

Böswillig unterlassener Zwischenverdienst in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*

PROF. DR. HENNER WOLTER, BERLIN¹

ABSTRACT Die Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitsvertragsparteien nach Obsiegen des Arbeitnehmers² im Kündigungsschutzprozess ist des Öfteren zunächst mit der Hypothek des gegeneinander geführten Kündigungsschutzprozesses belastet. Der Arbeitgeber hat nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmer länger, ggf. Jahre nicht beschäftigt, ohne dessen Arbeitskraft kalkuliert, hatte insoweit keine Kosten. Die Stelle, der Arbeitsplatz des nun obsiegenden Arbeitnehmers ist i.d.R. anderweitig besetzt, weggefallen oder grundlegend umgestaltet.

I. Zur Interessenlage gekündigter Arbeitnehmer nach Obsiegen im Kündigungsschutzprozess

1. Die Zukunft des Arbeitsverhältnisses nach dem Kündigungsschutzprozess

Der Arbeitnehmer konnte seine Arbeitskraft gegenüber dem Arbeitgeber bisher kündigungsbedingt nicht erbringen, will aber – ungeachtet der rechtswidrigen Kündigung – weiterbeschäftigt werden. Denn eine Alternative hat er nicht. § 12 KSchG ist nicht relevant. Ein Aufhebungs- bzw. Abwicklungsvertrag, der schon während des Laufs des Kündigungsschutzprozesses nicht abgeschlossen werden konnte, kommt auch jetzt nicht zustande.

Wird das Kündigungsschutzverfahren fortgesetzt, könnte der Arbeitgeber das Angebot auf Abschluss eines Prozessarbeitsverhältnisses machen.³ Jedoch sei angenommen, dass der Arbeitgeber Berufung nicht einlegt. Ein mittlerweile eingegangenes Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber kündigt der Arbeitnehmer fristgemäß. Ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis erneut kündigt, ist nicht ausgemacht.

2. Interessen von Arbeitnehmern nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess

Die Rspr. des BAG erlegt den Arbeitnehmern ein umfangreiches, kaum überschaubares Bündel an Obliegenheiten zugunsten des Arbeitgebers auf, um Annahmeverzugslohn möglichst zu vermeiden. Dies bewirken auch die weitgehenden Sicherungen der Anrechnung seitens des Arbeitgebers durch ihm zugeordnete Auskunftsansprüche und Leistungsverweigerungsrechte. So entsteht in einer »Nische« des Arbeitsverhältnisses (Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess statt Aufhebungsvergleich oder Abwicklungsvertrag) ein komplexes Handlungssystem des Arbeitgebers, das für die betroffenen Arbeitnehmer, wenn es nun relevant wird, zahlreiche und große Überraschungen bereithält.

Die Interessen von betroffenen Arbeitnehmern in diesem Konfliktfeld des Arbeitsverhältnisses sind grds. andere als die

des Arbeitgebers, der Annahmeverzugslohn möglichst sparen will. Der gekündigte Arbeitnehmer verliert nach Ablauf der Kündigungsfrist und des Öfteren längere Zeit vor der Entscheidung des ArbG über seine Klageanträge seinen Arbeitsplatz. Meist wird er mit sofortiger Wirkung unter Fortzahlung der Vergütung und unter Anrechnung von Urlaub von der Arbeit freigestellt.

Die Rspr. des BAG erlegt den Arbeitnehmern ein umfangreiches, kaum überschaubares Bündel an Obliegenheiten zugunsten des Arbeitgebers auf, um Annahmeverzugslohn möglichst zu vermeiden.

Kündigungsschutzklage erhebt der Arbeitnehmer, weil er sich vom Arbeitgeber ungerechtfertigt behandelt fühlt. Ob er die Klage gewinnt, kann er nicht wissen. Darauf zu setzen und bis dahin andere Arbeit zu unterlassen, hieße Verweilen in der Arbeitslosigkeit. Das »Leitbild« eines solchen »Annahmeverzugs-Spekulanten« scheint bisweilen der Rspr. des BAG zum böswilligen Unterlassen implizit zugrunde zu liegen.

Der Arbeitnehmer dagegen, der nicht auf Lohn ohne Arbeit spekuliert – wie die übergroße Mehrheit der abhängig Beschäftigten – kann sich Arbeitslosigkeit aus vielerlei Gründen nicht, jedenfalls nicht auf längere Zeit leisten, zunächst aus finanziellen Gründen nicht. Früher oder später muss er seine Arbeitskraft verwerten, wird deshalb neben der Führung des Kündigungsschutzprozesses woanders Arbeit suchen.

