

ARBEITSRECHT

AUGUST 2024

Annahmeverzugslohn – und das böswillige Unterlassen anderweitigen Verdienstes

Nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts muss der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung die Vergütung als Gegenleistung nur entrichten, wenn der Arbeitnehmer gearbeitet hat. Insoweit gilt der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“.

Die Regeln des Annahmeverzugs stellen eine von zahlreichen arbeitsrechtlichen Durchbrechungen dieses Grundsatzes dar. § 615 BGB erhält dem Arbeitnehmer den Lohnanspruch, wenn der Arbeitgeber sich im Annahmeverzug befindet. In Kündigungsfällen bestimmt sich die Voraussetzung des Annahmeverzugs nach § 615 BGB und § 11 KSchG. Wann der Arbeitgeber auch ohne Arbeit Lohn zahlen muss, ist ein regelmäßiges Thema in allen arbeitsrechtlichen Instanzen.

1. Ausgangssituation

Die Frage des Annahmeverzugslohns ist für Arbeitgeber insbesondere in Kündigungsschutzprozessen ein entscheidender Aspekt im Hinblick auf das finanzielle Risiko. Stellt sich am Ende des Kündigungsschutzprozesses heraus, dass die Kündigung unwirksam war, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer grundsätzlich die gesamte Vergütung zahlen, die der Arbeitnehmer ohne Kündigung verdient hätte. Dies gilt, obwohl der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist für den Arbeitgeber nicht mehr gearbeitet hat und ist somit ein Hauptargument, warum Arbeitgeber Abfindungen in Kündigungsschutzprozessen zahlen.

Daher lohnt sich ein Blick auf die Regeln des § 615 Satz 2 BGB und des § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG:

§ 615 BGB - Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko

Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.

§ 11 KSchG - Anrechnung auf entgangenen Zwischenverdienst

Besteht nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort, so muss sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, anrechnen lassen,

- 1. was er durch anderweitige Arbeit verdient hat,*
- 2. was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen,*
- 3. was ihm an öffentlich-rechtlichen Leistungen infolge Arbeitslosigkeit aus der Sozialversicherung, der Arbeitslosenversicherung, der Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch oder der Sozialhilfe für die Zwischenzeit gezahlt worden ist. Diese Beträge hat der Arbeitgeber der Stelle zu erstatten, die sie geleistet hat.*

Danach muss der Arbeitnehmer während eines Kündigungsschutzprozesses in der Zeit, in der er nicht für seinen (ehemaligen) Arbeitgeber arbeitet, andere zumutbare Erwerbsmöglichkeiten wahrnehmen. Tut er das nicht, verringert sich sein Anspruch gegen den ehemaligen Arbeitgeber, auch wenn der Arbeitnehmer den Prozess am Ende gewinnt. Maßgebend für die Frage der Zumutbarkeit der Tätigkeit sind die Umstände des Einzelfalles. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich aus verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, z. B. der Art der Kündigung, der Art der Tätigkeit oder der sonstigen Arbeitsbedingungen. Nach der Rechtsprechung kann eine anderweitige Tätigkeit dem Arbeitnehmer zumutbar sein, auch wenn sich einzelne Bedingungen (Identität des Arbeitgebers, Vergütung oder Tätigkeit) verändern und ansonsten das Gesamtbild der Tätigkeit weitgehend übereinstimmt und nicht mit wesentlichen Nachteilen verbunden ist.

2. Auskunftsanspruch des Arbeitgebers

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hatte mit Urteil vom 21.07.2021, Az. 5 AZR 543/20, zur Darlegungslast bei Annahmeverzug entschieden. Beruft sich der Arbeitgeber gegenüber einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzug auf dessen Leistungsunfähigkeit i.S.d. § 297 BGB, erhebt er eine Einwendung, zu deren Voraussetzungen er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast trägt. Weil der Arbeitgeber über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers aber regelmäßig keine näheren Kenntnisse hat, genügt er seiner primären Darlegungslast grds. schon

dadurch, dass er Indizien vorträgt, aus denen auf eine Leistungsunfähigkeit im Annahmeverzugszeitraum geschlossen werden kann. Er muss lediglich Tatsachen vortragen, die einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür bieten, dass der Arbeitnehmer im Streitzeitraum für die geschuldete Tätigkeit nicht bzw. nicht uneingeschränkt leistungsfähig war, die also eine entsprechende Schlussfolgerung ermöglichen und als wahrscheinlich erscheinen lassen.

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Thüringen führte in seinem Urteil vom 06.09.2022, Az. 1 Sa 427/20, weitergehend aus, dass die Darlegungs- und Beweislast für das böswillige Unterlassen anderweitigen Verdienstes beim Arbeitgeber liegt. Ein allgemeiner Hinweis des Arbeitgebers, für den Arbeitnehmer seien auf dem Arbeitsmarkt adäquate freie Stellen vorhanden, reiche zum Beleg einer anderweitigen Verdienstmöglichkeit nicht aus.

