

Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Verzugslohn bei Annahmeverzug, § 615 BGB
3. Anrechnung auf den Verzugslohn, § 11 KSchG
 - 3.1 § 11 Nr. 1 KSchG
 - 3.2 § 11 Nr. 2 KSchG
 - 3.3 § 11 Nr. 3 KSchG
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Annahmeverzug
 - 4.2 Anrechnungszeitraum
 - 4.3 Anspruchsübergang - 1
 - 4.4 Anspruchsübergang - 2
 - 4.5 Anzurechnender Verdienst
 - 4.6 Aufforderung zur Arbeitsaufnahme
 - 4.7 Auskunftsanspruch
 - 4.8 Ausschluss des Verzugslohns
 - 4.9 Böswilliges Unterlassen
 - 4.10 Fortbildungs-/Schulungskosten
 - 4.11 Freistellung - 1
 - 4.12 Freistellung - 2
 - 4.13 Gesamtberechnung - 1
 - 4.14 Gesamtberechnung - 2
 - 4.15 Hausverbot
 - 4.16 Konkurrenztaetigkeit
 - 4.17 Leistungswilligkeit
 - 4.18 Obliegenheit
 - 4.19 Prozessbeschäftigung
 - 4.20 Unterlassene Arbeitslosmeldung
 - 4.21 Unvermögen
 - 4.22 Unzumutbare Arbeit
 - 4.23 Unzumutbare Vertragsbedingungen
 - 4.24 Warten auf zumutbares Angebot
 - 4.25 Wiederaufnahme der Arbeit
 - 4.26 Zumutbare Arbeit
 - 4.27 Zweck der Regelung

Information

1. Einführung

Der Arbeitgeber muss bei der ordentlichen Kündigung von Mitarbeitern gewisse Fristen einhalten. Die **tatsächliche Beendigung** des Arbeitsverhältnisses ist allerdings nicht immer sofort auch **sein rechtliches Ende**. Das kann dazu führen, dass während eines Kündigungsrechtsstreits Verzugslohnansprüche entstehen: Der Arbeitnehmer hat nämlich Anspruch darauf, für die Zeit, in der sein Arbeitgeber ihn nicht beschäftigt hat,

vergütet zu werden. Der Arbeitgeber gerät in diesem Fall in Annahmeverzug und muss wegen des Verzugs für die Leistung Arbeit bezahlen, obwohl er sie gar nicht (mehr) abgefordert hat. Das Gleiche gilt sinngemäß bei einer außerordentlichen Kündigung .

Praxistipp:

Viele Arbeitgeber sehen es nicht ein, ohne Gegenleistung Verzugslohn zahlen zu müssen. Sie bieten ihren Mitarbeitern daher für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist eine auflösend bedingte Prozessbeschäftigung an. Das ist sicherlich ein vernünftiges Mittel zur Vermeidung von Annahmeverzug - aber nicht für jeden Fall geeignet. Wer einen Arbeitnehmer gekündigt hat, weil der in erheblichem Maß seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, oder das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt beendet hat, weil keine Arbeit mehr für ihn da war, wirkt ungläubwürdig, wenn er den Gekündigten dann wie bisher weiterarbeiten lässt.

Der Annahmeverzug ist in § 615 BGB geregelt. Schon diese Bestimmung enthält in ihrem zweiten Satz eine Vorschrift, nach der **Verdienst oder Verdienstmöglichkeiten** des Arbeitnehmers auf den Verzugslohn anzurechnen sind. Als **Spezialgesetz** sieht § 11 KSchG für die Zeit nach dem tatsächlichen Ende des Arbeitsverhältnisses vor, dass sich der gekündigte Arbeitnehmer anderweitigen Verdienst, böswillig unterlassenen Verdienst oder bestimmte SGB II -, SGB III - und SGB XII -Entgeltersatzleistungen **auf den entgangenen Zwischenverdienst anrechnen** lassen muss. Der Arbeitnehmer soll sich durch den Annahmeverzug seines Arbeitgebers nicht bereichern, sondern im Prinzip nur so stehen, wie er ohne den Verzug stehen würde: nicht besser, nicht schlechter.

2. Verzugslohn bei Annahmeverzug, § 615 BGB

Gerät der **Arbeitgeber** mit der Annahme der Dienste in **Verzug**, kann der Arbeitnehmer "für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein", § 615 Satz 1 BGB .

