Neue Zeitschrift für
Arbeitsrecht
Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

NZA 6/2011

25. März 2011 · 28. Jahrgang · Seite 313–368

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:
Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. *Dr. Johannes Peter Francken,* Präsident des LAG Baden-Württemberg a. D., Freiburg – *Edith Gräfl,* Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – *Dr. Thomas Klebe,* Justitiar der IG Metall, Frankfurt a. M. – *Wolfgang Koberski,* Vorstand bei den Sozialkassen des Baugewerbes, Wiesbaden – Prof. *Dr. Eckhard Kreßel,* Leiter Personal- und Arbeitspolitik der Daimler AG, Stuttgart – Prof. *Dr. Klaus Neef,* Rechtsanwalt, Hannover – Prof. *Dr. Ulrich Preis,* Universität zu Köln – Prof. *Dr. Reinhard Richardi,* Universität Regensburg – Prof. *Dr. Volker Rieble,* München – *Ingrid Schmidt,* Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. *Dr. Klaus Schmidt,* Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. *Dr. Achim Schunder,* Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. *Dr. Ulrike Wendeling-Schröder,* Universität Hannover – Prof. *Dr. Hellmut Wißmann,* Präsident des BAG a. D., Erfurt

Schriftleitung: *Prof. Dr. Klaus Schmidt und Prof. Dr. Achim Schunder,*
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Aufsätze und Berichte

Rechtsanwälte Dr. Martin Lüderitz und Dr. Klaus Pawlak*

Das Annahmeverzugsrisiko des Arbeitgebers

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 24. 6. 2010 die Vorlage zur Frage, ob die Unterscheidung in der Anrechnungsvorschrift des § 615 S. 2 BGB zu § 11 KSchG gegen Art. 3 GG verstößt, als unzulässig abgewiesen (BVerfG, NZA 2010, 1004). Diese Entscheidung gibt jedoch Anlass, die in der Unternehmenspraxis oft nicht genutzten Möglichkeiten zur Reduzierung des Annahmeverzugslohns näher darzustellen. Eine konsequente Umsetzung der hier aufgezeigten Handlungsempfehlungen reduziert nicht nur das oft beklagte Prozessrisiko vor dem vermeintlich arbeitnehmerfreundlichen Arbeitsgericht, sondern senkt auch die obere Grenze für Abfindungsverhandlungen.

I. Einleitung

Ausgangspunkt von Abfindungsgesprächen sollte nicht die phantasielose „Faustformel" von 0,5 x Bruttomonatsgehalt x Beschäftigungsjahre sein, sondern das Bestehen und die Höhe des Risikos des Arbeitgebers, Annahmeverzugslohn im Falle des Unterliegens im Kündigungsschutz- oder Entfristungsverfahren zahlen zu müssen. Die Höhe des Risikos ist davon abhängig, ob die Kündigung oder Befristung der richterlichen Kontrolle voraussichtlich standhält und wie viel Zeit der Arbeitnehmer benötigt, eine neue Tätigkeit zu finden. Auch wenn der Rechtsanwalt bei der Vorbereitung der Kündigung noch nicht beratend tätig war, kann der Ausgang der Auseinandersetzung noch durch die Reduzierung des Annahmeverzugsrisikos alternativ oder gegebenenfalls zusätzlich zu einer vorsorglichen Folgekündigung positiv beeinflusst werden.

II. Fälle des Annahmeverzugs

„Ohne Arbeit kein Lohn" – von diesem Grundsatz macht die Vorschrift zum Annahmeverzugslohn in § 615 S. 1 BGB eine Ausnahme. Kommt danach der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, kann der Arbeitnehmer für die infolge des Verzugs nicht geleistete Arbeit die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Um Annahmeverzug auszulösen, muss zwar der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft grundsätzlich in eigener Person, zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Weise anbieten, § 293 BGB[1]. Allerdings ergeben sich im Arbeitsrecht bei der Anwendung der Verzugsregelungen der §§ 295 ff. BGB Besonderheiten.

Zunächst liegt kein Annahmeverzug vor, solange das Arbeitsverhältnis nach Ausspruch einer ordentlichen Kündigung bzw. nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Beendigungszeitpunkt vollzogen wird. Nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. der Befristung würde es dem Arbeitgeber als Gläubiger der geschuldeten Arbeitsleistung obliegen, dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung zu ermöglichen, wozu er den Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers fortlaufend planen und durch Weisungen hinsichtlich Ort und Zeit der Arbeitsleistung näher konkretisieren muss, § 296 S. 1 BGB. Kommt

* Die Autoren *Dr. Martin Lüderitz* und *Dr. Klaus Pawlak* sind Rechtsanwälte und Fachanwälte für Arbeitsrecht der Kanzlei *Ruge · Krömer* in Hamburg; www.rugekroemer.de.

1 *BAG*, MDR 1994, 77 = BeckRS 1992, 30742988.

der Arbeitgeber dieser Obliegenheit (wie regelmäßig nach erfolgter Kündigung) nicht nach, gerät er bei unwirksamer Kündigung in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer bedarf[2]. Ein tatsächliches Angebot des Arbeitnehmers ist auf Grund der in der Kündigung bzw. Befristung liegenden Ablehnungserklärung des Arbeitsgebers ohnehin nicht notwendig, § 295 S. 1 Alt. 1 BGB. Ein wörtliches Angebot würde überdies konkludent der Erhebung der Kündigungsschutz- bzw. Befristungsklage zu entnehmen sein.

Anders ist hingegen die Situation bei Streit über das Zustandekommen eines Aufhebungsvertrags[3], also nach erfolgter Anfechtung. Hier bedarf es eines tatsächlichen Angebots der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, § 294 BGB. Ein wörtliches Angebot genügt hier nicht, da der Arbeitgeber als Gläubiger zuvor nicht erklärt hat, er werde die Arbeitsleistung nicht annehmen.

