

Annahmeverzugslohnrisiko bei Kündigungen - Minimierungsmöglichkeiten?

Dr. Markus Diepold
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Arbeitsrecht

10. Mai 2023



Teil 1: Ausgangslage (1/3)

**Voraussetzungen für
den Annahmeverzug
des Arbeitgebers
nach § 615 BGB**

1. Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, aufgrund dessen der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet ist.
2. Arbeitnehmer bietet Arbeitsleistung an.
3. Arbeitnehmer muss leistungsfähig und leistungsbereit sein.
4. Arbeitgeber nimmt Arbeitsleistung nicht an.

Für den Arbeitgeber unliebsame Folge:

- Arbeitgeber bleibt zur Zahlung der vereinbarten Bruttovergütung verpflichtet (§ 615 Abs. 1 BGB).
- Arbeitnehmer ist aber nicht zur Nachleistung verpflichtet.

Teil 1: Ausgangslage (2/3)

Situation im Kündigungsschutzprozess

- Voraussetzung 1: Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, aufgrund dessen der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet ist.
- Steht am Ende des Kündigungsschutzklageverfahrens fest.
- Voraussetzung 2: Arbeitnehmer bietet seine Arbeitsleistung an.
- Nach BAG durch Erhebung Kündigungsschutzklage gewahrt und nach erfolgreicher Kündigungsschutzklage nicht erforderlich.
- Voraussetzung 3: Arbeitnehmer muss leistungsfähig und leistungsbereit sein.
- Im Prozess i.d.R. keine entgegenstehende Anhaltspunkte.
- Voraussetzung 4: Arbeitgeber nimmt die Arbeitsleistung nicht an.
- Arbeitgeber beschäftigt den Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist i.d.R. nicht mehr.

Teil 1: Ausgangslage (3/3)

Typisches Verhalten im Kündigungsschutzprozess?

Je länger der Prozess dauert, desto größer kann das Annahmeverzugslohnrisiko werden:

- **Anwalt des Arbeitnehmers:**
 - Verzögerung des Rechtsstreits.
 - Argumentation mit dem Annahmeverzugslohnrisiko bei der Verhandlung der Abfindung.

- **Arbeitnehmerfreundliche oder „vergleichsorientierte“ Richter:**
 - Argumentation mit dem Annahmeverzugslohnrisiko im Rahmen der Güteverhandlung.
 - Folge: Unter Umständen später Kammertermin bei Scheitern der Güteverhandlung.

§ 615 Satz 2 BGB / § 11 KSchG

- § 615 Satz 2 BGB enthält Regelungen über die Reduzierung des Annahmeverzugslohns.
- Im Kündigungsschutzrechtsstreit ist allerdings § 11 KSchG einschlägig (BAG v. 06.09.1990 - 2 AZR 165/90):
„Die Vorschrift ist eine Sonderregelung zu § 615 S. 2 BGB; sie deckt sich inhaltlich mit jener, trotz des nicht völlig identischen Wortlauts.“

„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, [...]“



§ 11 Ziffer 1 KSchG:

„was er durch anderweitige Arbeit verdient hat.“



§ 11 Ziffer 2 KSchG:

„was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen“

Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdiensts (1/5)

Definition nach BAG: „Ein Arbeitnehmer unterlässt böswillig iSd § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst, wenn [...]

- (1) vorsätzlich untätig bleibt und
- (2) eine ihm zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert.

Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls.“

Beispielfälle für böswilliges Unterlassen?

- Arbeitnehmer lehnt grundlos zumutbare Arbeit ab.
- Arbeitnehmer verhindert, dass ihm zumutbare Arbeit angeboten wird.
- Unzumutbare Arbeit?
 - Unzumutbarkeit ergibt sich nicht allein aus der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen (BAG, Urt. v. 22.3.2017 – 5 AZR 337/16)
 - Mögliche Unzumutbarkeit z.B. infolge Art der Arbeit und sonstigen Arbeitsbedingungen.

Fall 1/4:

BAG, Urt. v.
16.05.2000

-
9 AZR 203/99

Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdiensts (2/5)

„Will der Arbeitgeber sein Entgeltrisiko im Annahmeverzug mindern, [...]