Beispiel:

Die GmbH T kündigt Mitarbeiter E am 14.05. mit Monatsfrist zum 30.06. Die Geschäftsführung stellt Herrn S mit sofortiger Wirkung frei. Sie ist ab diesem Zeitpunkt in Annahmeverzug , weil sie S's Leistung Arbeit nicht mehr annehmen will. Infolge des Leistungsverzugs muss die GmbH Herrn S jedoch weiter die vereinbarte Arbeitsvergütung zahlen - und das bis zum 30.06.

Für die Zeit des Annahmeverzugs seines Arbeitgebers muss sich der Arbeitnehmer nach § 615 Satz 2 BGB 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**.

Beispiel:

Arbeitnehmer S bleibt im vorausgehenden Fall nach seiner Kündigung zu Hause. Er meldet sich zwar umgehend arbeitssuchend. Der Leistungsbezug erfolgt jedoch erst ab dem 01.07. Da S morgens nicht mehr zur GmbH T hin- und abends von dort wieder nach Hause zurückfahren muss, spart er jeden Arbeitstag 18,00 EUR Fahrtkosten. Hinzu kommen wöchentlich 5,60 EUR für die Reinigung seiner Arbeitskleidung. Diese Ersparnis kann vom Verzugslohn abgerechnet werden. Herr S ist jedoch nicht verpflichtet, sich während des auslaufenden Arbeitsverhältnisses um eine Ersatzbeschäftigung zu kümmern. Die Untätigkeit in der Zeit vom 15.05. bis zum 30.06. kann ihm nicht als böswilliges Unterlassen von Erwerb angerechnet werden. Nimmt Herr S ab dem 15.05. eine Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber auf, die ihm durch das Freiwerden seiner Arbeitskraft bei der GmbH möglich wird, ist das "*durch anderweitige Verwendung seiner Dienste*" Erworbene anzurechnen.

Mehr zu diesem Thema in den Stichwörtern Annahmeverzug - Allgemeines ff. (insbesondere im Stichwort Annahmeverzug - Anrechnung).

3. Anrechnung auf den Verzugslohn, § 11 KSchG

Zwischen dem Zugang der Kündigung, der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und seinem rechtlichen **Ende** liegen häufig mehrere Monate - wenn bis hin zum BAG nicht gar Jahre. Ein Kündigungsrechtsstreit, der über mehrere Instanzen geführt wird, ist für Arbeitgeber gefährlich. In der Regel ist es nämlich so, dass sie den gekündigten Arbeitnehmer spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr beschäftigen . Ist die **Kündigung**

- **sozial gerechtfertigt**, geht das Arbeitsverhältnis mit dem letzten Tag der Kündigungsfrist zu Ende;
- **sozial ungerechtfertigt**, kommt der Arbeitgeber in Annahmeverzug und muss für die Zeit, in der er den gekündigten Arbeitnehmer nicht (mehr) beschäftigt, Verzugslohn zahlen.

Um die **Folgen des Annahmeverzugs** für den Arbeitgeber **verträglich** zu halten, sieht § 11 Nr. 1 bis Nr. 3 KSchG vor, dass sich der "Arbeitnehmer auf das **Arbeitsentgelt**, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet", einige **tatsächliche oder fiktive Einkünfte anrechnen** lassen muss.

Der Arbeitgeber hat gegen den Arbeitnehmer einen **Anspruch auf Auskunft** über die Einkünfte i.S.d. § 11 Nr. 1 bis Nr. 3 KSchG . Kommt der Arbeitnehmer seiner Auskunftspflicht nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nach, darf der Arbeitgeber die **Zahlung des Verzugslohns** solange **verweigern**, bis der Arbeitnehmer seine Pflicht erfüllt hat.

Bei § 11 KSchG findet wie bei § 615 BGB keine Anrechnung nach Zeitabschnitten statt. Der anderweitige Verdienst des Arbeitnehmers ist auf seine Vergütung für die gesamte Dauer des zu Ende gegangenen Arbeitsverhältnisses anzurechnen. Dabei ist zunächst die Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienst zu ermitteln. "Dieser **Gesamtvergütung** ist gegenüberzustellen, was der Arbeitnehmer in der betreffenden Zeit anderweitig erworben hat" (BAG, 22.11.2005 - 1 AZR 407/04). Für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist greift die Anrechnungsvorschrift aus § 615 Satz 2 BGB , nach Ablauf der Kündigungsfrist die aus § 11 KSchG . § 11 KSchG ist dann gegenüber § 615 Satz 2 BGB das Spezialgesetz (BAG, 25.10.2007 - 8 AZR 920/06).