Oft muss er dies nicht nur aus finanziellen Gründen, sondern auch deshalb tun, um seine Qualifikation zu bewahren. Insbesondere in Branchen, die sich in einem schnellen und grundlegenden technologischen Wandel befinden, mit weitreichenden Änderungen der Arbeitsorganisation, einem hohen Maß an beruflicher Spezialisierung, variablen Arbeitsbedingungen und hoher Qualifikation drohte dem Arbeitnehmer, würde er bloß auf die Entscheidung des Gerichts (s. § 11 Nr. 2 KSchG) warten, binnen kurzem Entwertung seines Arbeitsvermögens und damit ein wesentlich erschwerter Zugang zu Arbeitsmärkten.

Je länger das Gerichtsverfahren dauert, je länger der Arbeitnehmer dem Betrieb fernbleibt, desto eher drohen auch seine

* Fortsetzung des Beitrags Wolter, AuR 2022, 470.

¹ Fachanwalt für Arbeitsrecht.

² In diesem Beitrag wird auf Wunsch des Autors auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers verzichtet. Personenbezeichnungen gelten an den entsprechenden Stellen gleichermaßen für alle Geschlechter.

³ Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021, § 95, Rn. 61; 85 ff.; Schaub-Koch, a.a.O., § 40, Rn. 60 f.

Bindungen an den Betrieb verlustig zu gehen. Desto eher schwindet auch sein Interesse daran, nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess weiterbeschäftigt zu werden. Er hat sich mittlerweile in die neue Situation, in die neuen Arbeitsbedingungen eingefunden.

Findet er inzwischen Beschäftigung in einem anderen Betrieb, beginnt für ihn der betriebliche Aufstieg dort meist bei null bzgl. Kündigungsfristen, Kündigungsschutz, Gehaltsstufen, Urlaubsdauer, Teilnahme an betrieblichen Leistungen usw. Er muss sich in neue Milieus und Betriebsstrukturen einfügen, in andere Wege- und Arbeitszeiten, eine u.U. gänzlich andere betriebliche »Kultur«.

Die Führung des Prozesses überlässt er zumeist anderen und hält sich insoweit nur mehr oder minder auf dem Laufenden. Während des laufenden Verfahrens und vor Entscheidung des Gerichts kann die Anrechnung böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes für ihn kein Thema sein. Er weiß nicht, ob er den Prozess gewinnen wird.

Jedenfalls ist er nach Kündigung durch den Arbeitgeber kein »Fremdgeschäftsführer« für dessen Interessen an Vermeidung der Zahlung des geschuldeten Annahmeverzugslohns unter allen denkbaren, bislang aber z.T. noch nicht entstandenen Situationen – und könnte das auch gar nicht sein. Bestenfalls ist ihm bekannt, dass nach Prozesserfolg anderweitig Verdientes und von der Arbeitsagentur Erlangtes angerechnet wird. Im Zentrum seiner Interessen steht je länger, je mehr die neu gefundene anderweitige Beschäftigung.

Das Thema, das die Rspr. des BAG implizit prägt und bedingt, kann nur aktuell werden, wenn der Arbeitnehmer auch nach Vorliegen der Entscheidung des Gerichts, wonach das Arbeitsverhältnis fortbesteht, immer noch keine oder keine zumutbare Arbeit findet. Dann kann der Arbeitgeber vortragen, die vom Arbeitnehmer nicht akzeptierte Arbeit sei ihm zumutbar und seine Ablehnung sei böswillig gewesen.

Die Obliegenheit des Arbeitnehmers, zu zumutbaren Arbeitsbedingungen zu arbeiten, soll sehr weit gehen.⁴ Zumutbar sei auch eine drastisch reduzierte Arbeitsvergütung.⁵ Arbeit zu solchen Konditionen verschafft dem Arbeitgeber, der durch die Kündigung ja auch zum Ausdruck gebracht hatte, er wolle den Arbeitnehmer endgültig nicht mehr beschäftigen, nun erneut die Arbeitskraft des Arbeitnehmers, jedoch zu für ihn deutlich günstigerer Vergütung als sonst.

Das Angebot einer Prozessbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung⁶ soll auf eine zumutbare Arbeit gerichtet sein. Es gilt aber nur für das Angebot nach obsiegendem Urteil erster Instanz.

II. Berufsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien in praktischer Konkordanz

1. Obersätze in der Rspr. des BAG

Für die Beurteilung der Böswilligkeit des Arbeitnehmers sei stets – unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls – eine Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen erforderlich.⁷ Den Tatsachengerichten komme dabei ein erheblicher

Beurteilungsspielraum zu

Für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Arbeit gelte das dem Arbeitnehmer »zustehende« Grundrecht der freien Arbeitsplatzwahl (Art. 12 Abs. 1 GG). Soweit ersichtlich zitiert das BAG dieses Grundrecht – auch – der Arbeitnehmer nur in zwei Fällen: Ablehnung des Arbeitsangebots eines Drittarbeitgebers durch den Arbeitnehmer⁸ sowie seine Weigerung, bei demselben Arbeitgeber eine nicht vertragsgemäße Beschäftigung anzunehmen, beides Frage böswilligen Unterlassens.⁹

Das Grundrecht der freien Arbeitsplatzwahl als Teilgewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Befugnis, einen konkreten Arbeitsplatz eigener Wahl anzunehmen, beizubehalten oder aufzugeben.¹⁰ Ob die Weigerung des Arbeitnehmers, ein nicht vertragsgemäßes Arbeitsangebot bei demselben bzw. bei einem dritten Arbeitgeber anzunehmen dem Schutzbereich des Grundrechts auf freie Wahl des Arbeitsplatzes unterfällt, mag zweifelhaft sein. Schließlich gibt er bei dieser Weigerung keinen Arbeitsplatz auf, behält ihn nicht bei und nimmt keinen an. Näheres mag aber dahingestellt sein, denn jedenfalls ist diese Weigerung des Arbeitnehmers Ausübung des »einheitlichen Grundrechts des Art. 12 Abs. 1 GG«.¹¹

2. Weitere Eingriffe in die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers bei böswillig unterlassenem Zwischenverdienst

Vermutlich wird das BAG den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zugunsten der Arbeitnehmer weder auf die soeben erwähnten Fallkonstellationen noch auf das Grundrecht des Arbeitnehmers auf freie Arbeitsplatzwahl beschränken.

Die Anweisung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, eine fristgerechte Änderungskündigung sofort, fristlos, zu befolgen und so vollendete Tatsachen zu schaffen, greift in die Berufsausübungsfreiheit des Arbeitnehmers ein.

Die sofortige Durchsetzung des Übergangs des Direktionsrechts auf den Betriebserwerber, indem der widersprechende Arbeitnehmer ab Übergang dem Direktionsrecht des Übernehmers als Leiharbeitnehmer des Veräußerers unterliegt, dürfte in das Grundrecht auf freie Wahl des Vertragspartners eingreifen. Zwar bleibt der Vertragspartner des Arbeitnehmers derselbe, aber das Direktionsrecht, die maßgebliche arbeitsvertragliche Rechtsgrundlage des Arbeitsverhältnisses, übt ohne und gegen seinen Willen mit sofortiger Wirkung eine andere Person aus.¹²

Das Grundrecht der Berufsfreiheit beinhaltet – auch für den Arbeitnehmer – das Recht, auf einen bestimmten Beruf zu verzichten.¹³ Wenn der Arbeitnehmer auf einen Beruf verzichten will, wird er auch Vermittlungsvorschläge der Arbeitsagentur in Bezug auf bestimmte Berufe nicht berücksichtigen, und sich auch nicht beschäftigungssuchend melden müssen, um solche erhalten zu können. Berufe, die die Arbeitsagentur vorschlägt, wird er nicht ausüben müssen. Dies liegt im Schutzbereich seines Grundrechts.

Wenn der Arbeitgeber deshalb anrechnet und das ArbG dies wegen böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes für berechtigt hält, greifen beide – das Urteil des ArbG

4 BAG 16.6.2004, a.a.O., Rn. 20 und 25.

5 BAG 26.9.2007, 5 AZR 870/06, AuR 2008, 76, Rn. 24: Zumutbarkeit eines Jahresgehalts von ca. 78.000 DM gegenüber dem früheren von knapp 135.000 DM; BAG 16.6.2004, 5 AZR 508/03, AuR 2004, 435: Zumutbarkeit einer Gehaltsreduzierung um 4000 € von zuvor 6726,67 €.

6 Schaub, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 13. Aufl. 2019, Rn. 351 ff.

7 Vgl. z.B. BAG 8.9.2021, 5 AZR 205/21, AuR 2022, 141, Rn. 13 m.w.N.

8 BAG 22.3.2017, 5 AZR 337/16, AuR 2017, 463, Rn. 19.

9 BAG 23.2.2021, 5 AZR 213/20, AuR 2021, 382, Rn. 13.

10 Näher Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 12, Rn. 11, m.w.N.

11 Jarass/Pieroth, ebenda.

12 In BVerfG 25.1.2011, 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, S. 157 (175 ff.) (UKGM), AuR 2011, 132; der Vertragspartner der widersprechenden Arbeitnehmer war aufgrund Gesetzes ausgetauscht worden – Land Hessen zur UKGM GmbH; vgl. auch BVerfG 26.7.2005, 1 BvR 782/94, BVerfGE 114, S. 1 (34).