Er kann z.B. den Arbeitnehmer auch über konkrete Stellenangebote informieren, ihn dadurch in "Zugzwang" versetzen und Bewerbungen veranlassen, um gegebenenfalls die Ansprüche aus Annahmeverzug dann kürzen zu können, wenn der Arbeitnehmer auf diese Mitteilungen hin vorsätzlich das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses verhindert.“



- Recherche nach passenden Stellenausschreibungen, die dem Arbeitnehmer nachweisbar zugesendet werden müssen.
- Spätestens im Streit um den Annahmeverzugslohn Auskunft über Umgang des Arbeitnehmers mit diesen Stellenausschreibungen verlangen.
- Alternativ Auskunft vor der Geltendmachung Annahmeverzugslohn.

Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdiensts (3/5)

Fall 2/4:

BAG, Urt. v.
27.05.2020

-
5 AZR 387/19

- Parteien streiten sich um Annahmeverzugslohn für Zeitraum von ca. drei Jahren.
- Arbeitgeber fordert während des Prozesses Auskunft von dem Arbeitnehmer über (1.) die von der Agentur für Arbeit und (2.) dem Jobcenter unterbreiteten Stellenangebote.
- Entscheidung BAG:
 - Jedenfalls nach Arbeitslosenmeldung: Auskunftsanspruch des Arbeitgebers (Nebenpflicht) in Bezug auf diese Stellenangebote.
 - Auskunft bezieht sich auf Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung.
 - Geltendmachung durch den Arbeitgeber?
 - Arbeitgeber trägt Darlegungs- und Beweislast. Aber „sekundäre Darlegungslast des Arbeitnehmers“.
 - Keine Widerklage erforderlich.

Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdiensts (4/5)

Fall 3/4:

LAG Berlin-
Brandenburg, Urt. v.
30.09.2022
-
6 Sa 280/22

- Arbeitnehmer macht Annahmeverzugslohnansprüche für den Zeitraum Mai 2017 bis April 2021 geltend.
- Arbeitgeber behauptet böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes.
- Arbeitnehmer bewarb sich auf 3 von 23 Vermittlungsvorschlägen und schrieb selbst 103 weitere Bewerbungen in ca. 170 Wochen.
- Zusätzlich: Arbeitgeber rügt Bewerbungsbemühungen und ausreichende Anzahl und Qualität der Bewerbungen.
- Entscheidung LAG:
 - Quantität und Qualität der Bewerbungsbemühungen des Arbeitnehmers können als Indizien für ein böswilliges Unterlassen herangezogen werden.

Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdiensts (5/5)

Fall 4/4:

BAG, Urt. v.
12.10.2022

-
5 AZR 30/22

- Kläger wird gekündigt, meldet sich nicht arbeitssuchend und nicht arbeitslos.
- Kündigung rechtskräftig unwirksam. Kläger macht insgesamt ca. EUR 175.000,00 brutto Annahmeverzugslohn geltend.
- LAG weist die Klage vollständig ab wegen böswilligen Unterlassens anderweitigen Verdiensts (fehlende Meldung nach § 38 Abs. 1 SGB III).
- Entscheidung:
 - Verletzung § 38 I SGB III ist kein „absoluter Grund“, um böswilliges Unterlassen zu bejahen.
 - Es muss aber bei der Auslegung des Begriffs des böswilligen Unterlassens berücksichtigt werden. Eine Nichtmeldung ist in jedem Fall „vorwerfbar“.

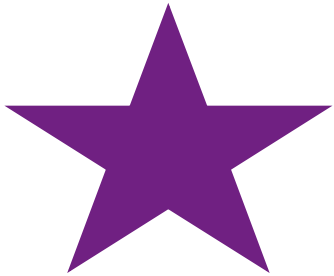
Mögliches Vorgehen (1/2)



Für die Praxis:

- Mit dieser Rechtsprechung muss „offensiv“ bei Verhandlungen von einvernehmlichen Trennungen argumentiert werden.
 - Arbeitnehmeranwälte kennen manchmal die Rechtslage nicht.
 - Arbeitnehmer können bei einem Obsiegen im Kündigungsschutzprozess nicht mehr ohne weiteres einfach 100% der noch nicht gezahlten Vergütung unter Berücksichtigung von § 115 SGB X als Annahmeverzugslohn beanspruchen.
 - Annahmeverzugslohnrisiko darf nicht unterschätzt werden. Es muss und sollte aber auch nicht alleiniger Motivator eines teuren Vergleichs sein.

