

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Annahmeverzug
3. Anderweitiger Erwerb
4. Böswilliges Unterlassen von Erwerb
5. Ersparte Aufwendungen
6. Rechtsprechungs-ABC
 - 6.1 Änderungskündigung
 - 6.2 Anderweitiger Verdienst
 - 6.3 Anrechnungszeitraum
 - 6.4 Anspruchshindernis
 - 6.5 Anspruchsübergang
 - 6.6 Auskunft - 1
 - 6.7 Auskunft - 2
 - 6.8 Auskunft - 3
 - 6.9 Böswilliges Unterlassen - 1
 - 6.10 Böswilliges Unterlassen - 2
 - 6.11 Böswilliges Unterlassen - 3
 - 6.12 Böswilliges Unterlassen - 4
 - 6.13 Böswilliges Unterlassen - 5
 - 6.14 Böswilliges Unterlassen - 6
 - 6.15 Böswilliges Unterlassen - 7
 - 6.16 Böswilligkeit
 - 6.17 Freistellungsvereinbarung
 - 6.18 Fortbildungs-/Schulungskosten
 - 6.19 Gesamtberechnung
 - 6.20 Handlungsgehilfe
 - 6.21 Interessenabwägung
 - 6.22 Proportionale Zuordnung
 - 6.23 Unzumutbare Arbeit
 - 6.24 Weiterbeschäftigung
 - 6.25 Zumutbare Arbeit - 1
 - 6.26 Zumutbare Arbeit - 2

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber ist während des Verzugs nicht in jedem Fall verpflichtet, den vollen **Verzugslohn** zu zahlen. Die gesetzliche Regelung in § 615 Satz 1 BGB wird durch § 615 Satz 2 BGB wieder relativiert. Das **Entgelt**, was als **anderweitiger Erwerb** erzielt wird, muss angerechnet werden. Für **ersparte Aufwendungen** gilt das Gleiche. Für den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes sieht § 11 KSchG Sonderregeln vor.

Praxistipp:

Der Arbeitgeber weiß meistens nicht, was bzw. wie viel sein Mitarbeiter woanders verdient oder an Sozialleistungen bekommen hat. Er hat allerdings einen Auskunftsanspruch gegen seinen Arbeitnehmer. Und solange der ihm den Zwischenverdienst nicht mitgeteilt hat, sollte der Arbeitgeber die Zahlung des Verzugslohns zurückhalten.

Der Arbeitnehmer muss sich nicht nur das anrechnen lassen, was er tatsächlich während der Zeit des Annahmeverzugs verdient hat. Er muss sich auch das anrechnen lassen, was er zu erwerben böswillig unterlässt" (§ 615 Satz 2 BGB) oder "was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen" (§ 11 Nr. 2 KSchG). Erwerb nur zu unterlassen, reicht für die Anrechnung auf Verzugslohn nicht. Dem Arbeitnehmer muss schon ein vorsätzliches Verhalten mit Schädigungsabsicht vorgeworfen werden können.

2. Annahmeverzug

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt voraus, dass er

- die ihm angebotene vertragsgemäße Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht annimmt oder abrufft
- eine erforderliche Mitwirkungshandlung unterlässt, damit der Arbeitnehmer seine Arbeit leisten kann
- eine erforderliche Gegenleistung nicht erbringt, die von ihm Zug-um-Zug zu erfüllen wäre

Selbstverständlich muss

- überhaupt ein **erfüllbares Arbeitsverhältnis** vorliegen
- je nach den Umständen des Einzelfalls ein tatsächliches oder wörtliches **Arbeitsangebot** erfolgt sein oder eine Ausnahme greifen, die dieses Arbeitsangebot überflüssig macht
- die **Arbeitsleistung überhaupt möglich** sein
- und ein **Zurückbehaltungsrecht** des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung ausgeschlossen sein.

Der Arbeitgeber muss in den Fällen des Annahmeverzugs das Arbeitsentgelt weiter zahlen. Der Annahmeverzug wird erst dann beseitigt, wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter wieder zur Arbeit auffordert oder sonstige Leistungshindernisse beseitigt. Der Annahmeverzug braucht nicht verschuldet zu sein.

3. Anderweitiger Erwerb

Damit der Arbeitgeber durch den Annahmeverzug nicht unnötig und über Gebühr zur Kasse gebeten wird, sagt das Gesetz, dass sich der Arbeitnehmer "den Wert desjenigen anrechnen lassen" muss, "was er ... durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt".