Nicht selten kommt es vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist oder vor vereinbartem Ende des Arbeitsverhältnisses zur Freistellung von der Arbeitspflicht unter Fortzahlung der Vergütung. Während des (noch) bestehenden Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitgeber gleichwohl „die Gehaltstüte zu füllen", fraglich ist nur, ob Annahmeverzugslohn nach § 615 S. 1 BGB geschuldet ist, und damit eine Anrechnungsmöglichkeit von Zwischenverdienst besteht, oder ob sich der Vergütungsanspruch nach § 611 I BGB richtet, anderweitiger Verdienst also nicht angerechnet werden kann. Bei einvernehmlicher[4] Freistellung (etwa durch Aufhebungsvertrag) oder bei Zustandekommen eines Erlassvertrags durch einseitige Freistellung des Arbeitgebers (Angebot) und nachfolgendem Fernbleiben des Arbeitnehmers von der Arbeit (Annahme, § 151 BGB) schuldet der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber keine Arbeitsleistung mehr. Fehlt es aber daran, kann der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung auch nicht in Verzug geraten. Es besteht bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist daher ein Vergütungsanspruch nach § 611 I BGB[5]. Anders wird man dies zu sehen haben, wenn dem Arbeitnehmer zugleich eine vorzeitige Lösungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses eingeräumt wird. Hier ist eine entsprechende Anwendung des § 615 S. 2 BGB geboten, weil der Arbeitgeber nicht auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und eine Anrechnung anderweitigen Verdiensts verzichten will[6]. Eine Klarstellung zur Anrechnungsmöglichkeit ist Arbeitgebern zu empfehlen.

Bei einseitig erklärter Freistellung erfolgt eine Anrechnung von Zwischenverdienst, wenn sich der Arbeitgeber dies ausdrücklich vorbehalten hat. Wer also freistellt, sollte es ausdrücklich unter Anrechnung von Zwischenverdienst tun. Bleibt der Arbeitnehmer dann der Arbeit fern, ist der Zwischenverdienst anzurechnen. Wird bereits im Arbeitsvertrag eine Freistellungsmöglichkeit nach erfolgter Kündigung unter der Anrechnungsmöglichkeit des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 KSchG vereinbart, dürfte dies sogar dann gelten, wenn der Arbeitnehmer sich gegen die Freistellung wehrt. Für eine solche einseitige unwiderrufliche Freistellung des Arbeitgebers, also ohne Vorbehalt der Rückkehr und zugleich mit der Verrechnungsmöglichkeit von Freizeitausgleichs- und Urlaubsansprüchen, hat das *BAG* während der restlichen Vertragslaufzeit Annahmeverzug angenommen[7]. Bei einer einseitigen widerruflichen Freistellung, also ohne Anrechnungsmöglichkeit, fehlt es dagegen an einem konkludenten Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags, der Arbeitgeber befindet sich also bei widerruflicher Freistellung in Annahmeverzug, mit der Anrechnungsmöglichkeit des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 KSchG[8]. Arbeitgeber, die eine Annahmeverzugsanrechnung bereits während der Freistellung erreichen wollen, sollten daher unwiderruflich – und klarstellend unter Anrechnung von Zwischenverdienst[9] – freistellen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Arbeitgeber mit der einseitigen unwiderruflichen Freistellung in der Regel aber auf das vertragliche Wettbewerbsverbot verzichtet[10]; will er dies vermeiden, sollte er dies bei der Freistellung ausdrücklich klarstellen, dürfte dann aber die Anrechnungsmöglichkeit während des Verzugs nicht zu seinen Gunsten nutzen können. Hier bleibt dem Arbeitgeber dann nur die widerrufliche Freistellung.

Der Arbeitgeber kann den eingetretenen Annahmeverzug nur dadurch beenden, dass er die Arbeitsleistung als Erfüllung des Arbeitsvertrags (wieder) annimmt. Das käme aber im Kündigungs- oder Entfristungsrechtsstreit einer „Rücknahme" der Kündigung gleich und ist daher in der Praxis nahezu bedeutungslos. Auch eine Beschäftigung unter der auflösenden Bedingung der rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutz- bzw. Entfristungsklage genügt zur Beendigung des Annahmeverzugs nicht[11]. Im Kern ist der Arbeitgeber damit darauf zurückgeworfen, dass zum einen Annahmeverzug ausscheidet, sofern der Arbeitnehmer nach § 297 BGB, insbesondere auf Grund Arbeitsunfähigkeit, außer Stande oder nach der Rechtsprechung des *BAG*[12] nicht Willens ist, die Arbeitsleistung zu bewirken. Zum anderen ist er darauf zu verweisen, die Anrechnungsmöglichkeiten des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 KSchG auszuschöpfen.

III. Anrechnungsmöglichkeiten auf den Annahmeverzugslohn

Nach § 615 S. 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Arbeitsleistung erspart oder, insofern nahezu wortgleich § 11 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG, durch anderweitige Verwendung seiner Arbeit erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

1. Zwischenverdienst

Anrechnungsfähig ist nur der durch die nicht mehr beim bisherigen Arbeitgeber erbrachte Arbeitskraft kausal erzielte Verdienst. Das gilt nicht nur bei Aufnahme einer unselbständigen, sondern auch bei Erzielung von Verdienst aus einer selbständigen Tätigkeit. Anzurechnen ist, was der Arbeitnehmer gerade auf Grund des Freiwerdens seiner Arbeitskraft beim Alt-Arbeitgeber als Zwischenverdienst erzielt. Es findet nach ständiger Bundesarbeitsgerichtsrechtsprechung eine Anrechnung des Zwischenverdiensts im gesamten Annahmeverzugszeitraum statt, unabhängig davon, ob zum Beispiel in den Anfangsmonaten weniger und in den Monaten gegen Ende des Annahmeverzugszeitraums mehr Zwischenverdienst erzielt worden ist[13].

Nebenverdienste, die der Arbeitnehmer auch bei Erbringung der vertraglichen Arbeitsleistung hätte erzielen können, wer-

2 *BAG*, NZA 1999, 925.
3 *BAG*, NZA 2006, 435.
4 *LAG Thüringen*, Urt. v. 21. 11. 2000 – 5 Sa 352/99, DB 2001, 985.
5 *BAG*, NZA 2002, 1055 Os. = NJOZ 2003, 1319; a. A. wohl *BAG*, NZA 2008, 595.
6 *LAG Hessen*, LAGE § 615 BGB Nr. 42 = BeckRS 2009, 74787.
7 *BAG*, NZA 2007, 36; nicht eindeutig: ErfK/*Preis*, 11. Aufl. (2011), § 615 BGB Rdnrn. 13, 60, 87, 88.
8 *Nägele*, NZA 2008, 1039.
9 *BAG*, NZA 2002, 1055 Os. = NJOZ 2003, 1319.
10 *BAG*, NZA 2007, 36.
11 *BAG*, NZA 2004, 90.
12 *BAG*, NZA 2003, 1387.
13 *BAG*, NZA 2006, 736.

den aber nicht angerechnet. Hier besteht zur Vermeidung von anzurechnendem Zwischenverdienst durch Arbeitnehmer eine Missbrauchsgefahr, etwa durch Aufnahme eines Nebenverdiensts gezielt außerhalb der bisherigen Arbeitszeit beim Alt-Arbeitgeber. Dem begegnet die Rechtsprechung damit, auf Grund der Umstände im Einzelfall sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer aus dem Annahmeverzug keinen finanziellen Vorteil zieht, insbesondere nicht mehr erhält, als er bei normaler Abwicklung des Arbeitsverhältnisses erhalten hätte; er soll nicht auf Kosten des Arbeitgebers einen Gewinn machen, sondern dem Arbeitgeber soll es dann aus Gründen der Billigkeit gestattet sein, die Anrechnung vorzunehmen[14]. Die Grenze wird auch hier in einer Umgehung des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 KSchG nach Treu und Glauben liegen, § 242 BGB.