3.1 § 11 Nr. 1 KSchG

Im Rahmen des § 11 KSchG muss sich ein Arbeitnehmer nach dessen Nr. 1 auf den entgangenen Zwischenverdienst **anrechnen lassen**, was er durch "anderweitige Arbeit verdient hat".

Beispiel:

P, ein Kollege S' aus den vorausgehenden Fällen, bekam seine Kündigung von der GmbH T zum 30.04. P reichte gleich eine Kündigungsschutzklage ein. Der Gütetermin fand noch im April statt, der Kammertermin wurde auf den 29.07. anberaumt. Herr P bewarb sich fleißig und fand ab dem 01.05. eine neue Stelle bei der AG M. Dort bekam er ein Festgehalt von 2.300,00 EUR brutto. Das Arbeitsgericht stellt am 29.07. fest, dass Pauls Kündigung sozial ungerechtfertigt war und das Arbeitsverhältnis über den 30.04. hinaus fortbesteht. Wenn Herr P bei der GmbH T 2.500 EUR brutto verdiente, muss er sich den Verdienst bei der M AG anrechnen lassen. Bekam er bei der GmbH T weniger als 2.300,00 EUR brutto, hat er wegen § 11 Nr. 1 KSchG keinen Anspruch auf Verzugslohn.

Viele Arbeitnehmer üben neben ihrer Hauptbeschäftigung noch eine **Nebentätigkeit** aus, häufig einen 450-Euro-Job . Haben sie das **schon vor der Kündigung** getan, wird der im Nebenjob erzielte Verdienst **nicht angerechnet**. Er resultiert ja **nicht aus dem Freiwerden der Arbeitskraft**, sondern war schon vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einkommensbestimmend. Das Gleiche gilt für Beschäftigungen jenseits der Geringfügigkeitsgrenze. Erzielt ein gekündigter Arbeitnehmer **Einkünfte aus einer selbstständigen Tätigkeit** oder als Freiberufler, sind auch diese Einkünfte als Verdienst anzurechnen. Wie bei den

Verdiensten aus unselbstständiger Arbeit muss hier berücksichtigt werden, inwieweit die Einkünfte durch das Freiwerden der Arbeitskraft erzielt wurden (mehr dazu im Stichwort Annahmeverzug - Anrechnung).

3.2 § 11 Nr. 2 KSchG

Nach § 11 Nr. 2 KSchG muss sich der gekündigte Arbeitnehmer **anrechnen lassen**, "was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen". § 11 Nr. 2 KSchG (wie § 615 Satz 2 BGB) stellt darauf ab, ob dem Arbeitnehmer

- nach **Treu und Glauben** (§ 242 BGB)
- unter **Beachtung des Grundrechts freier Arbeitsplatzwahl** (Art. 12 GG)
- die Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit

zumutbar ist (BAG, 17.11.2011 - 5 AZR 564/10). Die **Bewertung** der Zumutbarkeit ist eine Frage des Einzelfalls. Zu berücksichtigende **Kriterien** sind

- die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen,
- die Person und das Verhalten des Arbeitgebers,
- die Art der Arbeit und
- die Bedingungen, unter denen sie zu leisten ist.

Die **Tatbestandsmerkmale** "Böswilligkeit" und "Zumutbarkeit" in § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG sind **unbestimmte Rechtsbegriffe**. Die Tatsachengerichte haben bei der Anwendung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe einen **Beurteilungsspielraum**. Die Entscheidung des zweitinstanzlichen Tatsachengerichts ist daher durch das BAG als Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüfbar (BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 337/16).

Eine **nicht vertragsgerechte Arbeit** ist nicht gleich mit einer unzumutbaren Arbeit gleichzusetzen. "Wie § 615 Satz 2 BGB schließt § 11 Nr. 2 KSchG den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber **nur vertragswidrige Arbeit** anbietet. Denn das Angebot vertragsgerechter Arbeit zwecks Erfüllung des bestehenden Arbeitsverhältnisses würde den Annahmeverzug [ja] beenden." Böswillig handelt der Arbeitnehmer, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, "dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert" (BAG, 17.11.2011 - 5 AZR 564/10).