Beispiel:

Rezeptionistin AN in einem großen 3-Sterne-Hotel der Niveautel-Gruppe beschäftigt. Sie bekommt zum 30. September die Kündigung. AN war gerne bei ihrem Arbeitgeber beschäftigt und erhebt deswegen eine Kündigungsschutzklage. Sie möchte weiter arbeiten. Bis zum Gütertermin dauert es vier Monate. Ab dem 1. Oktober nimmt AN eine weniger gut dotierte Stelle bei einer Personal-Service-Agentur an. Bei ihrem früheren Arbeitgeber hatte sie als Rezeptionistin 2.200 EUR brutto im Monat verdient, beim Verleiher nur 1.650,00 EUR. Diese 1.650 EUR muss sich AN auf den Verzugslohn anrechnen lassen, den ihr die Niveautel-Gruppe schuldet.

Angerechnet werden die Einkünfte, die der Mitarbeiter dadurch erzielt, dass seine Arbeitskraft frei wird und er andere Verdienstmöglichkeiten nutzen kann. Kausal sind die anderweitigen Einkünfte nur dann auf die Freisetzung zurückzuführen, wenn die anderweitige Tätigkeit gewissermaßen als Ersatz für die bisherige Beschäftigung aufgenommen worden ist. Außer Betracht bleiben beispielsweise

- **Arbeitslosengeld** und andere öffentlich-rechtliche Leistungen (soweit kein Fall des § 11 KSchG vorliegt, streitig, s. dazu unbedingt den Praxistipp unten)

- **Nebeneinkünfte**, die der Arbeitnehmer aus einer Beschäftigung erzielt, die er bislang schon neben der bisherigen ausgeübt hatte
- **Überstundenvergütung**, die anfällt, weil der Arbeitnehmer in der neuen Beschäftigung mehr arbeitet
- **Unternehmergewinne** aus einer selbstständigen Tätigkeit, die nicht auf einer Verwendung von Arbeitskraft beruhen (z.B. Kapitalerträge).

Das richtige Ergebnis bekommt man über eine **Vergleichsrechnung**. Bei dieser Vergleichsrechnung sind zugunsten des Arbeitnehmers die Aufwendungen abzuziehen, die er zur Sicherung des Zwischenverdienstes machen muss (z.B. Kosten für Bewerbung, Fahrten und Stellengesuche). Die Anrechnung des erzielten Zwischenverdienstes erfolgt nicht nach Zeitabschnitten, sondern in Form einer Gesamtberechnung für die komplette Dauer des Annahmeverzugs (BAG, 24.08.1999 - 9 AZR 804/98).

Praxistipp:

Vielfach wird die Auffassung vertreten, dass öffentlich-rechtliche Leistungen auch im Rahmen des § 615 BGB anzurechnen seien. Das ist dogmatisch nicht richtig. § 115 Abs. 1 SGB X sagt: *"Soweit der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt nicht erfüllt und deshalb ein Leistungsträger Sozialleistungen erbracht hat, geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den Leistungsträger bis zur Höhe der erbrachten Sozialleistungen über."*

Hier liegt ein gesetzlicher Forderungsübergang vor, kein Fall der Anrechnung nach § 615 Satz 2 BGB . Das kann dazu führen, dass ein Arbeitgeber bei vorschneller Zahlung an seinen Mitarbeiter 2-mal zur Kasse gebeten wird. Sich das Geld vom Arbeitnehmer zurückholen ist oft erfolglos. Daher sollte in jedem Fall vor der Zahlung von Verzugslohn abgeklärt werden, ob ein Leistungsträger - z.B. die Arbeitsagentur, die Bundesversicherungsanstalt, eine Krankenkasse oder das Sozialamt - Leistungen an den Mitarbeiter erbracht hat und ein Fall des § 115 SGB X vorliegt.

Das Gesetz will mit der Anrechnungsvorschrift verhindern, dass der Mitarbeiter während des Annahmeverzugs ungerechtfertigte Vorteile erlangt (oder sich auf Kosten des Arbeitgebers bereichert). Der Arbeitgeber kann seinen Verzugslohn oder Teile davon zurückfordern, wenn er erst im Nachhinein vom Zwischenverdienst seines Mitarbeiters erfährt.

4. Böswilliges Unterlassen von Erwerb

Eine weitere Anrechnung sieht § 615 Satz 2 BGB für den "Wert desjenigen" vor, "was ... er zu erwerben böswillig unterlässt."

Der Arbeitnehmer soll sich während des Annahmeverzuges seines Arbeitgebers nicht bereichern. Auf der anderen Seite ist er verpflichtet, den auf seiner Seite eintretenden Verzugschaden zu mindern. Diese **Schadensminderungspflicht** führt dazu, dass der Mitarbeiter während des Verzugs jede zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit annehmen muss.

Beispiel:

Kellner K ist in einer Disko beschäftigt. Sein 50er-Jahre-Retro-Look passt nicht zur modernen Kulisse und den Gästen. K's Chef hat schon häufiger Gespräche mit ihm über seine Haare und sein Outfit geführt. K hält unbeirrt an seiner Haartolle, den Röhrenjeans und seinen blauen Wildlederschuhen fest. Sein Chef spricht die Kündigung aus, weil er K seinen Gästen nicht zumuten könne. Gleichzeitig vermittelt er ihm eine Stelle in einer Rock'n'Roll-Kneipe: besser bezahlt, näher an zu Hause, günstigere Arbeitszeiten. K denkt sich: `Ohne mich, ich erhebe eine Kündigungsschutzklage und tu erst mal gar nichts. Der wird schon sehen, was er davon hat. Der zahlt...'

