 2

„Präambel

Der Arbeitnehmer hat gegen die ihm am 24.04.2018 zugestellte Kündigung vom 23.04.2018 zum 31.05.2018 ... Kündigungsschutzklage erhoben. Zugleich hat er beantragt, ihn über das Beendigungsdatum 31.05.2018 zu unveränderten Bedingungen weiter zu beschäftigen.

Vor diesem Hintergrund wird zwischen den Parteien Folgendes vereinbart:

1. Der Arbeitgeber bietet dem Arbeitnehmer eine durch die rechtskräftige Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung auflösend bedingte Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen im Arbeitsvertrag vom 14.07.2014 geregelten Bedingungen als Prozessmanager in D ab dem 05.09.2018 an.

2. Der Arbeitnehmer nimmt das Angebot auf Prozessbeschäftigung an.
3. Der Arbeitgeber hält an der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung vom 23.04.2018 fest und begibt sich mit dieser Vereinbarung keinerlei Rechte.
4. Änderungen oder Ergänzungen dieser Vereinbarung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform, es sei denn, sie beruhen auf einer ausdrücklichen oder individuellen Vertragsabrede im Sinne des § 305b BGB. Auch die Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses bedarf der Schriftform.
5. Sollte eine Bestimmung dieses Vertrags unwirksam sein, so wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Anstelle der unwirksamen Bestimmung soll diejenige rechtliche zulässige Regelung gelten, die der Absicht der Vertragspartner am nächsten kommt.

...“

Während der Prozessbeschäftigung kam es zu Unstimmigkeiten über die maßgeblichen Arbeitsbedingungen. Der Kläger war bis zum 12. März 2019 arbeitsunfähig. Die Beklagte forderte ihn am Freitag, den 22. März 2019 telefonisch auf, seine Tätigkeit am Montag, den 25. März 2019 wieder aufzunehmen. Noch am 22. März 2019 übersandte ihr der Kläger um 23:17 Uhr per E-Mail einen Antrag auf Erholungsurlaub für die Zeit vom 25. März 2019 bis zum 25. April 2019 und bat um „schriftliche Genehmigung ... bzw. um Ablehnung unter Nennung der Gründe auf gleichem Wege“. Der Kläger erschien weder am 25. März 2019 noch an den Folgetagen zur Arbeit.

3

Die Beklagte kündigte - nach Anhörung des Betriebsrats - mit Schreiben vom 4. April 2019, dem Kläger am Folgetag zugegangen, „den mit Ihnen geschlossenen Arbeitsvertrag“ außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich.

4

Dagegen hat der Kläger sich rechtzeitig mit der vorliegenden Klageerweiterung gewandt. Die Beklagte habe allein ein separates Prozessarbeitsverhältnis gekündigt. Jedenfalls könne seine Selbstbeurlaubung keine Kündigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

5

Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 6

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 4. April 2019 nicht aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass das Prozessarbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 4. April 2019 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 7

Das Arbeitsgericht hat der Klage gegen die ordentliche Kündigung vom 23. April 2018 durch Teilurteil stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht rechtskräftig zurückgewiesen. Der den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildenden Klage gegen die Kündigungen vom 4. April 2019 hat das Arbeitsgericht durch Schlussurteil (nur) hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien entsprochen. Auf die Berufung der Beklagten und unter Zurückweisung der Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht sie insgesamt abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger die vorstehenden Anträge weiter. 8

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Schlussurteil auf die Berufung der Beklagten ohne Rechtsfehler dahin abgeändert, dass die Klage gegen die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien vom 4. April 2019 abgewiesen wird. Allerdings hat es verkannt, dass damit die Berufung des Klägers gegenstandslos geworden ist und die Kosten des Berufungsverfahrens zu Unrecht quotiert. 9

A. Der gegen die außerordentliche fristlose Kündigung des *Arbeitsverhältnisses* der Parteien gerichtete Antrag gemäß § 4 Satz 1 KSchG ist unbegründet. 10