§ 11 Nr. 2 KSchG ist auch dann anzuwenden, wenn **beim kündigenden Arbeitgeber**, der den Verzugslohn zahlen muss, **eine Beschäftigungsmöglichkeit** besteht (BAG, 17.11.2011 - 5 AZR 564/10).

3.3 § 11 Nr. 3 KSchG

Der letzte Fall des § 11 Nr. 3 Satz 1 KSchG spricht die **Leistungen** an, die der Arbeitnehmer **an Stelle seines Arbeitsentgelts** von öffentlichen Leistungsträgern erhält:

- **Arbeitslosengeld** nach dem SGB III,
- **Arbeitslosengeld II** ("Hartz IV") nach dem SGB II oder
- **Sozialhilfe** nach dem SGB XII.

Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer sollen sich durch den Annahmeverzug bereichern:

- der **Arbeitnehmer** bekommt von seinem Arbeitgeber nur den um die öffentlichen Leistungen **gekürzten Verzugslohn**,
- der **Arbeitgeber** muss dem Leistungsträger, der die SGB-Leistungen bezahlt hat, die geleisteten **Beträge erstatten** (§ 11 Nr. 3 Satz 2 KSchG).

§ 11 Nr. 3 Satz 1 KSchG hat gegenüber dem ohnehin bestehenden **sozialrechtlichen Erstattungsanspruch** keine eigenständige Bedeutung. § 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."

Der Anspruchsübergang auf den Sozialleistungsträger wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann (§ 115 Abs. 2 SGB X). Schuldet der Arbeitgeber **Sachbezüge**, tritt an die Stelle dieser Sachbezüge der Anspruch auf Geld - wobei die Höhe des Geldbetrags sich nach den über § 17 Abs. 1 SGB IV festgelegten Werten der Sachbezüge bestimmt (Sozialversicherungsentgeltverordnung - SvEV).

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zur Anrechnung von Arbeitsentgelt auf entgangenen Zwischendienst nach einer Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

4.1 Annahmeverzug

Das BGB sagt nicht konkret, wann der Annahmeverzug des Arbeitgebers im Zusammenhang mit einer Kündigung endet. Allgemein kann man von dem Grundsatz ausgehen, dass der Annahmeverzug **in dem Zeitpunkt zu Ende** ist, in dem seine Voraussetzungen nicht mehr vorliegen (so: BAG, 12.12.2012 - 5 AZR 93/12 - und BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 679/97). Hat der Arbeitgeber eine **unwirksame Kündigung** erklärt, muss er den gekündigten Arbeitnehmer **zur Arbeit auffordern**, wenn er den Annahmeverzug beenden will. Daran ändert auch die Erledigung des Kündigungsrechtsstreits nichts: Der Arbeitnehmer ist selbst in diesen Fällen grundsätzlich nicht verpflichtet, von sich aus seine Arbeitskraft anzubieten.

Der Arbeitgeber gibt (auch) mit einer unwirksamen Kündigung zu erkennen, dass er seinen Mitarbeiter mit Zugang der Kündigung (außerordentliche Kündigung) oder nach Ablauf der Kündigungsfrist (ordentliche Kündigung) **nicht mehr beschäftigen** will. Insoweit darf der gekündigte Mitarbeiter regelmäßig die **Aufforderung seines Arbeitgebers abwarten**, wieder zur Arbeit zu kommen (s. dazu BAG, 12.12.2012 - 5 AZR 93/12 ; BAG, 16.05.2012 - 5 AZR 251/11 - und BAG, 09.08.1984 - 2 AZR 374/83). Überhaupt ist eine Arbeitsaufforderung zwingend, "wenn für den Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres erkennbar ist, wann und wo er die Arbeit wieder aufnehmen soll" (so: BAG, 16.05.2012 - 5 AZR 251/11 - und BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 679/97). Erfolgt **trotz Aufforderung keine Arbeitsaufnahme**, ist der Annahmeverzug des Arbeitgebers beendet. Jetzt kann nämlich ein fehlender Leistungswille des Arbeitnehmers angenommen werden (BAG, 19.01.2016 - 2 AZR 449/15 - mit dem Hinweis, dass der Anwendungsbereich des § 297 BGB ist nicht auf den Fall beschränkt ist, "in dem der Arbeitnehmer schon vor einer Kündigung nicht zu vertragsgemäßer Arbeitsleistung bereit war").