Hier liegt ein klassischer Fall des böswilligen Unterlassens von Erwerb i.S.d. § 615 BGB vor. § 11 KSchG kommt zusätzlich zum Tragen, wenn das Arbeitsverhältnis nach der zu erwartenden Entscheidung des Gerichts im Kündigungsrechtsstreit fortbesteht und K's Chef für die Zeit nach der Entlassung die

Vergütung fortzahlen muss.

Ein **böswilliges Unterlassen** kann nur bejaht werden, wenn der Arbeitnehmer

- in **Kenntnis aller Umstände**
- bei möglicher und **zumutbarer Arbeit**
- und erkennbaren **Nachteilen für den Arbeitgeber**
- die Arbeit ohne Grund **vorsätzlich ablehnt** oder **vorsätzlich verhindert**, dass ihm diese Arbeit angeboten wird.

Das Gesetz verlangt **keine Schädigungsabsicht**. Der Arbeitnehmer ist auch nicht verpflichtet, von sich aus aktiv nach einer Beschäftigungsmöglichkeit zu suchen. Ob die anderweitige Verwendung seiner Dienste zumutbar ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Der Arbeitgeber hat die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass sein Arbeitnehmer anderweitigen Erwerb böswillig unterlässt oder unterlassen hat. Er hat in allen Fällen des § 615 BGB gegen den Arbeitnehmer einen Auskunftsanspruch (analog § 74c Abs. 2 HGB - Auskunftsspflicht des Handlungsgehilfen).

5. Ersparte Aufwendungen

Schließlich ist auf Seiten des Arbeitnehmers nach § 615 Satz 2 BGB auch das anrechenbar, *"was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart"*.

Beispiel:

Bürokaufmann AN fährt jeden Tag mit dem Bus zur Arbeit und von dort wieder zurück nach Hause. Sein Monatsticket kostet 36,95 EUR. AN wird mit einer falschen Kündigungsfrist gekündigt. Das Arbeitsverhältnis endet nicht, wie der Arbeitgeber irrig meinte, am 30. Juni, sondern erst am 31. Juli. Da der Arbeitgeber von AN Arbeitsleistung für den Monat Juli nicht angenommen hatte, befand er sich in Verzug. Da AN im Juli aber nicht mehr zur Arbeit musste, hat er sich die Kosten für das Ticket gespart. Er muss sich die 36,95 EUR auf den Verzugslohn anrechnen lassen.

Ersparte Aufwendungen sind nur dann anzurechnen, wenn sie kausal auf die Freisetzung zurückzuführen sind.

§ 11 KSchG, der nach einem gewonnenen Kündigungsschutzprozess die Anrechnung bestimmter Positionen auf das Arbeitsentgelt regelt, das der Arbeitgeber dem Mitarbeiter für die Zeit nach der Entlassung schuldet, sieht keine vergleichbare Regelung zu ersparten Aufwendungen vor.

Insoweit werden

- **Arbeitgeber**, die einen Betrieb führen, der in den Anwendungsbereich des KSchG fällt (§ 23 Abs. 1 KSchG), und
- **Arbeitgeber**, die einen Betrieb führen, der nicht in den Anwendungsbereich des KSchG fällt,

ungleich behandelt:

Während sich Arbeitnehmer in KSchG-Fällen nach einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage ersparte Aufwendungen nicht anrechnen lassen müssen, ist das **außerhalb von KSchG-Fällen** schon der Fall, weil hier § 615 Satz 2 BGB greift - und nicht § 11 KSchG .

Zu einer möglichen Verfassungswidrigkeit dieser "Ungleichbehandlung" sagt das BVerfG:

"In § 11 KSchG wird von einer Anrechnung ersparter Aufwendungen im Sinne des § 615 Satz 2 BGB im Anschluss an ein Kündigungsschutzverfahren abgesehen, um die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht durch Auseinandersetzungen über die Höhe des Annahmeverzugsentgelts zu belasten (...). Dieser Regelungszweck des § 11 KSchG kann

auch in einem Kleinbetrieb Bedeutung erlangen, wenn der Arbeitnehmer des Kleinbetriebs die Kündigung des Arbeitgebers mit Erfolg angegriffen hat und das Arbeitsverhältnis möglichst konfliktfrei fortgesetzt werden soll. Dennoch kann es unter Berücksichtigung des Regelungsspielraums des Gesetzgebers verfassungsrechtlich unbedenklich sein, das durch § 11 KSchG verfolgte Anliegen dann hinter das Interesse des Arbeitgebers an einer Anrechnung der ersparten Aufwendungen des Arbeitnehmer zurücktreten zu lassen, wenn es sich um einen Arbeitgeber eines Kleinbetriebs handelt, der typischerweise finanziell weniger leistungsstark und deshalb an einer Reduzierung der Lohnkosten besonders interessiert ist" (BVerfG, 24.06.2010 - 1 BvL 5/10).