Dementsprechend hatte das BAG mit Urteil vom 27.05.2020, Az. 5 AZR 387/19, entschieden, dass der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer, der die Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert, einen Auskunftsanspruch für die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge hat. Die Auskunft hat sich auf die Vermittlungsvorschläge unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung zu erstrecken.

Im Anschluss hieran folgte dann eine Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 30.09.2022, Az. 6 Sa 280/22. Die beklagte Arbeitgeberin hatte mehrere unwirksame Kündigungen ausgesprochen. Im Anschluss forderte der Arbeitnehmer Annahmeverzugslohnansprüche. Die Arbeitgeberin lehnte dies unter Hinweis auf § 11 Nr. 2 KSchG ab. Sie vertrat die Auffassung, dass der Arbeitnehmer in den streitigen Zeiträumen einer anderweitigen Beschäftigung hätte nachgehen können. Er habe im Hinblick auf die Vermittlungsangebote keine hinreichenden Bewerbungsbemühungen angestellt und es daher böswillig unterlassen, anderweitigen Verdienst zu erzielen. Das LAG gab der Arbeitgeberin recht. Der Arbeitnehmer musste auf einen Auskunftsanspruch der Arbeitgeberin hin die einzelnen Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit offenlegen. Es stellte sich heraus, dass der Arbeitnehmer nur wenige und unzureichende Bewerbungsbemühungen gezeigt hat, obwohl er eine ganze Reihe an Vermittlungsangeboten erhalten hatte. Im Schnitt hatte der Arbeitnehmer nicht einmal eine Bewerbung pro Woche abgeben, obwohl er *„im fraglichen Zeitraum ohne Arbeit war und also im zeitlichen Umfang einer Vollzeitstelle Bewerbungsbemühungen hätte entfalten können und müssen“*. Auch inhaltlich seien die Bewerbungen unzureichend gewesen. Die Arbeitgeberin habe daher ausreichend Indizien für ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 2 KSchG dargelegt.

3. Anhaltspunkte einer „Böswilligkeit“

Wann im Einzelfall ein „böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes“ in Betracht kommen kann, hat das BAG mit Urteil vom 12.10.2022, Az. 5 AZR 30/22, ausgeführt. Eine Verletzung der in § 38 Abs. 1 SGB III

geregelter sozialrechtlicher Pflicht, sich innerhalb bestimmter Fristen bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden, ist danach auch im Rahmen von Streitigkeiten über Annahmeverzugsvergütung bei der Auslegung des Begriffs des böswilligen Unterlassens anderweitigen Verdienstes zu berücksichtigen.

Ein Arbeitnehmer unterlässt böswillig anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert. Die Beurteilung der Böswilligkeit i.S.v. § 11 Nr. 2 KSchG erfordert dabei stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen, was es grundsätzlich ausschließt, einen bei dieser Gesamtabwägung zu berücksichtigenden Umstand losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls gleichsam absolut zu setzen.

Im Rahmen einer Entscheidung vom 24.01.2024, Az. 5 AZR 331/22, ergänzte das BAG diese Rechtsprechung um Aspekte eines anderweitigen Verdienstes aus einer Geschäftsführertätigkeit und der Übernahme einer unentgeltlichen Tätigkeit. Anzurechnen sind nicht nur Entgelte aus einem Arbeitsverhältnis, sondern auch Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit oder einem freien Mitarbeiterverhältnis. Erzielt der Arbeitnehmer durch eine Tätigkeit während des Annahmeverzugs erst später einen Ertrag, kommt eine anteilmäßige Anrechnung, die der Arbeitsleistung im Verzugszeitraum entspricht, in Betracht. Das Unterlassen eines anderweitigen Erwerbs ist nicht nur dann böswillig, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände, nämlich Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber, vorsätzlich untätig bleibt, sondern Böswilligkeit kann auch dann vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Zahlungspflicht des Arbeitgebers vorsätzlich mit einer zu geringen Vergütung zufriedengibt.

Der Arbeitnehmer darf auch nicht vorsätzlich verhindern, dass ihm eine zumutbare Arbeit überhaupt angeboten wird. Im Rahmen der sozialrechtlichen Gesetzeslage kann daher auch in den Blick zu nehmen sein, dass der Arbeitnehmer aufgrund der Regelung des § 2 Abs. 5 SGB III zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit angehalten ist.

Aus § 11 Nr. 2 KSchG kann nicht abgeleitet werden, der Arbeitnehmer dürfe in jedem Fall ein zumutbares Angebot der Agentur für Arbeit abwarten. Vielmehr kann die Abwägung der Interessen im Einzelfall für ihn auch die Obliegenheit begründen, ein eigenes Angebot abzugeben, wenn sich ihm eine realistische zumutbare Arbeitsmöglichkeit bietet.

Hieraus folgt, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, dem Arbeitnehmer geeignete Stellenangebote, z. B. aus Zeitungsannoncen oder privaten „Jobportalen“ zu übermitteln, um ihn aktiv zur Prüfung anderweitiger Beschäftigungsoptionen zu veranlassen.