Obwohl „nicht durch anderweitige Verwendung seiner Arbeit" erworben, ist auch bezogenes Arbeitslosengeld bei der Höhe des Annahmeverzugslohnsanspruchs mindernd zu berücksichtigen. Außerdem muss sich der Arbeitnehmer die durch die Agentur für Arbeit als Arbeitnehmeranteil abgeführten Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung „anrechnen" lassen. Das wird in der Praxis häufig übersehen. Da der Annahmeverzugslohnanspruch des Arbeitnehmers nach § 615 S. 1 BGB gem. § 115 I SGB X auf die Agentur für Arbeit übergeht, findet jedoch keine Anrechnung im Rechtssinne statt, vielmehr ist der Arbeitnehmer mit seinem Annahmeverzugslohnanspruch in dieser Höhe nicht aktivlegitimiert. Nichts anderes ergibt sich bei Geltung des § 11 Nr. 3 KSchG, der zwar eine Anrechnung solcher Leistungen ausdrücklich vorsieht, jedoch wegen der fehlenden Aktivlegitimation keinen Anwendungsbereich hat[15]. Die Geltendmachung des Annahmeverzugslohnanspruchs in voller Höhe kann, insbesondere wenn der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Geltendmachung (noch) keine anderweitige Kenntnis von der Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers hat, im Einzelfall sogar eine (außer-)ordentliche Kündigung wegen versuchten Prozessbetrugs rechtfertigen.

2. Böswillig unterlassener Zwischenverdienst

Auf die Höhe des Annahmeverzugslohns wird angerechnet, was der Arbeitnehmer böswillig zu erwerben unterlässt, § 615 S. 2 BGB, bzw. er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen, § 11 Nr. 2 KSchG. Der Arbeitnehmer handelt böswillig, wenn er in Kenntnis der objektiven Umstände, das heißt der Arbeitsmöglichkeit, der Zumutbarkeit der Arbeit und der Nachteilsfolge für den Arbeitgeber vorsätzlich handelt[16]. Hierzu gehört, dass der Arbeitnehmer sowohl vorsätzlich untätig bleibt, als auch die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert. Ziel des Arbeitgebers muss daher sein (hierzu sogleich), den Arbeitnehmer umfassend über die Folgen eines böswillig unterlassenen Zwischenverdiensts, insbesondere (sofern vorhanden) über eine Arbeitsmöglichkeit sowie über die Zumutbarkeit von Arbeiten und die Nachteilsfolgen zu informieren. Dann kann sich der Arbeitnehmer nicht mehr darauf berufen, nicht bösgläubig zu sein.

Den Arbeitnehmer trifft aber nur die Obliegenheit, seine Arbeitskraft zu aktuell zumutbaren Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Für die Frage der Zumutbarkeit einer Tätigkeit für die Anrechnung auf den Annahmeverzugslohn sind jedenfalls nicht die Maßstäbe heranzuziehen, die bei Arbeitslosigkeit auf Grund von § 121 SGB III bestehen, weil diese Vorschrift dem Schutz der Versichertengemeinschaft dient, also einem anderen Schutzzweck als § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 KSchG[17]. Die anderweitige Tätigkeit muss sich vielmehr nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 I GG als zumutbare anderweitige Arbeit darstellen. Rechtsprechung und Literatur tun sich hier schwer, allgemeine Kriterien zu entwickeln, was noch und was nicht mehr zumutbar ist, schließlich sind die Unterschiede im Einzelfall erheblich.

a) *Agentur für Arbeit.* Uneinigkeit besteht zunächst, ob ein Arbeitnehmer böswillig handelt, wenn er trotz Anspruchsberechtigung kein auf den Annahmeverzug anzurechnendes Arbeitslosengeld beansprucht. Das ist zu bejahen, weil es dem Arbeitnehmer zumutbar und ohne überobligatorische Anstrengungen möglich ist, Leistungen der Agentur für Arbeit in Anspruch zu nehmen[18]. Zwar dienen die sozialrechtlichen Leistungen der Versichertengemeinschaft nicht dazu, den Arbeitgeber zu entlasten, der den Annahmeverzug durch Ausspruch einer Kündigung auslöst; da bei Unwirksamkeit der Kündigung aber auf Grund des Anspruchsübergangs nach § 115 I SGB IX der Arbeitgeber geleistetes Arbeitslosengeld letztlich der Agentur für Arbeit erstattet, bestehen keine Bedenken gegen eine Anrechnung, falls der Arbeitnehmer den Bezug unterlässt. Gleiches dürfte gelten, wenn ein Anspruch auf Gründungszuschuss besteht, jedoch nicht geltend gemacht wird. Keine Böswilligkeit ist dagegen bei Arbeitnehmern gegeben, die sich selbständig machen wollen und daher lediglich statt Arbeitslosengeld einen Gründungszuschuss nach § 57 SGB III in Anspruch nehmen. Konsequenterweise muss man auch den Gründungszuschuss in der Höhe, die dem Arbeitslosengeldanspruch entspricht, im Rahmen des Annahmeverzugs anrechnen[19].