13 Jarass/Pieroth, a.a.O. Rn. 9.

als grundrechtsgebundenes Handeln der öffentlichen Hand (Art. 1 Abs. 3 GG) und die Anrechnung durch den Arbeitgeber – in diese zugunsten des Arbeitnehmers bestehende grundrechtliche Gewährleistung ein. Dies besagt nichts zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs, insbesondere nichts zu seiner Verhältnismäßigkeit.

3. Eingriffe in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers

Ähnliches gilt für die andere Seite: »Wer einen Arbeitsvertrag (...) kündigt, betätigt seine durch Art. 12 GG geschützte Freiheit des Berufs« – befindet das *BVerfG* lapidar.¹⁴ Das findet auf die Kündigung durch jede der beiden Parteien Anwendung.

Das gilt auch für den Fall, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne Zustimmung des Betriebsrats versetzt und nach fristgerechter Änderungskündigung den Lohn, ohne den Fristablauf abzuwarten, einbehält – kurz: wenn der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer unterlassenen Zwischenverdienst auf dessen Annahmeverzugslohnanspruch anrechnet – mit unterschiedlicher Begründung und für unterschiedliche Zeiträume. »Berufsregelnde Tendenz« haben alle diese Eingriffe.¹⁵

4. Gebührende Berücksichtigung der Arbeitnehmerrechte

a) Allgemeine Grundsätze

Insbesondere im Arbeitsverhältnis geht die Grundrechtsausübung des einen Teils des Arbeitsverhältnisses fast stets zulasten der Rechte und Grundrechte des anderen, beide kollidieren miteinander. Beide, Arbeitnehmer wie Arbeitgeber, sind grundrechtsberechtigt. Nach der Rspr. des *BVerfG* ist die Kollision durch »praktische Konkordanz«, durch möglichst schonenden Ausgleich der beiden kollidierenden Grundrechte zum Ausgleich zu bringen.¹⁶ Das Arbeitsverhältnis sei »besonders kollisionsträchtig«.¹⁷

b) Anwendung auf die Rspr. des BAG

Es kann schon nicht festgestellt werden, dass die Interessen auf der Ebene einfachen Rechts in der Gesamtabwägung bei der Entscheidung des konkreten Falls beiderseits angemessen berücksichtigt worden sind. Die seit Jüngerem erheblich geänderte Rspr. des *BAG* zu böswillig unterlassenem Zwischenverdienst erweitert ausschließlich die Rechte und Interessen des Arbeitgebers – und schmälert dadurch Ansprüche der Arbeitnehmer auf Zahlung von Annahmeverzugslohn.

Dasselbe muss von der nicht gerechtfertigten Ausweitung der Tatbestandsmerkmale der Böswilligkeit des Arbeitnehmers, der Zumutbarkeit seiner Arbeit sowie von den Ungewissheiten und Vagheiten der laut Rspr. des *BAG* stets notwendigen typologischen Gesamtabwägung gesagt werden. Alles dies erweitert i.E. die Handlungschancen und -möglichkeiten des Arbeitgebers, hypothetisch Verdientes anzurechnen. Dies geht ausschließlich zulasten der Ansprüche des Arbeitnehmers aus § 615 S. 1 BGB.

Wie auf der Ebene einfachen Rechts kann auch auf der

der Grundrechte der beiden Parteien des Arbeitsvertrages, namentlich aus Art. 12 Abs. 1 GG, kein Ausgleich kollidierender Grundrechte durch praktische Konkordanz gesehen werden, vielmehr ebenfalls nur die Berücksichtigung von Rechten und Grundrechten des Arbeitgebers.

III. Sicherungen der Anrechnung, bei böswillig unterlassenem Zwischenerwerb

1. Auskunftsanspruch des Arbeitgebers über Verdientes bzw. Erhaltenes

Der Arbeitnehmer müsse Auskunft über die Einkünfte erteilen, die er vom Beginn des Annahmeverzugs bis zu dem jüngsten von ihm erhobenen Anspruch erworben hat.¹⁸ Dies gilt vom Beginn des Annahmeverzugs, während seiner Dauer und nach seinem Ende für den Tatbestand des § 11 Nr. 1 KSchG.