6. Rechtsprechungs-ABC

Hier sind einige der interessantesten Entscheidungen der letzten Jahre zum Thema Annahmeverzug - Anrechnung in alphabetischer Reihenfolge nach Stichwörtern geordnet aufgelistet:

6.1 Änderungskündigung

Ein böswilliges Unterlassen von Erwerb nach Ausspruch einer Änderungskündigung kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen verweigert. Die Unzumutbarkeit der Weiterarbeit wird nicht allein dadurch begründet, dass der Arbeitgeber die gleiche Arbeit zu einem geringeren Entgelt anbietet. Nimmt der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs vorbereitende Arbeiten für eine selbstständige Berufsausübung auf, kann das einem böswilligen Unterlassen wiederum entgegenstehen (BAG, 16.06.2004 - 5 AZR 508/03).

6.2 Anderweitiger Verdienst

§ 615 Satz 2 BGB sagt, dass der Verdienst anzurechnen ist, den der Arbeitnehmer *"infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt"*. Dabei erfolgt die Ermittlung des anderweitigen Verdiensts nicht nach Zeitabschnitten. Die Höhe des anderweitigen Verdiensts wird im Wege einer **Gesamtberechnung** (Anrechnungsbetrag = wegen Arbeitgeberverzug entgangene Vergütung - während des gesamten Verzugszeitraums erzielten anderweitigen Erwerbs) ermittelt (BAG, 22.11.2005 - 1 AZR 407/04).

6.3 Anrechnungszeitraum

Die Anrechnung nach § 615 Satz 2 BGB setzt das Ende des Annahmeverzugs voraus. Der anderweitige Verdienst wird aber nicht bloß auf den Zeitraum angerechnet, in dem er erzielt wurde. Nach ständiger Rechtsprechung erfolgt die Anrechnung auf die gesamte Dauer des Annahmeverzugs (stellvertretend: BAG, 29.07.1993 - 2 AZR 110/93).

6.4 Anspruchshindernis

Das Gesetz sagt mit § 615 Satz 2 BGB , dass sich der Arbeitnehmer den Wert desjenigen anrechnen lassen muss, was er wegen der nicht geleisteten Arbeit spart, durch anderweitigen Arbeitseinsatz erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. § 615 Satz 2 BGB ist nicht so angelegt, dass er beim Arbeitgeber nur zur einer Aufrechnungslage führt. Die Anrechnung hindert bereits die **Entstehung des Anspruchs** (s. dazu BAG, 02.10.2018 - 5 AZR 376/17 – und BAG, 27.05.2020 – 5 AZR 387/19). Eine Anrechnung kommt auch dann in Betracht, wenn sich bei dem Arbeitgeber, der sich in Verzug befindet, eine **Beschäftigungsmöglichkeit** auftut. "In diesem Fall wird die anderweitige Beschäftigung stets eine **nicht vertragsgemäße Arbeit** sein, denn das Angebot vertragsgerechter Arbeit zwecks Erfüllung des bestehenden Arbeitsverhältnisses würde den Annahmeverzug beenden" (BAG, 23.02.2021 – 5 AZR 213/20 – mit Hinweis auf BAG, 17.11.2011 – 5 AZR 564/10).

6.5 Anspruchsübergang

Das SGB X sieht in § 115 Abs. 1 SGB X vor: "Soweit der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt nicht erfüllt und deshalb ein Leistungsträger **Sozialleistungen** erbracht hat, geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den Leistungsträger bis zur Höhe der erbrachten

Sozialleistungen über." § 115 Abs. 1 SGB X schafft in Fällen, in denen der SGB-Leistungsträger in **Vorleistung** gegangen ist, weil der Arbeitgeber zu Unrecht kein Entgelt gezahlt hat, einen **Vermögensausgleich** zwischen Arbeitgeber und Leistungsträger.

Das BAG meint dazu weiter: "**Zweck** der Vorschrift ist es, dem Sozialleistungsträger die Leistungen zurückzuerstatten, die nicht angefallen wären, wenn der Arbeitgeber seiner Leistungspflicht rechtzeitig nachgekommen wäre. § 115 Abs. 1 SGB X soll **Doppelleistungen** an den Arbeitnehmer und Entlastungen des Arbeitgebers durch Sozialleistungen **verhindern**. Der Anspruchsübergang nach § 115 Abs. 1 SGB X erfordert eine sachliche und zeitliche Kongruenz von Entgeltanspruch und Sozialleistung" (BAG, 19.06.2018 - 9 AZR 615/17 - mit Hinweis auf BAG, 29.04.2015 - 5 AZR 756/13).