Hiervon getrennt ist die Frage zu beantworten, ob ein Arbeitnehmer ausreichende Bemühungen unternommen hat, eine neue Arbeitsmöglichkeit zu finden. Der Arbeitnehmer handelt insofern nicht böswillig, wenn er sich (nur) bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet hat. Nach einer – allerdings älteren – Entscheidung des *BAG* sollen die Vorschriften über den Annahmeverzug nicht einmal die Obliegenheit des Arbeitnehmers begründen, die Vermittlung der Agentur für Arbeit in Anspruch zu nehmen[20]. Ob hieran festzuhalten ist, wird bezweifelt, schließlich ist es für den Arbeitnehmer ohne Weiteres zumutbar, sich arbeitsuchend zu melden, ist dies doch auch Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeld. Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber nach Erlass vorstehender Entscheidung durch die Änderungen im SGB III die Obliegenheiten zu verstärkten Eigenbemühungen bei der Stellensuche verstärkt hat[21].

b) *Beschäftigung beim Alt-Arbeitgeber.* Die Ablehnung des Angebots zur Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber durch den Arbeitnehmer kann zu böswillig unterlassenem Zwischenverdienst führen. Nach der Rechtsprechung des *BAG* ist eine Tätigkeit bei demselben Arbeitgeber nicht von vorneherein unzumutbar[22]. Das hat das *BAG* auch für den Fall einer Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung bei einem Angebot auf Weiterbeschäftigung mit um 21,9%

14 *BAG*, NZA 1991, 221.
15 ErfK/*Kiel* (o. Fußn. 7), § 11 KSchG Rdnr. 12; *Bader/Bram/Dörner/Kriebel/Dörner*, KSchG, Stand: 7/2010, § 11 KSchG Rdnr. 43.
16 *BAG*, AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 2 = BB 1965, 1070.
17 *BAG*, NZA 2004, 1155.
18 In diesem Sinne *LAG Köln*, ZTR 2002, 447 = BeckRS 2002, 41071.
19 *LAG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 8. 9. 2009 – 7 Sa 703/09, BeckRS 2010, 68580; *Küttner/Griese*, Personalbuch, 17. Aufl. (2010), Annahmeverzug, Rdnr. 18.
20 *BAG*, NZA 2001, 26.
21 *Schaub/Linck*, ArbR-Hdb., 13. Aufl. (2009), § 95 Rdnr. 113 m. w. Nachw.
22 *BAG*, NZA 2004, 90.

verminderten Bezügen entschieden[23]. Im Streitfall war damit auch eine Veränderung der Tätigkeit vom Fotoverkäufer zum Verkäufer mit Kassentätigkeit verbunden. Eine entsprechende Konstellation kann aber nicht nur bei Ausspruch einer betriebsbedingten Änderungskündigung und fehlender, auch nicht unter Vorbehalt erklärter Annahme des Änderungsangebots durch den Arbeitnehmer auftreten. Auch eine personenbedingte Änderungskündigung ist mit einem Weiterbeschäftigungsangebot unter geänderten Arbeitsbedingungen denkbar.

Bei einer betriebsbedingten Beendigungskündigung ist dagegen ein Angebot zur Weiterbeschäftigung unter unveränderten Bedingungen ausgeschlossen; der Arbeitgeber kündigt gerade betriebsbedingt, weil er keine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung mehr hat. Jedoch kann das Angebot eines Prozessarbeitsverhältnisses bei betriebsbedingter Kündigung den Annahmeverzugslohn reduzieren (bei einem Angebot einer Tätigkeit gegen geringere Vergütung) oder sogar ausschließen (bei einem Angebot einer Tätigkeit zu geänderten Arbeitsbedingungen). Entscheidend ist auf Grund des Vorrangs der Änderungskündigung nur, dass es sich um eine zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung weder vorhandene noch absehbare Beschäftigungsmöglichkeit handelt. Es muss sich damit letztlich um eine nur für das Prozessarbeitsverhältnis geschaffene befristete, keine bereits zuvor dauerhaft vorhandene Beschäftigungsmöglichkeit (ansonsten ist die Kündigung sozialwidrig) handeln. Bei einer verhaltensbedingten Kündigung ist ein solches Angebot auf Weiterbeschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber praktisch undenkbar, weil der Arbeitgeber sich mit einem solchen Angebot in Widerspruch zu seinem Vortrag im Kündigungsschutzprozess begeben würde, wonach ihm eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

Ob eine Weiterbeschäftigung auch beim (alten) Arbeitgeber zumutbar ist, hängt nicht davon ab, ob sich die angebotene geänderte Tätigkeit nach dem Arbeitsvertrag im Rahmen des Direktionsrechts hält, oder im Hinblick auf die darin vereinbarte Tätigkeit vertragswidrig wäre. Auch eine objektiv vertragswidrige Arbeit kann nach den konkreten Umständen zumutbar sein, die insofern zu erfolgende Prüfung darf nach dem *BAG* nicht durch vermeintlich absolut geltende Schranken vertragsrechtlicher Art abgeschnitten werden[24]. Es kommt nach der Rechtsprechung – wenig hilfreich – auf die konkreten Umstände an; immerhin soll bei betriebs- oder personenbedingter Kündigung eine Weiterbeschäftigung in der Regel zumutbar sein[25]. Dagegen darf eine Weiterbeschäftigung bei verhaltensbedingter Kündigung dem Arbeitnehmer in der Regel nicht zugemutet werden. Ausnahmen sind aber denkbar, wenn zum Beispiel die Pflichtverletzung unstreitig ist oder der Arbeitnehmer eine positive Entscheidung über den von ihm gestellten vorläufigen allgemeinen Weiterbeschäftigungsantrag erreicht hat[26].

Das Argument des Arbeitnehmers, die Annahme eines Prozessarbeitsverhältnisses sei unzumutbar, weil es nur eine vorläufige Beschäftigung beinhalte, kann nicht durchgreifen[27]; denn trotz der Vorläufigkeit kann – nur darauf kommt es nach dem Gesetzeswortlaut an – Verdienst erzielt werden.

c) *Zusammentreffen von Annahmeverzugslohn und Arbeitslosengeld.* Unterlässt der Arbeitnehmer böswillig Zwischenverdienst und bezieht zugleich Arbeitslosengeld, ist der Annahmeverzugslohn anteilig zu berechnen.

Beispiel: Der kündigende Arbeitgeber bietet ein Prozessarbeitsverhältnis zu einer um 10% verminderten Vergütung an. Der Arbeitnehmer lehnt dies ab, bezieht Arbeitslosengeld und macht im Kündigungsschutzverfahren Annahmeverzugslohn geltend.

Zunächst ist der böswillig unterlassene Zwischenverdienst in voller Höhe auf den Bruttoannahmeverzugslohn anzurechnen. Anschließend erfolgt ein Abzug des bezogenen Arbeitslosengeldes vom Annahmeverzugslohn, jedoch nicht in voller Höhe, sondern nur anteilig im Verhältnis von Bruttoannahmeverzugslohn zu unterlassenem Zwischenverdienst. Begründung: Nach dem Zweck der gesetzlichen Annahmeverzugsvorschriften verbleibt dem Arbeitnehmer das bezogene Arbeitslosengeld nicht uneingeschränkt zusätzlich zu der vom Arbeitgeber geschuldeten Vergütung. Andererseits wird der Arbeitgeber durch die Leistungen der Agentur für Arbeit nicht vollständig von seiner arbeitsvertraglichen Pflicht zur Nachzahlung eines Teils der Bruttovergütung und des sich daraus ergebenden Nettobetrags entlastet[28].

