

Neue Gestaltungsmöglichkeiten für Arbeitgeber zur Verringerung des Annahmeverzugslohnrisikos nach Ausspruch von Kündigungen

Ceren Smajert, LL.B. (London)

Rechtsstreite, die sich gegen die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung wenden, können ohne eine gütliche Einigung nicht selten mehrere Monate bis sogar Jahre andauern. Für den Arbeitgeber besteht dabei regelmäßig das erhebliche wirtschaftliche Risiko, dass die Kündigung durch das Arbeitsgericht für unwirksam erklärt wird und der Arbeitnehmer für die Dauer des Verfahrens Annahmeverzugslohn geltend macht. Denn besteht das Arbeitsverhältnis fort, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Zeit nach der Entlassung grundsätzlich das Arbeitsentgelt nachzahlen, welches der Arbeitnehmer ohne die Kündigung verdient hätte, auch wenn dieser keine Arbeitsleistung erbracht hat.

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzugslohn wird jedoch durch die gesetzlichen Regelungen des [§ 615 S. 2 BGB](#) bzw. [§ 11 KSchG](#) beschränkt. So muss sich der Arbeitnehmer das anrechnen lassen, was er zwischenzeitlich durch anderweitige Beschäftigung verdient hat oder was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Ob die Anrechnungsvoraussetzungen vorliegen, entzieht sich jedoch naturgemäß meist der Kenntnis des insofern darlegungs- und beweisbelasteten Arbeitgebers. Ein Auskunftsanspruch des Arbeitgebers bestand bislang nur hinsichtlich des tatsächlich erzielten anderweitigen Verdienstes, nicht aber hinsichtlich etwaiger anderweitiger Erwerbchancen und dem Einkommen, welches hätte erzielt werden können, wenn der Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit aufgenommen hätte. Dem Arbeitgeber mangelte es für die Geltendmachung der Einwendung des böswilligen Unterlassens daher in der Praxis regelmäßig an hinreichenden Anhaltspunkten dafür, dass der Arbeitnehmer eine ihm zumutbare anderweitige Verdienstmöglichkeit abgelehnt hat und welchen Verdienst er dabei hypothetisch erzielt hätte.

Mit Urteil vom 27. Mai 2020 hat der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts ([BAG, Urt. v. 27.05.2020 - 5 AZR 387/19](#)) nunmehr die Rechte des Arbeitgebers zur Durchsetzung der in [§ 615 S. 2 BGB](#) bzw. [§ 11 KSchG](#) vorgesehenen Anrechnungsmöglichkeit gestärkt. Das Bundesarbeitsgericht erkannte erstmals an, dass dem Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer, der Vergütung

wegen Annahmeverzugs fordert, ein Auskunftsanspruch über die ihm von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge nach Treu und Glauben aus [§ 242 BGB](#) zusteht.

Sachverhalt

Die beklagte Arbeitgeberin sprach gegenüber dem Kläger seit 2011 mehrere Kündigungen aus, u.a. mit Schreiben vom 30. Januar 2013, mit welchem sie gegenüber dem Kläger eine außerordentlich fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung erklärte. Allerdings wurden in dem vom Kläger geführten Kündigungsschutzverfahren sämtliche Kündigungen der Beklagten für unwirksam erklärt; das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand folglich fort.

Der Kläger verlangte daraufhin Zahlung von Vergütung wegen Annahmeverzugs unter Anrechnung bezogenen Arbeitslosengeldes und Arbeitslosengeldes II seit Februar 2013. Die Beklagte erhob dagegen den Einwand, der Kläger habe es böswillig unterlassen, anderweitigen Verdienst zu erzielen. Dabei forderte sie vom Kläger widerklagend die schriftliche Auskunftserteilung über die dem Kläger von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter übermittelten Arbeitsplatzangebote unter Nennung der Tätigkeit, der Arbeitszeit und des Arbeitsortes sowie der ausgeschriebenen Vergütung in Euro.

Das Arbeitsgericht Erfurt hat der Widerklage erstinstanzlich durch Teilurteil stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht Thüringen hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision hat der Kläger den Antrag auf Abweisung der Widerklage erfolglos weiterverfolgt.

Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hat der beklagten Arbeitgeberin den begehrten Auskunftsanspruch gegen den Kläger zugestanden und dessen Revision zurückgewiesen.

Grundlage des Auskunftsbegehrens sei eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht des Klägers gemäß [§ 242 BGB](#). Zwar kenne die Zivilprozessordnung grundsätzlich keine Aufklärungspflicht der nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei. Der Arbeitgeber könne jedoch in entschuldbarer Weise regelmäßig weder darlegen und beweisen, dass der Arbeitnehmer überhaupt anderweitigen Verdienst hatte, noch könne er Angaben zur Höhe des anderweitigen Erwerbs machen. Ebenso sei der Arbeitgeber in entschuldbarer Weise über das Bestehen und den Umfang der Vermittlungsangebote im Ungewissen und könne sich die notwendigen Informationen auch nicht selbst auf zumutbare rechtmäßige Weise beschaffen.

Insbesondere der Observation eines Arbeitnehmers durch einen Detektiv „*ins Blaue*“ hinein seien, ohne konkreten Verdacht einer schweren Pflichtverletzung, datenschutzrechtliche Grenzen gesetzt. Zudem könne der Arbeitgeber in Bezug auf die Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters aufgrund des durch [§ 35 Abs. 1 SGB I](#) geschützten Sozialgeheimnisses erst recht keine Angaben machen. Andere legale Informationsmöglichkeiten seien für den Arbeitgeber nicht verfügbar. Ebenso sei eine zufällige Kenntnis von Vermittlungsangeboten im Gegensatz zu anderweitigem tatsächlichen Verdienst nahezu ausgeschlossen. Der Arbeitnehmer könne die erforderliche Auskunft wiederum unschwer erteilen, ohne dass die Darlegungs- und Beweissituation im Prozess unzulässig verändert werde. Er kenne die Vermittlungsvorschläge und habe grundsätzlich kein entgegengesetztes schützenswertes Interesse.