In der Rspr. des *BAG* lehnte sich der Auskunftsanspruch des Arbeitgebers im Annahmeverzug gegen den Arbeitnehmer zunächst an den des Prinzipals nach § 74c Abs. 2 HGB an. Danach hat der Arbeitnehmer aber nur Auskunft »über die Höhe seines Erwerbs« zu erteilen, also nur über Verdientes.

Nach § 11 Nr. 1 KSchG soll der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer aber einen Auskunftsanspruch über das Verdiente – nicht nur über seine Höhe haben.

Nach § 11 Nr. 1 KSchG soll der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer aber einen Auskunftsanspruch über das Verdiente – nicht nur über seine Höhe haben.¹⁹ Eines Auskunftsanspruchs über das vom Arbeitnehmer bezogene Arbeitslosengeld bedarf es aufgrund der Regelung in § 11 Nr. 3 S. 2 KSchG nicht.

2. Auskunftsanspruch über böswillig nicht Verdientes

a) Inhalt des § 11 Nr. 2 KSchG bezüglich der Böswilligkeit des Arbeitnehmers

Anrechenbar sind nach § 11 Nr. 2 KSchG auch »hypothetische Einkünfte«,²⁰ also das, was der Gekündigte »mutmaßlich verdient haben würde«,²¹ was er hätte verdienen können.

Die Geltendmachung böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes erstreckt sich – jedenfalls theoretisch – auf sämtliche vom Arbeitnehmer nicht genutzten Wege und Maßnahmen »gutwilligen« Erwerbs, die der Arbeitgeber dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzugslohn entgegenhalten könnte.

Alternativen zum Unterlassen, also Handlungen des Arbeitnehmers, sind grds. unbegrenzt. Sie mögen näher oder ferner liegen. Dementsprechend hypothetisch, damit vage und

¹⁴ *BVerfG* 20.1.1988, 2 BvL 23/82, *BVerfGE* 77, S. 370 (378), *AuR* 1988, 219; vgl. dazu im einzelnen Wolter, *Arbeitsrecht bei Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen*, HSI-Schriftenreihe, Bd. 40, 2021, S. 266 ff.

¹⁵ *Jarass/Pieroth*, a.a.O. Rn. 14.

¹⁶ Vgl. *BVerfG* 6.6.2018, 1 BvL 7/14, *BVerfGE* 149, S. 126, *AuR* 2018, 389–391, Rn. 42; *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Art. 12 m.w.N.; ausführlich auch Wolter, a.a.O.

¹⁷ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/ 2, 1994, § 82 III 1 b sowie *ErkF/Schmidt*, 21. Aufl. 2021, GG, Einleitung, Rn. 67 ff. m.w.N.

¹⁸ *Schaub-Linck*, a.a.O., Rn. 79; 81; *BAG* 24.8.1999, 9 AZR 804/98, *AuR* 2000, 236, 237, insb. LS 2.

¹⁹ Vgl. z.B. *BAG* 24.8.1999, a.a.O.; 29.7.1993, 2 AZR 110/93, *AuR* 1993, 373.

unbegrenzt ist der gesetzliche Tatbestand der Anrechnung böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes. Dasselbe gilt für einen auf böswilliges Unterlassen gerichteten Auskunftsanspruch.

Die drohende Uferlosigkeit des Tatbestandes spricht für seine restriktive Auslegung und Anwendung – wenigstens so, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Hypothese hoch sein muss und dass die Böswilligkeit des Arbeitnehmers und die Zumutbarkeit der unterlassenen Arbeit präzise definiert und angewendet werden. Ein Auskunftsverlangen unter nicht substantiierter Berufung auf zahlreiche, womöglich böswillig unterlassene Zwischenverdienste wäre nicht akzeptabel.

b) Tendenzen der Rspr. des BAG zum Auskunftsanspruch bezüglich der Böswilligkeit des Arbeitnehmers

Unstrittig hat der Arbeitgeber Auskunftsansprüche zum anderweitig Verdienten (§ 11 Nr. 1 KSchG) und Erhaltenen (§ 11 Nr. 3 KSchG). Diese Ansprüche waren bisher Gegenstand der Judikatur des BAG. Jüngst scheint es den Auskunftsanspruch auf den Tatbestand des § 11 Nr. 2 KSchG zu erstrecken, heißt es in seinem Urteil v. 27.5.2020 doch:

»Ohne Auskunftsanspruch läuft die (...) Anrechnungsmöglichkeit in Bezug auf (...) Arbeitsmöglichkeiten bei Dritten faktisch leer.«²²

»Arbeitsmöglichkeiten bei Dritten« betreffen den bei Dritten unterlassenen Zwischenverdienst, also die Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG. Dieser Auskunftsanspruch reicht wesentlich weiter, ist sogar von anderer Qualität als die beiden Ansprüche in Bezug auf Vorhandenes, Verdientes, Erhaltenes. Wie weit dieser Auskunftsanspruch reichen kann, zeigt bereits die Passage in demselben Urteil, wonach eine Wahrscheinlichkeit genüge, dass die Einwendung begründet sei.²³ Das Ausmaß der Wahrscheinlichkeit bleibt undefiniert.