3. Anrechnung ersparter Aufwendungen

Nach § 615 S. 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Arbeitsleistung erspart. § 11 KSchG hat insofern einen abweichenden Wortlaut. § 11 Nr. 1 KSchG ist im Verhältnis zu § 615 S. 2 BGB eine Sonderregel, die bei eröffnetem zeitlichen (Wartezeit, § 1 I KSchG) und sachlichen Geltungsbereich (Betriebsgröße, § 23 I KSchG) eingreift. Offenbar betrachtet das *BAG* die Anrechnungsvorschriften laut einer älteren Entscheidung als deckungsgleich „trotz des nicht völlig identischen Wortlauts“[29]. Im Hinblick auf die Geringfügigkeit der in Betracht kommenden Beträge habe der Gesetzgeber davon abgesehen, Ersparnisse des Arbeitnehmers für anrechnungsfähig zu erklären[30]. Die sachliche Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung wurde zwar in der Literatur mangels ersichtlichen Grundes abgelehnt[31], ist aber nach der aktuellen Entscheidung des *BVerfG* gegeben[32].

IV. Darlegungs- und Beweislast

Als Anspruchssteller trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Annahmeverzugs und für die Höhe des Annahmeverzugslohns.

Demgegenüber ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig für ein Leistungsunvermögen des Arbeitnehmers i. S. des § 297 BGB. Dazu reicht aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen auf eine Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden kann. In Betracht kommen insbesondere Krankheitszeiten des Arbeitnehmers vor und nach dem Annahmeverzugszeitraum. Hat der Arbeitgeber solche Indizien vorgetragen, ist es Sache des Arbeitnehmers, die Indizwirkung zu erschüttern[33]. Zwar hat das *BAG* erkannt, dass der Arbeitgeber regelmäßig nicht beurteilen kann, ob der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist arbeitsfähig ist. Gleichwohl verlangt es greifbare tatsächliche Anhaltspunkte für eine Leistungsunfähigkeit, anderenfalls sei der Vortrag des Arbeitgebers zu einer vermuteten Arbeitsunfähigkeit willkürlich „aufs Geradewohl“ oder „ins Blaue hinein“ und damit unzulässig.

23 *BAG*, NZA 2006, 313.
24 *BAG*, NZA 2007, 561.
25 ErfK/*Preis* (o. Fußn. 7), § 615 BGB Rdnr. 99 m. w. Nachw.
26 *BAG*, NZA 2004, 90.
27 *BAG*, NZA 2000, 817; *BAG*, NZA 2004, 90.
28 *BAG*, NZA 2006, 313.
29 *BAG*, NZA 1991, 221.
30 KR-*Spilger*, 9. Aufl. (2009), § 11 KSchG Rdnr. 50 m. w. Nachw.
31 *V. Hoyningen-Huene/Linck*, 14. Aufl. (2007), § 11 KSchG Rdnr. 48.
32 *BVerfG*, NZA 2010, 1004.
33 *BAG*, AP BGB § 615 Nr. 106.

Der Arbeitgeber ist zudem darlegungs- und beweispflichtig für das Vorhandensein eines anrechenbaren Verdienstes nach § 615 S. 2 BGB. Wird er auf Zahlung von Annahmeverzugslohn in Anspruch genommen, wird ihm deshalb gegen den Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung von § 74 c II HGB ein Anspruch auf Auskunft über die tatsächlichen Umstände, die nach § 615 S. 2 BGB das Erlöschen seiner Zahlungspflicht bewirken, zugebilligt. Erteilt der Arbeitnehmer die verlangte Auskunft nicht, kann der Arbeitgeber die Fortzahlung des Arbeitsentgelts verweigern. Die Klage ist dann als zurzeit unbegründet abzuweisen[34].

V. Auskunftsansprüche des Arbeitgebers

Auf Grund dieser Darlegungs- und Beweislast kommt (den zu Unrecht oft nicht geltend gemachten) Auskunftsansprüchen des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer eine besondere Relevanz zu.

1. Auskunftspflicht und Arbeits(un-)fähigkeit

Während des noch laufenden Arbeitsverhältnisses, also bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. bis zum Ende der Befristung, bestehen die Anzeige- und Nachweispflichten des Arbeitnehmers gem. § 5 EFZG fort. Solange der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit nicht nachweist, besteht für den Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht, § 7 I Nr. 1 EFZG. Das gilt auch für Zeiten der widerruflichen und unwiderruflichen Freistellung, weil der Arbeitnehmer zwar von der Erbringung der Arbeitsleistung befreit ist, der Arbeitgeber jedoch wissen muss, ob und unter welchen Voraussetzungen (§ 611 I BGB oder § 3 EFZG) er die Fortzahlung der Vergütung schuldet. Arbeitgeber sollten daher bei der Freistellung klarstellen, dass die übrigen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen bestehen bleiben.

Nach Ablauf der Kündigungsfrist tritt nach dem *BAG* Annahmeverzug unabhängig davon ein, ob der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer eine wieder gewonnene Arbeitsfähigkeit dem Arbeitgeber anzeigt[35]. Denn der nach Ausspruch der Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist erkrankte Arbeitnehmer habe auch ohne Anzeige der (wiedererlangten) Arbeitsfähigkeit dem Arbeitgeber bereits durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage oder sonstigen Widerspruch gegen die Kündigung seine weitere Leistungsbereitschaft deutlich gemacht hat[36]. Ein Auskunftsanspruch des Arbeitgebers, ob der Arbeitnehmer (wieder) arbeitsfähig ist, besteht während des Annahmeverzugs nicht. Zur Begründung führt das *BAG* aus, dass der Arbeitgeber mit der Kündigung deutlich gemacht habe, schon seiner Mitwirkungsverpflichtung im Sinne einer (Wieder-)Eröffnung der Arbeitsmöglichkeit, der fortlaufenden Planung und Konkretisierung des Arbeitseinsatzes und Ausübung des Direktionsrechts nicht nachkommen zu wollen; deshalb sei der Arbeitnehmer jedenfalls solange von den ihm sonst obliegenden Anzeige- und Nachweispflichten des § 5 EFZG befreit, als der Arbeitgeber nicht von sich aus die Kündigung „zurücknimmt" oder wenigstens eine Arbeitsmöglichkeit – gegebenenfalls unter Vorbehalt – eröffnet. Entsprechendes dürfte bei fehlender Weiterbeschäftigung nach Befristungsende im Rahmen einer Entfristungsklage gelten.