Im Ergebnis bestehe somit ein vom Grundsatz abweichender, aus Treu und Glauben abgeleiteter, materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch des Arbeitgebers. Ohne diesen liefe die von Gesetzes wegen vorgesehene Anrechnungsmöglichkeit jedenfalls in Bezug auf den anderweitig erzielten Verdienst und etwaige Arbeitsmöglichkeiten bei Dritten faktisch leer.

Ergänzend hat das Bundesarbeitsgericht zudem klargestellt, nicht mehr an seiner bisherigen Rechtsprechung festzuhalten, nach welcher nicht einmal das Unterlassen der Arbeitssuchendmeldung das Merkmal des böswilligen Unterlassens erfüllte und den Arbeitnehmer keine Obliegenheit traf, die Vermittlung der Bundesanstalt für Arbeit in Anspruch zu nehmen (vgl. BAG, Urt. v. 16.05.2000 - 9 AZR 203/99). Diese Entscheidung sei zu einer Zeit ergangen, in der noch keine aktiven Mitwirkungspflichten für Arbeitslose bestanden hätten. Der Arbeitnehmer sei nunmehr aufgrund der Regelung des [§ 2 Abs. 5 SGB III](#) zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendi-

gung von Arbeitslosigkeit angehalten und daneben verpflichtet, sich unverzüglich nach Kenntnis des Beendigungszeitpunkts des Arbeitsverhältnisses persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden, [§ 38 Abs. 1 SGB III](#). Die Meldepflicht habe auch im Rahmen der Anrechnungsvorschriften beim Annahmeverzug Beachtung zu finden.

Praxishinweis

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts eröffnet neue Gestaltungsmöglichkeiten für Arbeitgeber, um sich gegen den Annahmeverzugslohn eines Arbeitnehmers nach verlorenem Kündigungsschutzprozess zur Wehr zu setzen. Zwar liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Anrechnungsmöglichkeiten nach [§ 615 S. 2 BGB](#) bzw. [§ 11 KSchG](#) auch weiterhin beim Arbeitgeber, mit dem Auskunftsanspruch steht nun aber erstmalig ein Weg zur Verfügung, die Einwendung des böswilligen Unterlassens anderweitigen Erwerbs im Prozess darlegen und beweisen zu können und die Anrechnung gegen den Annahmeverzugslohnanspruch effektiv durchzusetzen.

Um das Annahmeverzugslohnrisiko zu reduzieren, sollte der Arbeitgeber bereits frühzeitig geeignete Stellenangebote für den Arbeitnehmer zusammenstellen und diesem übermitteln. Im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses sollte der Arbeitnehmer anschließend spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist - ggf. auch im Wege der Widerklage - unter Fristsetzung zur Auskunft über die ihm unterbreiteten Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters unter Nennung von Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung in Euro aufgefordert werden. Zudem sollte der Arbeitnehmer ebenfalls aufgefordert werden, seine Arbeitssuchendmeldung nachzuweisen. Denn ein Arbeitnehmer, der mangels Meldung der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter nicht zur Vermittlung zur Verfügung steht, kann nicht bessergestellt sein als ein Arbeitnehmer, der sich zwar arbeitssuchend meldet, aber die ihm unterbreiteten Vermittlungsangebote nicht wahrnimmt.

Der Arbeitnehmer ist dem Arbeitgeber sodann im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast zur Angabe der Vermittlungsvorschläge verpflichtet. Kommt der Arbeitnehmer seiner Auskunftspflicht nicht nach, dürfte mangels Vortrag im Prozess um den Annahmeverzugslohn unstrittig sein, dass der Arbeitnehmer böswillig anderweitigen Erwerb unterlassen hat. Ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn besteht dann nicht. Kommt der Arbeitnehmer seiner Auskunftspflicht wiederum nach, können

die Vermittlungsvorschläge einen Anhaltspunkt geben, ob und ggf. in welcher Höher der Arbeitnehmer ihm zumutbaren anderweitigen Verdienst böswillig unterlassen hat. Insofern ist zwar noch nicht entschieden, unter welchen Umständen der Arbeitnehmer die Angebote auch tatsächlich annehmen muss, fest steht jedoch, dass der Arbeitnehmer sich zukünftig aktiv der Vermittlung der Agentur für Arbeit und des Jobcenters zur Verfügung stellen muss.

eignet ist, den Annahmeverzugslohn zu verringern, sondern bereits im Kündigungsschutzprozess die Verhandlungsposition des Arbeitgebers deutlich stärkt. Im Interesse einer zeitnahen und kostengünstigen Beendigung des Kündigungsrechtsstreits dürfte für Arbeitgeber insbesondere die erhöhte Vergleichsbereitschaft der Arbeitnehmer hervorzuheben sein.

In der Praxis hat sich bereits gezeigt, dass die Geltendmachung des neuen Auskunftsanspruchs nicht nur ge-

Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. der Autorin Ceren Smajgert unter +49 40 500360-755 oder csmajgert@goerg.de an. Informationen zum Autor finden Sie auf unserer Homepage www.goerg.de.

Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am Main
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

HAMBURG

Alter Wall 20 – 22, 20457 Hamburg
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90