Zunächst soll sich der Auskunftsanspruch nach diesem Urteil des BAG auf die Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und des Job Centers beziehen. Für einen solchen (an sich wenig problematischen) Auskunftsanspruch ist aber kein Anrechnungstatbestand der §§ 11 KSchG, 615 S. 2 BGB, 74c Abs. 2 HGB einschlägig. Holt der Arbeitnehmer keine Vermittlungsvorschläge der Arbeitsagentur ein oder nimmt er sie nicht oder nicht hinreichend zur Kenntnis, ist dies kein böswillig unterlassener Zwischenverdienst. Würde er Vermittlungsvorschläge berücksichtigen, hätte er damit noch nichts verdient.

Kann der Arbeitgeber aber darlegen, dass ein Vermittlungsvorschlag zu Arbeitsverdienst des Arbeitnehmers geführt hat, liegt der Anrechnungstatbestand des § 11 Nr. 1 KSchG vor; Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG kommt dagegen in Betracht, wenn er – mit einem zu definierenden Maß an Wahrscheinlichkeit – dazu geführt hätte.

Das BAG stützt den Auskunftsanspruch daher – und ohne weiteres – auf § 242 BGB.²⁴

c) Präzisierungen zum Auskunftsanspruch bezüglich der Böswilligkeit des Arbeitnehmers

Weiß der Arbeitgeber alles, benötigt er keine Auskunft. Er kann sogleich anrechnen, wenn der Arbeitnehmer aus seiner Sicht böswillig war bzw. ist. Das gilt insbesondere für dem

Arbeitnehmer vom Arbeitgeber vergeblich angebotene Arbeiten. Verfügt der Arbeitgeber über einen entsprechenden Informationsstand, mag dies auch für dem Arbeitnehmer bei einem Dritten nachgewiesene Arbeiten oder Erwerbsmöglichkeiten als Selbstständiger gelten.

Ergibt sich mit oder ohne Auskunft, dass zumutbare Arbeit nicht oder nur zum Teil böswillig unterlassen worden ist, hat die Anrechnung ganz oder teilweise zu unterbleiben.

3. Sicherung des Auskunftsanspruchs: Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers

Der Auskunftsanspruch des Arbeitgebers soll nach ebenfalls langjähriger Rspr. des BAG²⁵ mit einem Leistungsverweigerungsrecht bezüglich des Lohns verknüpft sein.

Je weiter ein Auskunftsanspruch reicht, desto mehr kann durch ein damit gekoppeltes Leistungsverweigerungsrecht bezüglich des Lohns Druck auf den Arbeitnehmer ausgeübt werden, v.a. zu dem Zweck, sich zu vergleichen. Besonders weit können Auskunftsanspruch und damit verknüpft Zurückbehaltungsrecht am Lohn beim böswillig unterlassenen Zwischenverdienst gehen, können Sie sich u.U. doch, wie gesehen, auf prinzipiell zahl- und grenzenlose Alternativen zum Unterlassen beziehen. Auch könnte der Lohn bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Auskunftsanspruch zurückbehalten werden.

Der Lohn soll nach der Rspr. des BAG in voller Höhe verweigert werden dürfen, solange der Arbeitnehmer die Auskunft nicht oder nicht hinreichend gibt. Im Schrifttum heißt es dazu: »Prozessual gilt folgendes: Erteilt der Arbeitnehmer die verlangte Auskunft nicht oder nicht vollständig, kann der Arbeitgeber die Fortzahlung des Arbeitsentgelts verweigern.«²⁶

Die Anrechnungsmöglichkeit des Arbeitgebers wird doppelt gesichert – durch einen Auskunftsanspruch und durch ein Zurückbehaltungsrecht am Lohn für diesen Auskunftsanspruch.

Soweit dies dahingehend verstanden werden könnte, dass der Arbeitgeber die Lohnzahlung vollständig auch dann verweigern kann, wenn der Arbeitnehmer die Auskunft lediglich nicht vollständig oder nach Auffassung des Arbeitgebers nicht vollständig erteilt, kann dem nicht gefolgt werden. Immerhin wird dem Arbeitnehmer durch die Leistungsverweigerung seine wirtschaftliche Existenzgrundlage ohne weiteres, komplett entzogen. Mit anderen Worten bedeutet dies Arbeit ohne Lohn. Dazu wird der Arbeitnehmer jedenfalls nicht längere Zeit bereit und instande sein.