Mögliches Vorgehen (2/2)



- Vorgehen?
 - Frühzeitige regelmäßige Recherche nach Stellenausschreibungen
 - Nachweisbare Zustellung an Arbeitnehmer und/oder Rechtsanwalt nicht vergessen!
 - Parallel: Aufforderung des gekündigten Arbeitnehmers zu Auskunft über
 - Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und des Jobcenters und
 - Bewerbungen auf die zugesendeten Stellenausschreibungen.
 - Übersendet der Arbeitnehmer Kopien der Bewerbungsunterlagen: Überprüfung der Bewerbungen (Rechtsschreibfehler, „Qualität“, Vollständigkeit etc.).

Rechtsfolgen und Sonstiges



- **Sonstiges:**

- Urlaub während des Kündigungsschutzprozesses?

- BAG, Urteil vom 25. August 2020 - 9 AZR 612/19:

- Vorsorgliche Gewährung möglich für den Fall, dass eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht auflöst.
- Freistellungserklärung erforderlich mit Erklärung, dass
 - (1) Arbeitnehmer zur Erfüllung des Anspruchs auf Erholungsurlaub von der Arbeitspflicht befreit wird und
 - (2) das Urlaubsentgelt entweder vor Antritt des Urlaubs gezahlt wird oder dessen Zahlung vorbehaltlos zusagt.

FAZIT

- Rechtsprechung entwickelt sich derzeit zu Gunsten von Arbeitgebern.
- Einzelheiten noch ungeklärt. Einzelfallfrage, wann ein böswilliges Unterlassen anzunehmen ist.
- ABER: Rechtslage gerade in problematischen Kündigungsschutzfällen nicht außer Betracht lassen!
„Potential“ des Vorwurfs des böswilligen Unterlassens anderweitigen Verdienstes muss genutzt werden!



**VIELEN DANK
FÜR DIE AUFMERKSAMKEIT!**

Ihr Ansprechpartner



Dr. Markus Diepold

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Partner und Co-Head deutsche Arbeitsrechtspraxis
D: 030 26473 -0/-607/-641
M: 0172 319 49 93
E-Mail markus.diepold@dentons.com

Dr. Markus Diepold ist Partner des Berliner Dentons Büro und Co-Head der Praxisgruppe Arbeitsrecht in Deutschland. Er ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und berät Unternehmen in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts, an der Schnittstelle von Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht sowie im Sozialversicherungsrecht. Seine Mandanten vertritt er bundesweit vor Arbeits-, Zivil-, Sozial- und Verwaltungsgerichten.

Er ist spezialisiert auf das kollektive Arbeitsrecht und berät in diesem Bereich insbesondere bei Restrukturierungen jeglicher Art (wie z.B. Personalabbaumaßnahmen, der Spaltung und dem Zusammenschluss von Betrieben, Organisationsänderungen) innerhalb und außerhalb einer Insolvenz. Die Begleitung seiner Mandanten in Einigungsstellenverfahren, die Gestaltung von Betriebsvereinbarungen, Tarifvertragsverhandlungen und Betriebsübergänge gehören zu seiner besonderen Expertise, genauso wie das klassische arbeitsrechtliche Tagesgeschäft.

Markus Diepold berät in einer Vielzahl von unterschiedlichen Branchen, so z.B. im Bereich der Metall- und Elektroindustrie, der Finanz- und Dienstleistungsbranche oder im Bereich Health Care. Seine Mandanten schätzen seine rechtssichere, schnelle sowie praxis- und lösungsorientierte Beratung.



Juve Handbuch 2020 bis 2023 empfiehlt Dr. Markus Diepold („oft empfohlen“)

The Legal 500 Germany, 2019 bis 2023 empfiehlt Dr. Markus Diepold

Best Lawyers, 2019 bis 2023 empfiehlt Dr. Markus Diepold als einen von „Deutschlands besten Anwälten“ für Arbeitsrecht