

HSW

RECHTSANWÄLTE

HARDER SEDLMEIER WEITZEL

Fiktiver Zwischenverdienst bei Annahmeverzug?

Rechtsanwalt
Dr. Johannes Sedlmeier, LL.M.

Worum geht es?

- Ein Arbeitnehmer erhält eine Kündigung und wehrt sich

Kündigungsschutz-
klage

- Die Prozessdauer nimmt zu

1,5 bis 2 Jahre

Für die Parteien bedeutet das...?

- Sicher ist:
 - Die Verfahrenskosten steigen, wenn sich Bearbeitungs-aufwand und Prozessstoff erhöhen
- Früher war es recht einfach:
 - Schlecht für den AG, bequem für den AN
 - Das Prozessrisiko erhöhte sich mit Zeitablauf nur für den AG

Verzugslohnrisiko

Vergütung bei Annahmeverzug

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 615 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.

Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

§ 11 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.

Grundlagen

- Während der Kündigungsfrist und bis zum Urteil I. Instanz gilt § 615 S. 2 BGB
- Dann greift § 11 Nr. 2 KSchG
- Vorschriften entsprechen einander
- Obliegenheit des AN aufgrund Rücksichtnahmepflicht
- Rechtsvorschriften sind unverändert

Was ist neu?

- Früher reichte es i.d.R. aus, wenn ein AN sich arbeitssuchend meldet
- Nun hat das BAG bei gleicher Rechtslage ein neues Spiel- und Minenfeld eröffnet – wann führt nun
 - „böswilliges Unterlassen“
 - „zumutbarer Arbeit“ zur
 - Anrechnung fiktiver Einkünfte?

Voraussetzungen

- „Böswillig“
 - Vorwerfbare, vorsätzliche Untätigkeit trotz Kenntnis der Umstände
 - Auch erfasst sein soll „bewusstes Verhindern“, BAG 07.02.2024 – 5 AZR 177/23
- „Zumutbare Arbeit“
 - Nach Treu und Glauben
 - Berücksichtigung der Berufswahlfreiheit, Art. 12 GG
 - Gesamtabwägung im Einzelfall

Was sagt die Rechtsprechung?

Zeitliche

Rahmenbedingungen I

- BAG 12.02.2025 - 5 AZR 127/24:
 - I.d.R. keine fiktive Anrechnung während einseitiger Freistellung in der Kündigungsfrist (Beschäftigungsanspruch)
 - Freistellung suspendiert grds. Wettbewerbsverbot nicht (anders BAG 06.09.2006 – 5 AZR 703/05)

Was sagt die Rechtsprechung?

Zeitliche

Rahmenbedingungen II

- BAG 28.01.2026 – 5 AS 4/25:
 - Zahlungspflicht bei Annahmeverzug ist grundsätzlich abdingbar
 - Aber: nur begrenzt zulässig
 - Unzulässig im Voraus für den Fall einer unwirksamen oder später wirksamen Kündigung

Was sagt die Rechtsprechung?

Böswilligkeit I

- BAG 27.5.2020 – 5 AZR 387/19:
 - Obliegenheit des AN, sich arbeitssuchend zu melden
 - Ausdrückliche Aufgabe früherer Rechtsprechung des 9. Senats
 - „... weil dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich das zugemutet werden kann, was ihm das Gesetz ohnehin abverlangt.“
 - Folge: Auskunftspflicht über Vermittlungsangebote

Was sagt die Rechtsprechung?

Böswilligkeit II

- BAG 12.10.2022 – 5 AZR 30/22:
 - Gesamtabwägung erforderlich
 - Verletzung der Pflicht zur Meldung als arbeitssuchend (§ 38 I SGB III) ist dabei zu berücksichtigen
 - Auskunftsanspruch über Vermittlungsvorschläge kann mit Widerklage geltend gemacht werden

Was sagt die Rechtsprechung?