- I. Das folgt nicht schon daraus, dass die Parteien bei Zugang der Kündigung nicht durch ein Arbeitsverhältnis verbunden waren. Zwischen ihnen bestand ungeachtet der Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 23. April 2018 - wieder - ein solches. Sie haben am 6. September 2018 eine wirksame Vereinbarung getroffen, nach der sie ihr Arbeitsverhältnis auflösend bedingt (§ 158 Abs. 2 BGB) fortgesetzt haben. 11
1. Das Landesarbeitsgericht hat offengelassen, ob die Beklagte den Kläger auf vertraglicher Grundlage oder zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung rein tatsächlich weiterbeschäftigt hat. Der Senat kann dies selbst beurteilen. Die Auslegung der Vereinbarung der Parteien vom 6. September 2018 führt - ungeachtet der Frage, ob sie Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB), Einmalbedingungen (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) oder Individualabreden (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB) enthält - zum eindeutigen Ergebnis, dass der Kläger von der Beklagten auf vertraglicher Grundlage weiterbeschäftigt wurde. 12
- a) Die Abrede ist überschrieben mit „Vertragliches Prozessarbeitsverhältnis“ und nach ihren Ziff. 1 und 2 durch ein Angebot der Beklagten und dessen Annahme durch den Kläger zustande gekommen (§§ 145 ff. BGB). Überdies ist in ihr ein qualifiziertes Schriftformerfordernis für Änderungen oder Ergänzungen bestimmt (Ziff. 4) und eine salvatorische Klausel enthalten (Ziff. 5). Einen Hinweis auf den Willen der Beklagten, den Kläger nur im Vorgriff auf eine mögliche Zwangsvollstreckung vorläufig weiterzubeschäftigen, enthält die Vereinbarung nicht. 13
- b) Gegen eine solche Beschäftigung spricht insb. auch, dass die Abrede bereits vor dem erstinstanzlichen Urteil über die Kündigung vom 23. April 2018 und den darauf bezogenen Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers abgeschlossen wurde. Zu diesem Zeitpunkt bestand kein vorläufig vollstreckbarer Weiterbeschäftigungstitel (§ 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) zugunsten des Klägers. Es war daher vollkommen ungewiss, ob die Beklagte - die nach Ziff. 3 der Abrede explizit an der Wirksamkeit der ersten Kündigung festhielt - jemals eine Zwangsvollstreckung würde abwenden müssen (vgl. BAG 19. Januar 2005 - 7 AZR 113/04 - zu II 1 a der Gründe). Daneben hat sie sich verpflichtet, den Kläger ungeachtet 14

einer Entscheidung zu seinen Ungunsten im Instanzenzug bis zur *rechtskräftigen* Feststellung der Wirksamkeit ihrer Kündigung weiterzubeschäftigen (vgl. BAG 8. April 2014 - 9 AZR 856/11 - Rn. 35, 39 f.).

2. Entgegen der Auffassung der Revision haben die Parteien kein zweites Arbeitsverhältnis neben das gekündigte gestellt. 15

a) Sie haben nach dem eindeutigen Wortlaut von Ziff. 1 der Abrede vom 6. September 2018 eine „auflösend bedingte Fortsetzung (ihres) Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen im Arbeitsvertrag vom 14.07.2014 geregelten Bedingungen“ bis zur rechtskräftigen *Abweisung* der Klage gegen die Kündigung vom 23. April 2018 vereinbart. Diese Abrede enthält keinen Anhaltspunkt für den Abschluss eines zweiten Arbeitsvertrags. Das wäre auch nicht sachgerecht gewesen. Bei rechtskräftiger Stattgabe der Kündigungsschutzklage des Klägers hätten aufgrund des Nichteintritts der vereinbarten auflösenden Bedingung dauerhaft zwei inhaltsgleiche Arbeitsverträge nebeneinander bestanden. Hingegen bewirkt der rechtskräftige Erfolg der Kündigungsschutzklage im Fall der vorläufigen Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsvertrags, dass dieser als unbedingter fortbesteht. 16