6.6 Auskunft - 1

Dauert der Annahmeverzug im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über eine Zahlungsklage noch an, kann der Arbeitgeber bloß für die Zeitabschnitte eine Auskunft über die Höhe des anderweitigen Verdienstes verlangen, für die der Arbeitnehmer aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges Vergütungsansprüche geltend macht (BAG, 24.08.1999 - 9 AZR 804/98).

6.7 Auskunft - 2

Ein Arbeitnehmer muss sich im Rahmen einer **Verzugslohnklage** anderweitigen Erwerb anrechnen lassen. Er ist verpflichtet, nach Aufforderung des Arbeitgebers über die **während des Annahmeverzugs erzielten Einkünfte** Auskunft zu erteilen. Dabei entkräften Steuerbescheide mit negativen Einkünften die Vermutung, der Arbeitnehmer habe aus einem Gewerbebetrieb anderweitiges Einkommen erzielt. Das gilt umso mehr, wenn sich aus den Steuerbescheiden Investitionen und Ausgaben erkennen lassen, die die **Annahme eines negativen Geschäftsergebnisses** rechtfertigen (LAG Hessen, 18.05.2009 - 7 Sa 1766/08 - mit dem Hinweis, dass die Widerklage des Arbeitgebers nach Vorlage aussagefähiger Belege unbegründet sei).

6.8 Auskunft - 3

Kündigt der Arbeitgeber einem Mitarbeiter zu Unrecht, gerät er für die Zeit zwischen letzter Entgeltzahlung und rechtlicher Beendigung des Arbeitsverhältnis bzw. dessen Fortsetzung in Annahmeverzug . Zum Glück gibt es in diesen Fällen die §§ 615 Satz 2 BGB und 11 Nr. 2 KSchG mit ihren **Anrechnungsregeln**. Aber wie kommt der Arbeitgeber an die Informationen, die er für die Anrechnung anderweitigen Erwerbs benötigt? Nun: "Der Arbeitgeber hat gegen den Arbeitnehmer, der Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert, einen Auskunftsanspruch über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten **Vermittlungsvorschläge**. Grundlage des Auskunftsbegehrens ist eine **Nebenpflicht** aus dem Arbeitsverhältnis nach § 242 BGB " (BAG, 27.05.2020 - 5 AZR 387/19 - Leitsatz).

6.9 Böswilliges Unterlassen - 1

Böswilliges Unterlassen von Erwerb bedeutet, dass der Arbeitnehmer zumutbare Arbeit grundlos ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm überhaupt zumutbare Arbeit angeboten wird. § 615 Satz 2 BGB begründet dagegen keine Obliegenheit zur Arbeitslosmeldung (BAG, 16.05.2000 - 9 AZR 203/99).

6.10 Böswilliges Unterlassen - 2

§ 615 Satz 2 BGB sieht vor, dass sich der Mitarbeiter auf den Verzugslohn "*den Wert desjenigen anrechnen lassen*" muss, "*was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.*" Böswilliges Unterlassen im Sinn des § 615 Satz 2 BGB kann auch darin liegen, dass der Arbeitnehmer eine **vertraglich nicht geschuldete Arbeitsleistung** ablehnt, die der Arbeitgeber von ihm in einem **unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis** verlangt (BAG, 07.02.2007 - 5 AZR 422/06).

6.11 Böswilliges Unterlassen - 3

Der Arbeitnehmer muss sich nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG auf das Arbeitsentgelt, das der Arbeitgeber ihm nach einer unwirksamen Kündigung schuldet, anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es

nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm **zumutbare Arbeit** anzunehmen. Dieses böswillige Unterlassen kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer ein im Zusammenhang mit der Kündigung erklärtes **Änderungsangebot** nicht nach § 2 KSchG unter Vorbehalt annimmt. Spricht der Arbeitgeber anschließend eine **Beendigungskündigung** aus, ohne dabei die auf der Änderungskündigung beruhende Arbeitsmöglichkeit weiter anzubieten, endet das böswillige Unterlassen mit Ablauf der Kündigungsfrist (BAG, 26.09.2007 - 5 AZR 870/06).

6.12 Böswilliges Unterlassen - 4

Die Anrechnungsvorschrift in § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG ist inhaltsgleich mit der in § 615 Satz 1 BGB : Der Arbeitnehmer muss sich auf sein Arbeitsentgelt, das der Arbeitgeber ihm nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen, "was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen". Auch wenn ein gekündigter Arbeitnehmer möglicherweise gegen seinen Arbeitgeber einen Beschäftigungsanspruch hat: *"Die Zumutbarkeit anderweitiger Arbeit i.S.v. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG und der arbeitsvertragliche Beschäftigungsanspruch sind rechtlich unabhängig"* (BAG, 17.11.2011 - 5 AZR 564/10 Leitsatz).