Diese Rechtsprechung führt dazu, dass der Arbeitgeber das Annahmeverzugsrisiko auch dann trägt, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich nicht leistungsfähig ist, insbesondere eine Vergütungspflicht bei bestehendem Arbeitsverhältnis wegen des abgelaufenen sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums des § 3 I 1 EFZG nicht besteht. Der Arbeitnehmer wird im Annahmeverzugszeitraum bessergestellt, als er ohne Annahmeverzug stände.

Dass nach Ablauf der Kündigungsfrist der Arbeitnehmer weder seine (weitere) Arbeitsunfähigkeit nachweisen, noch seine wieder gewonnene Arbeitsfähigkeit anzeigen muss, ist für Arbeitgeber unbefriedigend. Dem *BAG* ist entgegenzuhalten, dass es dem Arbeitgeber damit nahezu unmöglich gemacht wird, die Durchsetzung des Annahmeverzugslohnanspruchs bei fehlender Leistungsfähigkeit zu verhindern. Er kann hierauf bei bestehendem Verdacht der Wiedergenesung je nach Lage des Falls aber damit reagieren, dem Arbeitnehmer ein Prozessarbeitsverhältnis anzubieten.

Zudem sollte der Arbeitgeber unabhängig vom Einzelfall dieser Rechtsprechung bereits bei der Arbeitsvertragsvertragsgestaltung durch die Vereinbarung der Anzeige- und Nachweispflichten auch während des laufenden Kündigungsschutzprozesses entgegentreten. Die Vereinbarung dieser Pflichten auch während des Annahmeverzugs im Formulararbeitsvertrag stellt keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken einer (nicht bestehenden) gesetzlichen Regelung dar. Zwar ist § 615 BGB eine Schutzvorschrift, die jedoch erstens dispositiv ist und zweitens zumindest keine Besserstellung gegenüber dem nicht im Annahmeverzug befindlichen Arbeitnehmer, für den diese Pflichten gelten, bezweckt. Überdies sind im Rahmen des § 615 S. 2 BGB Auskunftspflichten des Arbeitnehmers (bezüglich des Zwischenverdiensts) grundsätzlich anerkannt. An einer unangemessenen Benachteiligung entgegen dem Gebot von Treu und Glauben fehlt es zudem, weil dem Arbeitnehmer nur das abverlangt wird, was auch während des bestehenden Arbeitsverhältnisses gilt.

2. Auskunftspflicht bei Zwischenverdienst

Macht der Arbeitnehmer Ansprüche auf Annahmeverzugslohn geltend, hat der Arbeitgeber gegen ihn einen selbständig einklagbaren Anspruch auf Auskunft über die Höhe seines anzurechnenden anderweitigen Verdienstes in der Zeit des Annahmeverzuges[37]. Der Anspruch folgt unmittelbar aus § 615 S. 2 BGB. Er erstreckt sich auch auf die Auskunft des Arbeitnehmers, ob und in welcher Höhe er Arbeitslosengeld bezieht; zwar steht dem Arbeitnehmer wegen des Forderungsübergangs nach § 115 I SGB X kein Annahmeverzugslohnanspruch gegen den Arbeitgeber zu, weshalb sich damit auch kein Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer begründen lässt; gleichwohl ist dieser sich analog § 74 c II HGB ergebene Auskunftsanspruch anerkannt[38].

Zeitlich bezieht sich der Auskunftsanspruch auf den Zeitraum des Annahmeverzugs, er besteht also auch bei einseitiger unwiderruflicher Freistellung noch während des Laufs der Kündigungsfrist. Ansonsten ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, Auskunft über die Höhe eines anderweitigen Verdienstes zu geben; es bleibt wie bei einer widerruflichen Freistellung so auch beim ungekündigten Arbeitsverhältnis bei der Anzeigepflicht einer Nebentätigkeit und der Wahrung des vertraglichen Wettbewerbsverbots.

Während des Annahmeverzugs hat der Arbeitnehmer die Höhe seines Verdiensts mitzuteilen[39], nicht aber, bei welchem Arbeitgeber er tätig ist. Da sich Inhalt und Umfang der Aus-

34 *BAG*, NZA 2002, 1055 Os. = NJOZ 2003, 1319 = BB 2002, 1703.
35 *BAG*, NZA 1995, 263.
36 *BAG*, NZA 1991, 228.
37 *BAG*, NZA 1994, 116.
38 ErfK/*Kiel* (o. Fußn. 7), § 11 KSchG Rdnr. 12; ErfK/*Preis* (o. Fußn. 7), § 615 BGB Rdnr. 110.
39 *BAG*, NJW 1979, 285.

kunftspflicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben richten, kann bei einer nichtselbständigen Tätigkeit die Vorlage einer Lohnabrechnung ausreichen, während bei einer selbständigen Tätigkeit weitergehende Anforderungen bestehen; hier soll jedoch gleichfalls bereits die Vorlage des Einkommensteuerbescheids genügen[40]. Im Einzelfall kann aber die Vorlage detaillierter Belege, die über eine Gewinnermittlung hinausgehen, in Form einer geordneten Aufstellung (Einnahmen für einzelne Aufträge nebst damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen, steuerrechtlich als Betriebsausgaben geltend gemachten Posten) erforderlich sein[41].

Bei Zweifeln an der Richtig- und/oder Vollständigkeit der Auskunft ist der Arbeitgeber auf den Anspruch auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch den Arbeitnehmer analog § 260 II BGB beschränkt. Ein Leistungsverweigerungsrecht hat der Arbeitgeber dagegen nur, soweit von der Nichterfüllung der Auskunftspflicht auszugehen ist[42]. Die Zahlungsklage ist in einem derartigen Fall als „zurzeit unbegründet abzuweisen".

VI. Taktisches Vorgehen des Arbeitgebers

Hinweise auf die Vereinbarung einer Anzeige- und Nachweispflicht der Arbeitsunfähigkeit und auf die Möglichkeit einer unwiderruflichen Freistellung unter Anrechnung von Zwischenverdienst sind bereits gegeben worden. Doch auch noch auf andere Art und Weise kann der Arbeitgeber das Annahmeverzugslohnrisiko senken, wenn nicht sogar das Entstehen von Annahmeverzugsansprüchen vollständig verhindern.