b) An alledem ändert es nichts, dass die Parteien in der Abrede vom 6. September 2018 die arbeitsvertragliche Bezeichnung des Klägers als „Prozessmanager Automotive“ verkürzt mit „Prozessmanager“ wiedergegeben und das Datum des vorläufig fortzusetzenden Arbeitsvertrags - ersichtlich aufgrund der Übernahme aus einer zuvor verwendeten Vorlage - mit dem 14. Juli 2014 statt dem 21. Juni 2017 bezeichnet haben. Auch die Präambel sowie Ziff. 3 der Vereinbarung streiten nicht für die Begründung eines zweiten Arbeitsverhältnisses. Die Präambel diene vielmehr dazu, den Hinter- sowie einen Sachgrund für die Vereinbarung einer auflösend bedingten Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsvertrags iSv. § 21 iVm. § 14 Abs. 1 TzBfG aufzuzeigen. Durch Ziff. 3 sollte dem Kläger der mögliche Einwand aus § 242 BGB sicher abgeschnitten werden, die Beklagte habe auf ihr „Recht“ verzichtet, weiter die Wirksamkeit der Kündigung vom 23. April 2018 zu verteidigen. 17

3. Der Senat kann einerseits offenlassen, ob im hier nicht vorliegenden Fall einer Prozessbeschäftigung aufgrund eines weiteren, zweckbefristeten *Arbeitsvertrags* (vgl. BAG 4. September 1986 - 8 AZR 636/84 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 53, 17) ein zweites *Arbeitsverhältnis* neben das gekündigte gestellt wird. Andererseits bedarf es keiner Entscheidung, ob eine Vereinbarung über die vorläufige Fortsetzung des - einen - gekündigten Arbeitsverhältnisses vom Arbeitnehmer gesondert ordentlich gekündigt werden kann und ob dies eine ausdrückliche Regelung durch die Parteien voraussetzte (zur Zulässigkeit einer *Teilkündigung* vgl. BAG 18. Mai 2017 - 2 AZR 721/16 - Rn. 17, BAGE 159, 148). Die Möglichkeit, sich nur von der Vereinbarung über die Prozessbeschäftigung zu lösen, könnte insb. relevant sein, wenn der Arbeitnehmer zwar vorerst an dem gekündigten Arbeitsverhältnis festhalten möchte, jedoch zwischenzeitlich die Möglichkeit erhalten hat, ein neues Arbeitsverhältnis einzugehen (vgl. § 12 Satz 1 KSchG).

18

4. Die Vereinbarung einer auflösend bedingten Fortsetzung des gekündigten Arbeitsverhältnisses ist - entgegen der Annahme der Revision - nicht deshalb insgesamt unwirksam, weil nicht sichergestellt ist, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers bei rechtskräftig festgestellter *Wirksamkeit* der Kündigung zu einem in § 622 Abs. 1 BGB vorgesehenen Endtermin (15. oder Ende eines Kalendermonats) enden wird. Es fehlt schon an einer Norm, aus der sich die Unwirksamkeit ergeben könnte. Eine Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 (ggf. iVm. § 310 Abs. 3 Nr. 2) BGB ist mangels einer von Rechtsvorschriften abweichenden oder diese ergänzenden Regelung nicht eröffnet (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Nach § 21 iVm. § 15 Abs. 2 TzBfG endet ein auflösend bedingter Arbeitsvertrag mit Eintritt der Bedingung, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis sei aufgrund des Eintritts der Bedingung beendet. Eine davon abweichende Regelung haben die Parteien nicht getroffen. Will der Arbeitnehmer in einem Zeugnis die Aufnahme eines in § 622 Abs. 1 BGB nicht vorgesehenen Endtermins vermeiden, mag er eine Ausstellung auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist als dem Datum verlangen, zu dem das Arbeitsverhältnis bei einer Weiterbeschäfti-

19

gung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung - mithin ohne (wirksame) Vereinbarung einer Prozessbeschäftigung - geendet hätte (vgl. BAG 14. Juni 2016 - 9 AZR 8/15 - Rn. 17 ff.). Andernfalls kann ins Zeugnis aufgenommen werden, dass das Arbeitsverhältnis „aufgrund einer auflösenden Bedingung“ geendet hat. Damit wird die Prozessbeschäftigung nicht offengelegt und zugleich klargestellt, dass es zum Beendigungsdatum nicht durch eine fristlose Arbeitgeberkündigung gekommen ist (vgl. Staudinger/Preis [2019] § 630 Rn. 35).

II. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe (nur) das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich gekündigt, ist frei von revisiblen Rechtsfehlern. 20

1. Ihre Erklärung vom 4. April 2019 („kündigen wir *den* mit Ihnen geschlossenen Arbeitsvertrag“) bezog sich eindeutig auf den ursprünglichen Arbeitsvertrag der Parteien und sollte deren einziges Arbeitsverhältnis beenden. Das entsprach dem unzweifelhaften Inhalt ihrer Vereinbarung vom 6. September 2018 (Rn. 15 ff.). 21

2. Entgegen der Annahme der Revision musste die Beklagte, um erkennbar das Arbeitsverhältnis der Parteien zu beenden, die außerordentliche Kündigung nicht „vorsorglich“ oder „hilfsweise“ für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung vom 23. April 2018 erklären. Das gilt schon deshalb, weil aufgrund der Vereinbarung vom 6. September 2018 feststand, dass die Parteien sich selbst bei Wirksamkeit der Kündigung vom 23. April 2018 noch bzw. wieder in einem Arbeitsverhältnis befanden. Die auflösende Bedingung wäre jedenfalls nicht rückwirkend eingetreten (vgl. § 21 iVm. § 15 Abs. 2 TzBfG). Die Beklagte konnte das Arbeitsverhältnis also nur durch eine „unbedingte“ Kündigung sofort beenden. 22

III. Die Beklagte musste sich das Recht zur außerordentlichen Kündigung des auflösend bedingt fortgesetzten Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nicht vorbehalten. § 21 iVm. § 15 Abs. 3 TzBfG gilt ausschließlich für die ordentliche Kündigung. 23

- IV. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, für die außerordentliche fristlose Kündigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses der Parteien habe ein wichtiger Grund iSv. § 626 BGB bestanden, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 24
1. Der Kläger hat durch den eigenmächtigen Antritt eines von der Beklagten nicht gewährten Urlaubs eine erhebliche Pflichtverletzung begangen, die „an sich“ geeignet ist, eine außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. 25
- a) Bei einer auflösend bedingten Fortsetzung des gekündigten Arbeitsvertrags bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage bestehen zwischen den Parteien - ungeachtet der Unwirksamkeit der Kündigung - die gleichen Rechte und Pflichten wie in einem gekündigten, aber noch nicht beendeten Arbeitsverhältnis (*vgl. LKB/Linck KSchG 16. Aufl. § 4 Rn. 166*). Dies umfasst das an den Arbeitnehmer gerichtete Verbot, sich selbst zu beurlauben und die mangels Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber fortbestehende Arbeitspflicht zu verletzen. 26
- b) Dieses Verbot folgt unmittelbar aus § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB, § 7 BUrlG. Entgegen der Annahme der Revision bedarf es keiner gesonderten Vereinbarung durch eine ggf. gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB unterliegende Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 BGB oder eine Einmalbedingung iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Auch verlangt § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB keinen darauf bezogenen Hinweis des Arbeitgebers. Das Transparenzgebot zwingt den Verwender nicht, jede „Klausel“ gleichsam mit einem umfassenden Kommentar zu versehen. Der durchschnittliche Verwendungsgegner als ein aufmerksamer und sorgfältiger Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr kann und muss die ambivalenten Folgen der Vereinbarung auch eines auflösend bedingten Arbeitsverhältnisses selbst erkennen (*vgl. BAG 14. Dezember 2011 - 5 AZR 457/10 - Rn. 18, BAGE 140, 148*). Dies gilt insb. für das Verbot der Selbstbeurlaubung. 27