6.13 Böswilliges Unterlassen - 5

Wenn das Arbeitsverhältnis nach gerichtlicher Entscheidung fortbesteht, "muss sich der Arbeitnehmer nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm **zumutbare Arbeit** anzunehmen" (wegen des Verhältnisses § 615 BGB u. § 11 KSchG s. BAG, 16.06.2004 - 5 AZR 508/03 u, BAG, 24.02.2016 - 5 AZR 425/15). Böswillig wird anderweitiger Verdienst unterlassen, wenn der Arbeitnehmer "**vorsätzlich ohne ausreichenden Grund** Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird." Das Arbeitnehmergehalten muss **vorwerfbar** sein - wobei er nicht in der Absicht handeln muss, den Arbeitgeber zu schädigen (s. dazu BAG, 11.01.2006 - 5 AZR 98/05). So genügt bereits "das vorsätzliche außer Acht lassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbsarbeit" (BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 337/16 - mit dem Hinweis, dass fahrlässiges, selbst grob fahrlässiges Verhalten nicht ausreicht).

6.14 Böswilliges Unterlassen - 6

Ein Arbeitnehmer handelt "böswillig" i. S. des § 615 Satz 2 BGB , wenn ihm der **Vorwurf** gemacht werden kann, während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig geblieben zu sein, eine ihm nach § 242 BGB – Treu und Glauben – zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufgenommen oder bewusst die Aufnahme der Arbeit verhindert zu haben (s. dazu BAG, 17.11.2011 – 5 AZR 564/10 – und BAG, 22.03.2017 – 5 AZR 337/16). Ob das so ist bzw. war, kann nur nach einer Bewertung der gesamten **Umstände des Einzelfalls** festgestellt werden. Die anderweitige Arbeit kann beispielsweise unzumutbar sein, wenn der **Grund für die Unzumutbarkeit** in der Person des Arbeitgebers, in der Art der Arbeit oder in den sonstigen Arbeitsbedingungen liegt (BAG, 23.02.2021 – 5 AZR 213/20 – mit dem Hinweis, dass auch die fehlende Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG die Unzumutbarkeit begründen kann; bestätigt durch BAG, 08.09.2021 – 5 AZR 205/21).

6.15 Böswilliges Unterlassen - 7

"Böswillig" i. S. des § 615 Satz 2 BGB unterlässt ein Arbeitnehmer anderweitigen Verdienst, "wenn ihm ein **Vorwurf** daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert" (s. dazu auch BAG, 23.02.2021 – 5 AZR 213/20). Dabei - es kommt bei der Bewertung auf die gesamten Einzelfallumstände an - kann sich die Unzumutbarkeit der anderweitigen Arbeit aus verschiedenen Gesichtspunkten ergeben: u. a. aus der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder sonstigen Arbeitsbedingungen. Bei der vorzunehmenden **Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen** "schließt die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber, der sich mit der Annahme der geschuldeten Dienste des Arbeitnehmers in Verzug befindet, eine Anrechnung nicht grundsätzlich aus" (s. dazu BAG 17.11.2011 – 5 AZR 564/10). "Dasselbe gilt beim **Betriebsübergang** für eine Erwerbsmöglichkeit beim neuen Betriebsinhaber , selbst wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses wirksam widersprochen hat" (BAG, 19.05.2021 - 5

6.16 Böswilligkeit

"Böswilligkeit" i. S. des § 615 Satz 2 BGB und "Zumutbarkeit" bei Abwägung der Gesamtinteressen sind **unbestimmte Rechtsbegriffe**. Die Tatsachengerichte - ArbG und LAG - haben bei der Feststellung von Böswilligkeit und Zumutbarkeit einen **Beurteilungsspielraum**. Dieser Beurteilungsspielraum kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüft werden: Hat das Berufungsgericht den Rechtsbegriff richtig erkannt? Hat es bei der Unterordnung des von ihm festgestellten Sachverhalts die üblichen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze beachtet? Hat es bei der gebotenen Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt? Ist das Ergebnis stimmig und widerspruchsfrei? Werden diese Fragen bejaht, kann davon ausgegangen werden, dass das Berufungsgericht von den zutreffenden Maßstäben ausgegangen ist und diese Maßstäbe **ohne Rechtsfehler** auf den Streitfall angewendet hat (BAG, 19.05.2021 - 5 AZR 420/20 - mit Hinweis auf BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 337/16 - und BAG, 07.11.2002 - 2 AZR 650/00).