4.2 Anrechnungszeitraum

Die Anrechnung nach § 11 KSchG erfolgt **nicht auf bestimmte Zeitabschnitte**. Es ist eine **Gesamtberechnung** vorzunehmen. Dabei ist zunächst der Betrag des Verzugslohns zu ermitteln, von dem dann der **Anrechnungsbetrag abgezogen** wird (LAG Hessen, 14.12.2011 - 18 Sa 1730/10 - mit Hinweis auf BAG, 22.11.2005 - 1 AZR 407/04).

4.3 Anspruchsübergang - 1

Nach § 115 SGB X geht der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber **bis zur Höhe der erbrachten Sozialleistungen** auf den Leistungsträger über, wenn der Arbeitgeber den Anspruch seines Mitarbeiters nicht erfüllt und der Sozialleistungsträger deswegen Leistungen gewährt. Neben § 115 SGB X hat § 11 Nr. 3 KSchG allerdings keine eigene Bedeutung. Für **Bedarfsgemeinschaften** i.S.d. §§ 7 , 9 , 38 SGB II gilt: "Die für die anderen Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft bestimmten Sozialleistungen werden von dem Anspruchsübergang auch dann nicht erfasst, wenn der Arbeitnehmer dem Sozialleistungsträger gegenüber als **Vertreter und 'Zahlstelle'** i.S.v. § 38 SGB II für die gesamte Bedarfsgemeinschaft aufgetreten ist" (LAG Köln, 16.10.2010 - 7 Sa 385/09).

4.4 Anspruchsübergang - 2

Das SGB X sieht in § 115 Abs. 1 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).

4.5 Anzurechnender Verdienst

Im Rahmen des § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG ist ausschließlich der Arbeitsverdienst anzurechnen, den der entlassene Arbeitnehmer "durch anderweitige Verwendung desjenigen Teils seiner Arbeitskraft **hätte erwerben können**, den er ... [dem Arbeitgeber] zur Verfügung zu stellen verpflichtet war." Dabei sind **gegenüberzustellen**: der Vergütungsanspruch für die Zeit, in der die Arbeitsleistung zu erbringen war, sowie der Verdienst, den der entlassene Arbeitnehmer in dieser Zeit hätte anderweitig erzielen können. "Der erzielbare Zwischenverdienst ist folglich in dem **Umfang** anzurechnen, wie er dem Verhältnis der bei der Beklagten ausgefallenen Arbeitszeit zu der bei Annahme zumutbarer Arbeit zu leistenden entspricht" (BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 337/16 - mit Hinweis auf BAG, 24.02.2016 - 5 AZR 425/15).

4.6 Aufforderung zur Arbeitsaufnahme

Der Arbeitgeber braucht bei der an seinen Mitarbeiter gerichteten Aufforderung, seine Arbeit wieder aufzunehmen, **keine Ankündigungsfrist** einzuhalten. Auch wenn der Arbeitnehmer nach § 615 Satz 2 BGB gehalten ist, seine Arbeitskraft anderweitig zu verwerten: § 12 KSchG räumt ihm ein **Wahlrecht** ein: "Besteht nach einer Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort und ist der Arbeitnehmer ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen, kann er binnen einer Woche nach der Rechtskraft die **Fortsetzung des (früheren) Arbeitsverhältnisses** verweigern." Das frühere Arbeitsverhältnis ist mit der Erklärung beendet und der entgangene Verdienst ist dem Arbeitnehmer nach § 12 Satz 4 KSchG nur für die Zeit zwischen für die Zeit "zwischen der Entlassung und dem Tag des Eintritts in das neue Arbeitsverhältnis zu gewähren." Dagegen besteht das frühere Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten fort, wenn der Arbeitnehmer die Wochenfrist verstreichen lässt. Insoweit muss der Arbeitnehmer zu jedem Zeitpunkt damit rechnen, dass der Arbeitgeber ihn auffordert, die Arbeit wieder aufzunehmen (BAG, 19.01.2016 - 2 AZR 449/15).

4.7 Auskunftsanspruch

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).