Dagegen spricht auch: Wenn nicht jede Lohn»zurückhaltung« des Arbeitgebers zu einem Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers für seine Arbeitskraft²⁷ führt, könnte Ähnliches

20 KR-Spilger, 13. Aufl. 2022, § 11 KSchG, Rn. 47.

21 Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG, 4. Aufl. 1943, § 59, Rn. 2.

22 BAG 27.5.2020, a.a.O., Rn. 43 m.w.N.

23 BAG 27.5.2020, a.a.O., Rn. 40.

24 BAG 27.5.2020, a.a.O., Rn. 28 ff.

25 BAG 19.3.2002, 9 AZR 16/01, Rn. 26 ff.

26 Schaub-Linck, a.a.O., § 95, Rn. 78.

27 Näher Schaub-Linck, a.a.O., § 50, Rn. 8 m.w.N.; a.a.O., § 95, Rn. 80 betont Linck, die Gesamtberechnung aus Annahmeverzugslohn und Anrechnung setze regelmäßig das Ende des Annahmeverzugs voraus.

für die Zurückhaltung der Auskunft durch den Arbeitnehmer gelten. Auch kann die für einen kurzen Zeitraum innerhalb des Annahmeverzugs vom Arbeitnehmer nicht gegebene Auskunft nicht das Leistungsverweigerungsrecht bzgl. des Lohns für den gesamten Annahmeverzug rechtfertigen.

Resümee: Die Anrechnungsmöglichkeit des Arbeitgebers wird doppelt gesichert – durch einen Auskunftsanspruch und durch ein Zurückbehaltungsrecht am Lohn für diesen Auskunftsanspruch.

4. Verfahrensrechtliche Aspekte

Klagt der Arbeitnehmer Annahmeverzugslohn ein, setzt das Gericht die Verhandlung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Auskunftsanspruch nach § 148 ZPO aus.²⁸ Unterdessen behält der Arbeitgeber den rückständigen Lohn seit Beginn des Annahmeverzugs, nach dessen Ende ggf. fortlaufend ein.

Dem Rechtsstreit des Arbeitnehmers auf Zahlung von Annahmeverzugslohn ist die rechtskräftige Entscheidung über die Auskunftspflicht zugrunde zu legen. Erteilt der Arbeitnehmer ohne oder mit Zwangsvollstreckung Auskunft, wird nunmehr über seine Klage befunden.²⁹ Eine begründete Anrechnung soll der Arbeitgeber gegen die Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers einwenden können. Widerklage müsse er nicht erheben. Dies spart Kosten. Nach neuerem Schrifttum soll die Klage, soweit zu Recht angerechnet worden ist, überdies nicht mehr als nur zur Zeit,³⁰ sondern endgültig unbegründet sein.

Erfüllung der Auskunftspflichten aus §§ 11 Nr. 2 KSchG, 242 BGB, die durch ein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitgebers bzgl. des gesamten, zwischenzeitlich entstandenen Lohnanspruchs gesichert sind, gefolgt von Anrechnungen, dürften bewirken, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzugslohn für die Zeit ab Wirksamwerden der Kündigung bis zur Entscheidung des Gerichts oft nur ad calendae graecas erfüllt wird.

5. Die »Transsubstantialisierung« des Zurückbehaltungsrechts zur Anrechnung – ipso iure

Im Verlauf der Zahlungsklage des Arbeitnehmers soll sich das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitgebers bzgl. der Lohnzahlung ohne weiteres, »ipso iure«,³¹ in Anrechnung transformieren. Vermutlich besagt dies, dass der Arbeitgeber nach Einbehaltung des Lohns weder prozessual noch materiellrechtlich etwas tun, beantragen oder erklären muss, damit angerechnet wird – für welchen Zeitraum, warum, in welcher Höhe und auf welcher Rechtsgrundlage auch immer, wird nicht klar.

6. Probleme der Darlegung bei böswillig unterlassener Arbeit

Probleme für die Darlegung ergeben sich schon aus der hohen Unbestimmtheit der auf den böswillig unterlassenden Arbeitnehmer bezogenen Anrechnungsnorm der §§ 11 Nr. 2 KSchG, 615 S. 2 BGB – geht es hierbei doch um Anrechnung eines bloß hypothetisch Erworbenen. Insoweit ist zu differenzieren: Hat der Arbeitnehmer ein Arbeitsangebot des Arbeitgebers oder eines Dritten abgelehnt, hat die Prüfung der Zumutbarkeit dieser Arbeit und der Böswilligkeit des Arbeitnehmers ihren Grund in diesen

dem Arbeitgeber bekannten Arbeitsangeboten oder -nachweisen.