6.17 Freistellungsvereinbarung

Stellt der Arbeitgeber einen Mitarbeiter einseitig von der Arbeitsleistung frei, kommt er dadurch in Annahmeverzug - mit der Folge, dass **anderweitiger Verdienst** gem, § 615 Satz 2 BGB auf den Verzugslohn anzurechnen ist. Vereinbaren Arbeitgeber und -nehmer dagegen in einem Aufhebungsvertrag eine unwiderrufliche Freistellung von der Arbeit gegen Fortzahlung der Vergütung und Anrechnung offener Urlaubsansprüche, führt das zur **Befreiung** des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht und zur Befreiung des Arbeitgebers **von der Beschäftigungspflicht**. Hier kann nach den §§ 293 ff. BGB wegen der vertraglichen Abmachung kein Annahmeverzug entstehen. Folgerichtig scheidet auch die Anrechnung anderweitig erzielten Verdienstes nach § 615 Satz 2 BGB aus. Soll bei vertraglicher unwiderruflicher Freistellung mit Fortzahlung des Arbeitsentgelts anderweitig erzielter Verdienst angerechnet werden, müssen die Vertragspartner das ausdrücklich vereinbaren (BAG, 23.02.2021 - 5 AZR 314/20) .

6.18 Fortbildungs-/Schulungskosten

"Bei der Anrechnung anderweitigen Verdienstes auf die Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 11 Nr. 1 KSchG können grundsätzlich die zur Erzielung des anderweitigen Verdienstes erforderlichen **Aufwendungen** von diesem **in Abzug gebracht** werden. Zu berücksichtigen sind Aufwendungen , die im Rahmen der vorhandenen Qualifikation des Arbeitnehmers zur Fortführung einer fachkundigen Erwerbstätigkeit erforderlich sind. Dagegen nicht berücksichtigungsfähig sind Aufwendungen, die die **Qualifikation erhöhen**, ohne dass hierfür ein Bedarf hinsichtlich der Ausübung der geschuldeten Tätigkeit bestünde" (BAG, 02.10.2018 - 5 AZR 376/17 - Leitsatz).

6.19 Gesamtberechnung

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmer A war bei Arbeitgeber G mit einer **Arbeitszeit von 12 Stunden/Woche** beschäftigt. G teilte A mit, dass er seinen Betrieb zum 31.12.2011 schließe und das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt ende. Hilfsweise kündigte G auch noch zum 31.11.2011 außerordentlich. A reichte eine Kündigungsschutzklage ein. Im **Kündigungsschutzverfahren** einigte er sich mit G via Vergleich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2013. Schon ab dem 01.01.2012 hatte A eine andere Arbeit mit einer **Arbeitszeit von 17 Stunden/Woche**. G meinte, A müsse sich den dort erzielten Zwischenverdienst auf den von ihm geschuldeten Verzugslohn anrechnen lassen.

Das BAG hat zu diesem Fall klargestellt, dass sich ein Arbeitnehmer **nicht den kompletten Zwischenverdienst** auf den Verzugslohn anrechnen lassen muss. § 11 KSchG scheidet hier als Anrechnungsvorschrift aus, weil sich die Parteien verglichen haben und es keine gerichtliche Entscheidung über das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses gibt. Also kommt nur § 615 Satz 2 BGB als Anrechnungsvorschrift in Frage. Und der führt zu dem Ergebnis, dass nicht bloß die Höhe des Zwischenverdienstes zur berücksichtigen ist, sondern auch die gegenüber dem früheren Arbeitgeber geschuldete Arbeitszeit: "Nach § 615 Satz 2 BGB ist Zwischenverdienst auf den Vergütungsanspruch wegen Annahmeverzugs in dem Umfang anzurechnen, wie er dem Verhältnis der beim Arbeitgeber ausgefallenen Arbeitszeit zu der im neuen Dienstverhältnis geleisteten entspricht" (BAG, 24.02.2016 - 5 AZR 425/15

Leitsatz).

6.20 Handlungsgehilfe

Der Handlungsgehilfe muss sich auf die nach § 74 Abs. 2 HGB fällige **Entschädigung** für die Einhaltung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nach Maßgabe des § 74c Abs. 1 HGB erzielen oder böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienst anrechnen lassen. Das ist das Mindeste. Aber: "Eine **vertragliche Vereinbarung**, die eine über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 HGB hinausgehende Anrechnung eines vom Arbeitnehmer in der Karenzzeit durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erzielten oder aufgrund böswilligen Unterlassens nicht erzielten Erwerbs auf die Karenzentschädigung vorsieht, führt nicht zur Unverbindlichkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots insgesamt, sondern nach § 75d Satz 1 HGB nur dazu, dass die vertragliche Anrechnungsvereinbarung insoweit für den Arbeitnehmer **unverbindlich** ist, als sie über die Vorgaben des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB hinausgeht" (BAG, 16.12.2021 - 8 AZR 498/20 - Leitsatz).