4.8 Ausschluss des Verzugslohns

§ 297 BGB sieht vor, dass der Gläubiger solange nicht mit der **Annahme der Schuldnerleistung** in Verzug kommt, wie der Schuldner "außer Stande ist, die Leistung zu bewirken." Kann der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeit nicht leisten, heißt das: der Arbeitgeber kann für diesen Zeitraum nicht in Verzug kommen. "Der Arbeitnehmer, der aufgrund einer körperlichen Einschränkung nur einen Teil der ihm kraft Direktionsrecht zugewiesenen Arbeiten ausführen kann, ist **nicht leistungsfähig** i.S.v. § 297 BGB und damit **arbeitsunfähig**. Eine teilweise oder eingeschränkte Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit ist dem

Arbeitsrecht fremd" (LAG Schleswig-Holstein, 22.03.2012 - 5 Sa 336/11).

4.9 Böswilliges Unterlassen

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 / § 11 KSchG s. BAG, 16.06.2004 - 5 AZR 508/03 und 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).

4.10 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).

4.11 Freistellung - 1

Der Arbeitnehmer schuldet nach seinem Arbeitsvertrag die **Leistung Arbeit**. Die Verpflichtung zur Leistung Arbeit kann nur durch **Abschluss eines Änderungs- oder Erlassvertrags** neutralisiert werden. Wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter bloß freistellt , heißt das in der Regel nur: Verzicht auf das Angebot der Arbeitsleistung. Der Arbeitgeber kommt **mit der Freistellung in Annahmeverzug**, dessen Rechtsfolgen sich aus § 615 BGB ergeben. "Will der Arbeitgeber den Arbeitnehmer hingegen unter Fortzahlung der Vergütung und ohne Anrechnung anderweitigen Verdienstes von der Arbeit freistellen, muss diese Regelung der Freistellungserklärung eindeutig zu entnehmen sein" (LAG Schleswig-Holstein, 22.12.2011 - 5 Sa 297/11).

4.12 Freistellung - 2

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt voraus, dass der Arbeitnehmer für den Zeitraum des Verzugs tatsächlich Arbeit schuldet. Schuldet er **keine Arbeit**, kann der Arbeitgeber mit der Annahme von Arbeit nicht in Verzug kommen. Es besteht keine Leistungs- und damit auch keine Annahmepflicht. In diesem Fall scheidet auch eine Anrechnung von Zwischenverdienst aus - es wird ja **kein Verzugslohn geschuldet**. "Wird vertraglich eine Freistellung des Arbeitnehmers bestimmt, kommt es für die Frage der Anrechnung eines anderweitigen Verdienstes vorrangig auf die **Auslegung des Vertrags** an" (BAG, 17.10.2012 - 10 AZR 809/11).

4.13 Gesamtberechnung - 1

Bei der Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 615 Satz 2 BGB , § 11 Nr. 1 KSchG ist eine Gesamtberechnung vorzunehmen. Dabei ist § 615 Satz 1 BGB keine eigene Anspruchsgrundlage. § 615 Satz 1 BGB hält "nur" den **Erfüllungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag** aufrecht. Streitgegenstand einer **Klage auf Verzugslohn** ist die jeweils zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbarte Vergütung. Klagt der Arbeitnehmer mit einer Gesamtforderung mehrere Vergütungsansprüche ein, "sind diese, um den Anforderungen von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ["bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs"] zu genügen, individualisiert nach Einzelpositionen aufgeschlüsselt in bezifferter Höhe zu benennen" (BAG, 24.09.2014 - 5 AZR 593/12).

4.14 Gesamtberechnung - 2

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).

4.15 Hausverbot

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmer N wurde von Arbeitgeber G - arbeitsvertraglich festgeschrieben - ausschließlich **im Drittbetrieb** des D als "Wagenschieber" eingesetzt. Dort kam es zu einem heftigen **Streit** zwischen D's Betriebsleiter und N. D erteilte N daraufhin - was N in der Folge bestritt - ein Hausverbot mit Strafandrohung. Am gleichen Tag erhielt N von G eine Kündigung. Seine Kündigungsschutzklage war erfolgreich. N verlangte daher von G **Verzugslohn**. G meinte, N sei nur für D's Betrieb eingestellt und daher brauche er wegen des erteilten Hausverbots keinen Verzugslohn zu zahlen: N hätte die vertraglich geschuldete Arbeit ja gar nicht leisten dürfen.