1. Änderungskündigung versus Prozessarbeitsverhältnis

Kein Annahmeverzug entsteht, wenn der Arbeitgeber statt einer Beendigungs- eine Änderungskündigung erklärt, bei der das Angebot auf die künftige Tätigkeit – wie regelmäßig – die Beibehaltung der bisherigen Vergütung vorsieht und der Arbeitnehmer das Änderungsangebot unter Vorbehalt annimmt; bei einer Änderungskündigung mit verminderter Vergütung kommt es bei Zumutbarkeit des Angebots regelmäßig (teilweise) zu böswillig unterlassenem Zwischenverdienst[43]. Nicht selten hoffen Arbeitgeber darauf, ohne jedes Annahmeverzugsrisiko nach erfolgter Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt durch den Arbeitnehmer im Änderungskündigungsschutzprozess eine vergleichsweise Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erreichen. Das Prozessrisiko ist zudem kündigungsrechtlich geringer, da die Änderungskündigung das mildere Mittel zur Beendigungskündigung ist.

Doch auch bei der Beendigungskündigung kann der Arbeitgeber auf den Annahmeverzugslohnanspruch einwirken. Zwar beendet das Angebot eines Prozessarbeitsverhältnisses, also eines Arbeitsverhältnisses unter der auflösenden Bedingung des Unterliegens des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess oder eines befristeten Arbeitsverhältnisses bis zur Rechtskraft des Urteils[44], nicht den Annahmeverzug; allerdings ist es dem Arbeitnehmer regelmäßig zumutbar, Zwischenverdienst auch bei seinem ehemaligen Arbeitnehmer zu erzielen. Ein Prozessarbeitsverhältnis ist vor allem bei personen- und betriebsbedingter Kündigung in Betracht zu ziehen, bei einer verhaltensbedingten Kündigung dagegen nur im Ausnahmefall. Nach erfolgter betriebsbedingter Kündigung ist hierbei entscheidend, dass das Prozessarbeitsverhältnis nur solche Tätigkeiten betrifft, die nicht auf Dauer vorhanden sind (da anderenfalls ein Widerspruch zum Vortrag des Arbeitgebers zur betriebsbedingten Kündigung entsteht); geeignet sind auch Arbeiten, die ansonsten von Dritten erledigt wurden oder werden sollen und die nur für das Prozessverhältnis vorübergehend (wieder) durch das Unternehmen selbst erbracht werden.

2. Außergerichtliches Schreiben an den Arbeitnehmer

Aus Arbeitgebersicht bietet es sich regelmäßig an, den Arbeitnehmer zum Annahmeverzug außergerichtlich anzuschreiben. Zum einen sollte der Arbeitnehmer auf seine Obliegenheiten im Rahmen des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 KSchG hingewiesen werden. Er kann aufgefordert werden mitzuteilen, ob er nach der unwiderruflichen Freistellung bzw. nach Ablauf der Kündigungsfrist einer entgeltlichen Tätigkeit nachgegangen ist und in welcher Höhe er Zwischenverdienst erzielt hat. Der Hinweis auf das Recht des Arbeitgebers, gegebenenfalls die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über die Höhe des anderweitigen Zwischenverdiensts zu verlangen, kann ebenfalls aufgenommen werden. Auch die Mitteilung ersparter Aufwendungen kann dem Arbeitnehmer auferlegt werden.

Zum anderen ist ein Hinweis auf die Verpflichtung des Arbeitnehmers zu empfehlen, bei Bestehen einer Arbeitsmöglichkeit und deren Zumutbarkeit die Annahmeverzugsfolgen für den Arbeitgeber zu verhindern. Wird dem Arbeitnehmer außerdem mitgeteilt, dass und welche Arbeiten zumutbar sind, wird er sich nicht (mehr) darauf berufen können, nicht „böswillig" Zwischenverdienst unterlassen zu haben. Im Hinblick auf die Kritik an der Rechtsprechung zur fehlenden Anzeige- und Nachweispflicht bei Arbeitsunfähigkeit scheint es zumindest vertretbar, den Arbeitnehmer zu bitten, diesen Pflichten nachzukommen. Ferner kann (sofern nach § 38 I SGB III nicht bereits erfolgt) der Arbeitnehmer aufgefordert werden, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden, Arbeitslosengeld zu beantragen und ernsthafte Bemühungen zur Erzielung von Zwischenverdienst nachzuweisen.

Durch ein solches Schreiben wird nach Ausspruch der Kündigung ein gewisser Bewerbungsdruck ausgelöst. Der Versand des Schreibens unmittelbar vor dem Güte- oder Kammertermin kann die Verhandlungen über eine vergleichsweise Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus Arbeitgebersicht positiv beeinflussen.

Klagt der Arbeitnehmervertreter nach Erhalt eines mit diesen Hinweisen versehenen Schreibens den Annahmeverzugslohn trotz erzieltem oder böswillig unterlassenem Zwischenverdienst in voller Höhe ein, um vermeintlich „Druck" auf den Arbeitgeber auszuüben, dürfte eine darauf gestützte hilfsweise erklärte verhaltsbedingte, gegebenenfalls sogar außerordentliche, Kündigung mitunter Chancen auf eine erfolgreiche Durchsetzung haben.

3. Hilfe bei der Stellensuche?

Ob der Arbeitgeber soweit gehen sollte, zur Reduzierung des Annahmeverzugsrisikos dem Arbeitnehmer sogar Hilfe bei der Stellensuche zu gewähren, ist sicher einzelfallabhängig. Er schafft dadurch jedenfalls eine höhere Wahrscheinlichkeit, dass zu seinen Gunsten anrechenbarer Zwischenverdienst erzielt wird.

Ein Arbeitgeber, der seinen gekündigten Arbeitnehmer über Stellenanzeigen und/oder offene Stellen bei der Agentur für

40 *BAG*, NJW 1975, 1247.
41 *LAG Berlin*, AE 2006, 168 = BeckRS 2011, 66277.
42 *BAG*, NZA 1994, 116.
43 Näher hierzu *Fritz/Erren*, NZA 2009, 1242.
44 Vgl. auch *Ricken*, NZA 2005, 323.