6.21 Interessenabwägung

Die Böswilligkeit des Unterlassens anderweitigen Erwerbs ist nicht nach dem strengen Konditionalschema – Wenn-dann-Prinzip – festzustellen. Es kommt immer auf die **Umstände des Einzelfalls** an – und eine unter **Bewertung dieser Umstände** vorzunehmende Interessenabwägung (s. dazu BAG, 11.10.2006 – 5 AZR 754/05). So ist es ausgeschlossen, einen bei der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Einzelaspekt losgelöst von den anderen Gesichtspunkten absolut zu setzen. So kann es sogar passieren, dass eine **objektiv vertragswidrige Tätigkeit** bei Feststellung des böswilligen Unterlassens nach den konkreten Umständen doch als zumutbar anzusehen ist (s. dazu BAG, 07.02.2007 – 5 AZR 422/06). Zum Beispiel auch eine Beschäftigung, für die die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG fehlt (BAG, 23.02.2021 – 5 AZR 213/20) .

6.22 Proportionale Zuordnung

§ 11 Satz 1 Nr. 1 KSchG betrifft den Fall, dass bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis der **anderweitige Verdienst** angerechnet wird. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG sagt, dass auch der Verdienst anzurechnen ist, dessen Erzielung der Arbeitnehmer böswillig unterlassen hat. Wenn ein Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs in diesen Fällen Arbeitslosengeld bezieht und gleichzeitig einen ihm zumutbaren Erwerb unterlässt, hat eine proportionale Zuordnung der Anrechnung zu erfolgen: der Verzugslohn wird der böswillig unterlassene Erwerb angerechnet, auf die Differenz das erhaltene Arbeitslosengeld (BAG, 11.01.2006 - 5 AZR 125/05 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber nach einer unwirksamen Kündigung nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt sein soll, als wenn das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung durchgeführt worden wäre).

6.23 Unzumutbare Arbeit

" § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG stellt - insoweit inhaltsgleich mit § 615 Satz 2 BGB - darauf ab, ob dem Arbeitnehmer **nach Treu und Glauben** (§ 242 BGB) sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG) die Aufnahme einer anderweitigen Arbeit **zumutbar** ist." Die Zumutbarkeitsfrage wird dann nach den Umständen des Einzelfalls beantwortet. Für die Unzumutbarkeit der Arbeit können **unterschiedliche Aspekte** sprechen: die Person des Arbeitgebers, die Art der Arbeit und alle sonstigen Arbeitsbedingungen. Selbst "vertragsrechtliche Umstände sind zu berücksichtigen" (BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 337/16 - mit Hinweis auf BAG, 07.02.2007 - 5 AZR 422/06 und BAG, 17.11.2011 - 5 AZR 564/10).

6.24 Weiterbeschäftigung

Das Unterlassen anderweitigen Erwerbs kann auch darin liegen, dass der Arbeitnehmer nach seinem gewonnenen Kündigungsschutzprozess die Aufforderung des Arbeitgebers nicht befolgt, seine Arbeit bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits wieder aufzunehmen. Hier kann es passieren, dass der Annahmeverzug zwar nicht allein schon aufgrund der Arbeitsaufforderung endet. Dem Arbeitnehmer kann aber möglicherweise vorgeworfen werden, mit seiner Weigerung anderweitigen Erwerb böswillig zu unterlassen, wenn er die zumutbare und von ihm selbst erstrittene Weiterbeschäftigung bei seinem Arbeitgeber ablehnt (BAG, 24.09.2003 - 5 AZR 500/02 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitnehmer die

Tatsachen vortragen muss, die seine Beschäftigung trotz des Prozessgewinns unzumutbar machen).

6.25 Zumutbare Arbeit - 1

Die Arbeit bei dem bisherigen Arbeitgeber ist nur dann eine "zumutbare Arbeit" i.S.d. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG, wenn sie auf den **Erwerb von Zwischenverdienst** ausgerichtet ist. Der Arbeitnehmer braucht sich dabei nicht auf eine dauerhafte **Änderung seines Arbeitsvertrags** einzulassen. Schon gar nicht, wenn er mit der Annahme des Angebots seine Arbeitsbedingungen endgültig und dauerhaft verschlechtert und damit den anhängigen Kündigungsrechtsstreit erledigt (BAG, 11.01.2006 - 5 AZR 98/05).

6.26 Zumutbare Arbeit - 2

Der **Zeitpunkt des Arbeitsangebots** kann bei Beantwortung der Zumutbarkeitsfrage im Rahmen des § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG Bedeutung haben. Der Arbeitnehmer braucht nämlich keine **Verschlechterung** seiner Arbeitsbedingungen zu akzeptieren, solange er berechnete Aussichten hat, rechtzeitig eine günstigere Arbeit zu finden. Je länger Arbeitsangebot und die vorgesehene Arbeitsaufnahme dabei auseinander liegen, desto weniger kann man ihm vorwerfen, das Angebot abzulehnen und sich stattdessen um eine für ihn **günstigere Arbeit** zu bemühen (BAG, 11.10.2006 - 5 AZR 754/05).