- c) Der eigenmächtige Antritt eines vom Arbeitgeber nicht gewährten Urlaubs durch den Arbeitnehmer ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des - einen - Arbeitsverhältnisses darzustellen (*vgl. BAG 16. März 2000 - 2 AZR 75/99 - zu II 1 b der Gründe; 20. Januar 1994 - 2 AZR 521/93 - zu II 2 a der Gründe*). 28
- d) Der Kläger hat sich selbst beurlaubt. Er ist der Arbeit ab Montag, den 25. März 2019 ferngeblieben, obwohl die Beklagte den von ihm erst am Freitag, den 22. März 2019 um 23:17 Uhr beantragten Erholungsurlaub nicht zuvor gewährt hatte. 29
- e) Dem Kläger stand kein Selbstbeurlaubungsrecht zu. Es kann dahinstehen, ob ein solches trotz des Vorrangs des gerichtlichen Rechtsschutzes durch eine Leistungsklage oder ggf. einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung überhaupt gegeben sein kann. Dies könnte allenfalls nach grundloser Ablehnung eines Urlaubsantrags bzw. übermäßig lange ausbleibender Reaktion des Arbeitgebers sowie drohendem Verfall der betreffenden Urlaubsansprüche in Betracht kommen (*vgl. BAG 20. Januar 1994 - 2 AZR 521/93 - zu II 2 b der Gründe*). Der Kläger hat aber eine Prüfung seines Urlaubsantrags und ggf. eine Urlaubsgewährung durch die Beklagte vor seinem Fernbleiben von der Arbeit gerade vereitelt. Zudem drohte ihm nicht der Verfall seiner - bis dahin ohnehin nicht mehr vollständig erfüllbaren - Urlaubsansprüche aus dem Jahr 2018 mit Ablauf des 31. März 2019. Es ist weder festgestellt noch vom Kläger auch nur behauptet, dass die Beklagte ihn zuvor über den Umfang seines noch bestehenden Urlaubs informiert, ihn auf die für die Urlaubsnahme maßgeblichen Fristen hingewiesen und ihn darüber hinaus aufgefordert hatte, den Urlaub tatsächlich in Anspruch zu nehmen (*vgl. BAG 19. Februar 2019 - 9 AZR 423/16 - Rn. 25, BAGE 165, 376*). 30
- f) Die Revision zeigt nicht auf, dass der Kläger einem unverschuldeten Rechtsirrtum unterlegen wäre. Vielmehr räumt sie in ihren Schriftsätzen vom 2. Februar 2021 und 7. Februar 2021 ausdrücklich ein, ihm sei bewusst gewesen, eine unmittelbar bestandsgefährdende Pflichtverletzung zu begehen. Unerheblich ist, dass der Kläger geglaubt haben will, durch die Selbstbeurlaubung 31

allein ein vermeintlich separates Prozessarbeitsverhältnis zu riskieren. Dessen ungeachtet hat er insofern schon keine sorgfältige Prüfung der Sach- und Rechtslage dargelegt (vgl. BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 24; 23. August 2018 - 2 AZR 235/18 - Rn. 36 f.). Eine solche hätte angesichts der Eindeutigkeit der Vereinbarung der Parteien vom 6. September 2018 ergeben müssen, dass er sich unabhängig von der Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 23. April 2018 noch bzw. wieder in ein und demselben Arbeitsverhältnis befand (Rn. 16).

2. Das Berufungsgericht hält sich im Rahmen seines bloß eingeschränkt 32
revisiblen Beurteilungsspielraums (vgl. BAG 10. Februar 1999 - 2 ABR 31/98 - zu B II 1, 5 der Gründe, BAGE 91, 30), wenn es unter widerspruchsfreier Würdigung aller relevanten Umstände des Streitfalls annimmt, einer vorherigen Abmahnung habe es nicht bedurft, weil es sich um eine so schwere Pflichtverletzung gehandelt habe, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch die Beklagte nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Kläger erkennbar - ausgeschlossen war (vgl. BAG 13. Dezember 2018 - 2 AZR 370/18 - Rn. 30). Die Revision zeigt insofern keine Rechtsfehler auf, sondern räumt im Gegenteil ein, dass sich der Kläger vorsätzlich über das von ihm erkannte Erfordernis einer vorherigen Prüfung und Bewilligung seines Urlaubsantrags durch die Beklagte hinweggesetzt hat und ihm die mit seinem eigenmächtigen Vorgehen verbundene unmittelbare Bestandsgefährdung bewusst war (Rn. 31).