Böswilligkeit III

- BAG 07.02.2024 – 5 AZR 177/23:
 - Gesamtabwägung, sozialrechtliche Handlungspflichten können zu berücksichtigen sein
 - Im Einzelfall kann Obliegenheit zur Abgabe eines eigenen Angebots bestehen
 - Keine Pflicht, sich generell und o.W. „unermüdlich ... zu kümmern“
 - anders
LAG Berlin-Brandenburg 30.9.2022 – 6 Sa 280/22 und
LAG Niedersachsen 11.12.2025 – 5 Sla 465/25:
„umfassend ... bemühen“

Was sagt die Rechtsprechung?

Böswilligkeit IV

- BAG 07.02.2024 – 5 AZR 177/23:
 - Verhalten zur Verhinderung von Vermittlungsangeboten der BAfA ist schädlich
 - hier: AN kündigte an, bei Bewerbungen auf laufenden Prozess und Rückkehrabsicht zum alten AG hinweisen
- BAG 24.01.2024 – 5 AZR 331/22:
 - Anrechenbar sind auch Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit
 - Böswilligkeit möglich bei unentgeltlicher Tätigkeit oder zu geringer Vergütung

Was sagt die Rechtsprechung?

Zumutbarkeit I

- BAG 07.02.2024 – 5 AZR 177/23:
 - Zu beurteilen insbesondere nach
 - Person des AG,
 - Art der Arbeit
 - sonstigen Arbeitsbedingungen (Zeit, Ort, Verdienst, Mehrarbeit, ...)
 - Sozialrechtliche Wertungen nur bedingt heranziehbar

Was sagt die Rechtsprechung?

Zumutbarkeit II

- BAG 07.02.2024 – 5 AZR 177/23:
 - Erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ist nicht hinzunehmen
 - Darlegungs- und Beweislast für böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes bleibt grds. beim AG
 - In Sonderfällen: Abstufung der Darlegungs- und Beweislast

Wie soll die neue Praxis sein?

Zumutbarkeit III

- BAG 15.01.2025 - 5 AZR 273/24:
 - AG kann AN auf andere Arbeit hinweisen (z.B. Stellenanzeigen)
 - Hinweis muss alle erforderlichen Angaben zur Prüfung der Zumutbarkeit enthalten:
Art, Inhalt, Ort und Verdienst

Wie soll die neue Praxis sein?

Zumutbarkeit IV

- BAG 15.01.2025 - 5 AZR 273/24:
 - Dann schuldet AN Erklärung, was er unternommen hat
 - Untätigkeit des AN kann ggf. zu fiktiver Anrechnung führen
 - Feststellungslast für Zumutbarkeit bleibt beim AG

Auswirkungen

Darlegungs- und Beweislast

- Grundsätzlich trägt AG weiter Darlegungs- und Beweislast für böswillig unterlassenen Zwischenverdienst
- BAG wendet aber sekundäre Darlegungslast bzw. abgestufte Darlegungs- und Beweislast an
- Sogar Umkehr der Beweislast möglich (z.B. „bewusstes Verhindern“ von Vermittlung, BAG 07.02.2024 – 5 ZR 177/23)

Auswirkungen

Beratungspraxis

- AG schickt Stellenangebote
- Parteien streiten über Zumutbarkeit und Reichweite der Pflicht zu Eigenaktivitäten
- AG verlangt Auskunft, ggf. per Widerklage
- Parteien streiten um Reichweite des Auskunftsanspruchs
- Auseinandersetzung um Verzugslohnanspruch wird aufgebläht und verzögert

Kritik

- Streit um Verzugslohnansprüche verlagert sich auf die Fragen der Böswilligkeit und der Zumutbarkeit
- Weites richterliches Ermessen erhöht Unsicherheit und erschwert anwaltliche Beratung / Risikoprognosen – egal auf welcher Seite
- Mehr Prozessstoff belastet die ohnehin überlastete Arbeitsgerichtsbarkeit zusätzlich

Und jetzt:
Noch Fragen?