Anders, wenn der Arbeitgeber keine Anhaltspunkte für vom Arbeitnehmer möglicherweise böswillig unterlassene zumutbare Arbeiten hat. Dem kann v.a. so sein für vom Arbeitgeber oder einem Dritten angebotene bzw. nachgewiesene Beschäftigung, sei es zu vertragsgemäßen, sei es zu nicht vertragsgemäßen Bedingungen. Stets muss der Arbeitgeber im Annahmeverzug sein.³² Dafür sind Leistungsfähigkeit und -bereitschaft des Arbeitnehmers (§ 297 BGB) Voraussetzung.

Erweist sich eine vom Arbeitgeber aufgestellte Hypothese zur Böswilligkeit des Arbeitnehmers als nicht zielführend, kann er ggf. weitere Vermutungen äußern, im arbeitsgerichtlichen Verfahren nachschieben.

Allerdings gehören zum Vortrag des primär mit der Darlegung belasteten Arbeitgeber auch Feststellungen zu »Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort sowie Vergütung in Euro«³³ bzgl. der unterlassenen Arbeit oder unterlassener »zumutbarer Eigenanstrengungen«.³⁴

IV. Weitere Aspekte der Rspr. des BAG

1. Keine Präzisierung des Maßes der Wahrscheinlichkeit böswilligen Unterlassens; Darlegungslast

Nicht bekannt ist die Rspr. des BAG zu den Maßstäben der Wahrscheinlichkeit präsumtiven Handelns anstelle des Unterlassens i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG.³⁵ Die bloß mögliche, denkbare, nicht ausgeschlossene Alternative zum Unterlassen kann den Tatbestand nicht erfüllen. Dazu muss ihm jedenfalls ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit innewohnen.

Der Anrechnung können unterschiedliche Auskunftsansprüche des Arbeitgebers vorausgehen. Bleibt nach Auskunft offen, ob das Unterlassen böswillig war, könnte der erneut erhobene Auskunftsanspruch sich auf ein anderes Unterlassen richten; oder aber der Arbeitgeber verlangt pauschal Auskunft über unterlassene Zwischenverdienste.

Dieses könnte aber mit der dem Arbeitgeber obliegenden Darlegungslast kollidieren: Würde schon eine leere Behauptung des Arbeitgebers den Arbeitnehmer zur umfassenden Auskunft verpflichten, bliebe von der dem Arbeitgeber obliegenden primären Darlegungslast nichts. Alles fiele bei der eigentlich bloß sekundären Darlegungslast des Arbeitnehmers an – im Ergebnis nichts anderes als eine Umkehr der Darlegungslast.

2. De facto-Aussetzen von Kündigungs- und Widerspruchsfristen

Ausgeweitet werden die Anrechnungsmöglichkeiten des Arbeitgebers auch dadurch, dass die Fristen, die den Arbeitnehmer vorübergehend schützen und den Arbeitsvertrag sonst erst nach ihrem Ablauf tangieren, durch eine Art sofortigen Vollzugs ausgesetzt werden, indem das Arbeitsentgelt einbehalten, jedoch Fortsetzung der Arbeit erwartet wird. Dies relativiert, negiert Grundlagen der arbeitsvertraglichen Gestaltung. Die dafür von der Rspr. des BAG gegebenen Begründungen können nicht überzeugen.

28 BAG 27.5.2020, a.a.O., Rn. 26f.

29 Vgl. z.B. BAG 19.3.2002, 9 AZR 16/01, Rn. 27; Schaub-Linck, a.a.O., § 95, Rn. 78.

30 BAG 27.5.2020, a.a.O., Rn. 39; Schaub-Linck, a.a.O.

31 BAG 27.5.2020, 5 AZR 387/19, AuR 2020, 434, Rn. 39.

32 Vgl. z.B. BAG 13.7.2005, 5 AZR 578/04, AuR 2006, 34; 17.8.2011, 5 AZR 251/10: Ist der AG nicht in Annahmeverzug, stellen sich keine Fragen der Anrechnung.

33 BAG 27.5.2020, 5 AZR 387/19, AuR 2020, 434.

34 Näher ErFK/Kiel, 22. Aufl. 2022, § 11 KSchG, Rn. 8a.

35 In BAG 27.5.2020, a.a.O., Rn. 32 ff. findet sich dazu nichts; vgl. im Übrigen auch 1. Teil 1.7.f).