3. Auch die vom Bundesarbeitsgericht ebenfalls nur eingeschränkt über- 33
prüfbare (vgl. BAG 5. Dezember 2019 - 2 AZR 240/19 - Rn. 78) weitere Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Beklagten sei es nach einer umfassenden Interessenabwägung angesichts der schweren, vorsätzlichen Pflichtverletzung des Klägers nicht zuzumuten gewesen, ihn auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31. Mai 2019 weiterzubeschäftigen, ist frei von revisiblen Rechtsfehlern.

a) Es kann - unbeschadet der Frage, ob dies für ihn stritte - nicht davon 34
ausgegangen werden, dass der Kläger - wenn auch unzutreffend (Rn. 30) - angenommen hat, sein bis dahin nicht genommener Urlaub aus dem Jahr 2018

werde mit Ablauf des 31. März 2019 verfallen. Die Revision behauptet dies selbst nicht, sondern beanstandet nur, das Landesarbeitsgericht habe in Betracht ziehen müssen, dass er möglicherweise seinen Resturlaub aus dem Jahr 2018 habe abbauen wollen. Dagegen spricht im Übrigen, dass sein Antrag vom 22. März 2019 keinen Hinweis auf einen vermeintlich drohenden Verfall und wenigstens der Sache nach auf § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG beinhaltete, sondern der Kläger im Gegenteil um die Mitteilung etwaiger Ablehnungsgründe gebeten hat.

b) Das Landesarbeitsgericht hat, ohne dass der Kläger insofern eine Ver- 35
fahrensrüge iSv. § 559 Abs. 1 Satz 2, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO
erhoben hätte, nicht festgestellt, dass die Beklagte ihn ab dem 25. März 2019
nicht vertragsgemäß beschäftigen wollte. Im Übrigen hätte der Kläger dem nicht
mit einer Selbstbeurlaubung, sondern, auch um der Beklagten ggf. die Möglich-
keit zur Abhilfe zu geben, mit einem Angebot der geschuldeten Arbeitsleistung
(§§ 293 ff. BGB) bzw. der Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts gemäß
§ 275 BGB oder eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB begegnen müs-
sen (vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 25 ff., BAGE 153, 111).
Allemaal ließe eine vertragswidrige Beschäftigung in der Vergangenheit nicht eine
Selbstbeurlaubung für die Zukunft in anderem Licht erscheinen.

c) Entgegen der Annahme der Revision musste das Landesarbeitsgericht 36
nicht mildernd berücksichtigen, dass es zu der Pflichtverletzung nur deshalb kom-
men konnte, weil der Kläger sich auf ein Prozessarbeitsverhältnis „eingelassen“
habe. Zwar droht dem Arbeitnehmer bei Ablehnung eines entsprechenden Ange-
bots des Arbeitgebers im Fall der Unwirksamkeit der Kündigung die Rechtsfolge
aus § 11 Nr. 2 KSchG. Doch liegt es beim Neuabschluss eines Arbeitsvertrags
kaum anders; auch dann erwirbt der Arbeitnehmer keinen Vergütungsanspruch,
wenn er das Angebot aus Sorge vor künftigen kündigungs begründenden Pflicht-
verletzungen gar nicht erst annimmt. Überdies bietet die Vereinbarung eines Pro-
zessarbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer - neben der Entstehung eines Be-
schäftigungsanspruchs bereits vor einem (ungewissen) Obsiegen in erster oder
doch zweiter Instanz - gerade für den Fall erhebliche Vorteile, dass sich die zu-
grunde liegende Kündigung rechtskräftig als wirksam erweisen sollte. Für die

Dauer des Prozessarbeitsverhältnisses hat er dann gleichwohl Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen nach §§ 2, 3 EFZG, während Zeiten der Nichtbeschäftigung andernfalls „vergütungslos“ blieben (vgl. BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 247/19 - Rn. 51, BAGE 170, 311). Zudem erwirbt er weitere Urlaubsansprüche und einen längeren Bestand des Arbeitsverhältnisses.

d) Der Einwand der Revision, zulasten der Beklagten müsse ein widersprüchliches Verhalten berücksichtigt werden, weil sie einerseits an der Wirksamkeit der Kündigung vom 23. April 2018 festgehalten und andererseits vom Kläger einen rechtzeitigen Urlaubsantrag erwartet habe, greift schon deshalb nicht durch, weil die Parteien ab dem 6. September 2018 ein Prozessarbeitsverhältnis vereinbart hatten. 37