Arbeit informiert, generiert auch weitergehende Auskunftsansprüche, ob der Arbeitnehmer sich hierauf beworben hat und ob die Bewerbung erfolgreich war. Zugleich erhöht er das in Vergleichsverhandlungen nicht zu unterschätzende Risiko, dass der Arbeitnehmer den Annahmeverzugslohn nicht in voller Höhe durchsetzen kann.

4. Zwischenzeugnis

Nach der Rechtsprechung des *BAG* hat der Arbeitnehmer mit Ablauf der Kündigungsfrist oder bei seinem tatsächlichen Ausscheiden Anspruch auf ein Zeugnis über Leistung und Führung und nicht lediglich auf ein einfaches Zeugnis; das gilt auch dann, wenn die Parteien in einem Kündigungsschutzprozess über die Rechtmäßigkeit der Kündigung streiten[45]. Ein Zwischenzeugnis hat demgegenüber in der Bewerbungssituation den Vorteil, dass darin nicht zum Ausdruck kommt, dass das Arbeitsverhältnis bereits gekündigt ist.

Es ist aber nicht nur rechtmäßig, sondern kann durchaus im Interesse des kündigenden Arbeitgebers liegen, zeitnah ein qualifiziertes Zwischenzeugnis zu erteilen, um damit die Chancen einer Bewerbung des gekündigten Arbeitnehmers zu erhöhen; denn bei einem Zwischenverdienst ist dann auf Grund der Anrechnung das Annahmeverzugsrisiko geringer. Gleichwohl erfolgt die Erteilung des Zwischenzeugnisses in der Praxis häufig verzögert, jedenfalls nicht vor Erledigung des Verfahrens durch Vergleich oder Urteil in erster Instanz. Bei verhaltensbedingten Kündigungen ist das insofern nachvollziehbar, als ein solches Zeugnis keinen Widerspruch zu den vorgetragenen verhaltensbedingten Gründen der Kündigung im Kündigungsschutzprozess begründen soll. Bei betriebsbedingten Gründen ist Hintergrund dieses Vorgehens womöglich das Missverständnis, die Durchsetzung der Kündigung könnte bei einer sehr guten Leistungsbeurteilung erschwert werden. Erfahrungsgemäß ist das Gegenteil der Fall, kommt man doch mit einem solchem Zeugnis dem Einwand zuvor, die betriebsbedingten Gründe seien „nur vorgeschoben".

VII. Zusammenfassung

Der Arbeitgeber hat nur beschränkte Auskunftsansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer bei dessen Arbeitsunfähigkeit während des Annahmeverzugs. Hier empfiehlt sich im Vorfeld eine entsprechende Arbeitsvertragsgestaltung. Wer als Arbeitgeber freistellt, sollte dies – jedenfalls unter Annahmeverzugsgesichtspunkten – unwiderruflich und unter Anrechnung von Zwischenverdienst tun. (Kündigungsrechtlich oftmals gebotene) Änderungskündigungen ohne Entgeltreduzierungen bieten den Vorteil fehlenden Annahmeverzugs, weil Arbeitnehmer die Änderung in der Regel zumindest unter Vorbehalt annehmen. Das Angebot eines Prozessarbeitsverhältnisses reduziert das Annahmeverzugsrisiko deutlich und kann – richtig eingesetzt – nicht nur bei betriebsbedingten Kündigungen (bei einer Ablehnung des Arbeitnehmers) ein probates Mittel zur Schaffung böswillig unterlassenen Zwischenerwerbs sein. Vor allem sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer außergerichtlich anschreiben und so Bewerbungsdruck ausüben und erreichen, dass der Arbeitnehmer sich nicht erfolgreich auf fehlende Böswilligkeit beruft. Sogar die Hilfe bei der Stellensuche und die frühzeitige Erteilung eines Zwischenzeugnisses können sich für den Arbeitgeber im Einzelfall so „auszahlen"; je früher der Arbeitnehmer eine neue Stelle findet, desto geringere Abfindungen lassen sich im Vergleichswege für den Arbeitnehmer generieren. Wer also als Arbeitgeber neben der im Streit stehenden Beendigung das Annahmeverzugsrisiko stets im Blick hat, kann das Prozessrisiko senken und damit auch offene Bestandschutzstreitigkeiten zu wirtschaftlich vertretbaren Konditionen beenden. ■

45 *BAG*, NZA 1987, 628.

Rechtsanwalt Dr. Mark Lembke, LL. M. (Cornell)*

Neue Rechte von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern

Das AÜG wurde zuletzt vor acht Jahren im Rahmen der Hartz-Reformen grundlegend geändert (vgl. Lembke, BB 2003, 98; Ulber, AuR 2003, 7). Vor dem Hintergrund der am 5. 12. 2008 in Kraft getretenen europäischen Leiharbeitsrichtlinie steht nun eine erneute Gesetzesänderung des AÜG an, die auch neue Ansprüche von Leiharbeitnehmern gegenüber Entleihern begründet, namentlich einen Anspruch auf Auskunft über freie Arbeitsplätze (§ 13 a AÜG) und auf Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Entleiherunternehmen (§ 13 b AÜG). Diese neuen Rechte sind für alle Unternehmen, die Leiharbeitnehmer einsetzen, von erheblicher praktischer Bedeutung. Der vorliegende Beitrag erläutert die insoweit geplanten Neuregelungen auf Grundlage des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung vom 31. 12. 2010 über ein „Erstes Gesetz zur Änderung des AÜG" (BR-Dr 847/10).

I. Einleitung

Nachdem das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 4. 6. 2010 zunächst einen „Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG)" veröffentlicht und zur Diskussion gestellt hatte[1], folgte am 2. 9. 2010 ein Referentenentwurf zum geplanten „Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung"[2]. Am 15. 12. 2010 beschloss die Bundesregierung nun den „Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung" (nachfolgend „RegE"), der am 31. 12. 2010 dem Bundesrat zugeleitet wurde[3].

* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, Attorney-at-Law (New York) und Partner bei *Greenfort* in Frankfurt a. M. sowie Lehrbeauftragter der Universität Heidelberg.

1 Abrufbar unter www.aus-portal.de; dazu *Böhm*, NZA 2010, 1218; *Düwell/Dahl*, DB 2010, 1759 (1761 f.)

2 Abrufbar unter www.aus-portal.de; dazu *Böhm, DB 2011, 473; Hamann*, NZA 2011, 70; *Klebe*, AiB 2010, 646; *Lembke*, NJW-aktuell H. 45/2010, S. 12; *Lembke*, NZA H. 21/2010, Editorial; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1; *Ulber*, AuR 2010, 412.

3 Dazu *Lembke*, DB 2011, 414