4. Die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB ist gewahrt. 38

V. Die außerordentliche Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagte hat den Betriebsrat ordnungsgemäß iSv. § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG über die Gründe für die beabsichtigte Kündigung unterrichtet. 39

1. Sie hat dem Gremium - unbeschadet der Frage, ob dies zwingend notwendig war - mitgeteilt, dass zum Zeitpunkt der angenommenen Pflichtverletzung sowie des beabsichtigten Ausspruchs der außerordentlichen fristlosen Kündigung zwischen den Parteien ein „Prozessarbeitsverhältnis“ für die Dauer des schwebenden Rechtsstreits betreffend die Kündigung vom 23. April 2018 bestand. 40

2. Die Angabe, der Kläger habe objektiv (auch) gegen § 7 BV Urlaub verstoßen, ist unstreitig richtig. Die Beklagte hat gegenüber dem Betriebsrat nicht behauptet, der Kläger habe die BV Urlaub im März 2019 noch einsehen können. Sie musste dem Betriebsrat - unabhängig davon, ob dies einen relevanten Einwand gegen die beabsichtigte Kündigung hätte eröffnen können - auch nicht mit- 41

teilen, dass sie den Kläger ab dem 25. März 2019 nicht vertragsgemäß beschäftigen wollte. Solches ist vom Berufungsgericht weder festgestellt worden noch hat der Kläger eine darauf bezogene Verfahrensrüge erhoben.

B. Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass infolge der Stattgabe der Berufung der Beklagten mit der Begründung, zwischen den Parteien habe nur ein Arbeitsverhältnis bestanden und dieses sei von der Beklagten wirksam außerordentlich fristlos gekündigt worden, die Berufung des Klägers gegenstandslos geworden ist. Die gebotene Auslegung entsprechend § 133 BGB ergibt, dass der Kläger die weiteren Klageanträge für diesen Fall, in dem sie schlechterdings keinen Erfolg haben konnten, nicht zur Entscheidung gestellt hat. Entsprechend der materiell- und prozessrechtlichen Lage hat er auch seine Berufung mit einer auflösenden - innerprozessualen - Bedingung versehen, die eingetreten ist (*vgl. BAG 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 58; für die Anschlussberufung BGH 19. Januar 2001 - V ZR 437/99 - zu III 4 der Gründe, BGHZ 146, 298*). Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass die Abweisung von nicht die außerordentliche fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien betreffenden Klageanträgen durch das Arbeitsgericht - ungeachtet ihrer Rechtskraft - ebenfalls hinfällig geworden ist. Sie war angesichts des Verhältnisses, in das der Kläger seine Anträge ersichtlich gestellt hat, auflösend bedingt durch sein Unterliegen mit dem Hauptantrag aus den vom Senat angenommenen Gründen (*vgl. BAG 1. Oktober 2020 - 2 AZR 238/20 - Rn. 23*). Das musste nicht gesondert ausgesprochen werden (*vgl. BGH 13. September 2016 - VII ZR 17/14 - Rn. 15*).

C. Schließlich hätte das Landesarbeitsgericht nur für das *erstinstanzliche* Verfahren eine Kostenentscheidung nach § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Einschluss der im Teilurteil des Arbeitsgerichts beschiedenen Klage gegen die Kündigung vom 23. April 2018 treffen dürfen. Im vorliegenden Berufungsverfahren ging es allein um die den Gegenstand des erstinstanzlichen Schlussurteils bildende Klage gegen die Kündigungen der Beklagten vom 4. April 2019, soweit sie zur Entscheidung angefallen ist. Insoweit obsiegt die Beklagte mit der Kostenfolge aus § 91 Abs. 1 ZPO. Dagegen waren ihr im gesonderten Berufungsverfahren betreffend die Kündigung vom 23. April 2018 die zweitinstanzlichen Kosten

nach § 97 Abs. 1 ZPO aufzuerlegen. Das hat das Landesarbeitsgericht auch getan.

Koch

Rachor

Niemann

K. Schierle

Klein