Erteilt ein Kunde des Arbeitgebers einem seiner Arbeitnehmer ein Hausverbot, ist das kein Fall, in dem der Arbeitgeber das **Risiko des Arbeitsausfalls** nach § 615 Satz 3 BGB zu tragen hat. Insoweit scheidet ein Annahmeverzug des Arbeitgebers aus, wenn der Kunde seinem Mitarbeiter ein durch dessen **Verhalten** veranlasstes Hausverbot erteilt. "Nimmt der Arbeitgeber, ohne dass ihn betriebstechnische Umstände daran hindern, die vom Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung nicht an, bestimmt sich die Rechtsfolge nach § 615 Satz 1 i.V.m. §§ 293 ff. BGB . Liegt ein **Fall des Unvermögens** des Arbeitnehmers iSd. § 297 BGB vor, regelt § 326 BGB , ob der Vergütungsanspruch entfällt (Abs. 1) oder aufrechterhalten bleibt (Abs. 2 Satz 1)" (BAG, 28.09.2016 - 5 AZR 224/16 - Leitsatz - unter Zurückverweisung an das LAG, weil die Tatsache Hausverbot noch weiter aufzuklären ist).

4.16 Konkurrenzfähigkeit

Solange das Arbeitsverhältnis rechtlich besteht, darf ein Arbeitnehmer keine Konkurrenzfähigkeit zu Lasten seines Arbeitgebers ausüben. Über den in § 60 HGB - Handlungsgehilfe - normierten allgemeinen Rechtsgedanken soll der Arbeitgeber davor geschützt werden, dass sein Mitarbeiter zu ihm in Wettbewerb tritt. Der **Marktbereich des Arbeitgebers** soll davon frei bleiben, dass ein Mitarbeiter von ihm hier konkurrierende **Dienste und Leistungen** anbietet. Der Marktbereich soll dem Arbeitgeber uneingeschränkt und ohne **Gefahr nachhaltiger Beeinflussung** offenstehen. Die Obliegenheit aus § 615 Satz 2 BGB , anderweitigen Erwerb nicht böswillig zu unterlassen, rechtfertigt nicht die Aufnahme einer Konkurrenzfähigkeit zu Lasten des Arbeitgebers (BAG, 23.10.2014 - 2 AZR 644/13).

4.17 Leistungswilligkeit

Der Arbeitnehmer, der Verzugslohn einfordert, muss **nicht nur leistungsfähig**, sondern **auch leistungswillig** sein. Ohne Leistungswilligkeit gibt es **keinen Anspruch auf Verzugslohn**. Bestreitet der Arbeitgeber die Leistungswilligkeit, muss das Arbeitsgericht die entsprechenden Feststellungen treffen (LAG Schleswig-Holstein, 06.05.2009 - 5 Ta 91/09).

4.18 Obliegenheit

§ 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG regelt die Obliegenheit des Arbeitnehmers, auf die **Belange des Arbeitgebers** Rücksicht zu nehmen und einen zumutbaren Zwischenverdienst zu erzielen. § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG regelt damit keine **Rechte oder Pflichten** aus dem Arbeitsvertrag. Er verpflichtet den Arbeitnehmer auch nicht, eine endgültige **Änderung des bestehenden Arbeitsvertrags** hinzunehmen (s. dazu BAG, 11.01.2006 - 5 AZR 98/05 und BAG, 26.09. 2007 - 5 AZR 870/06). Ebenso wenig muss der Arbeitnehmer wegen § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG das Risiko in Kauf nehmen, im Falle eines Betriebsübergangs seine Rechte aus § 613a Abs. 1 BGB zu verlieren (BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 337/16) .

4.19 Prozessbeschäftigung

"Der Anspruch auf eine bestimmte Beschäftigung im bestehenden Arbeitsverhältnis bedingt als solcher nicht die **Unzumutbarkeit** jedweder anderen Tätigkeit im Rahmen einer Prozessbeschäftigung . § 11 Nr. 2 KSchG regelt nicht Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, sondern die nach anderen Maßstäben zu beurteilende Obliegenheit, aus **Rücksichtnahme gegenüber dem Arbeitgeber** einen zumutbaren Zwischenverdienst zu erzielen (...). Das zeigt gerade **der gesetzliche Regelfall** der böswillig bei einem anderen Arbeitgeber unterlassenen Arbeit, die notwendigerweise auf einer anderen vertraglichen Grundlage stattgefunden hätte" (BAG, 17.11.2011 - 5 AZR 564/10).

4.20 Unterlassene Arbeitslosmeldung

Arbeitnehmer sind **verpflichtet**, sich gem. § 38 Abs. 1 SGB III nach einer Kündigung **arbeitssuchend zu melden** - was bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch ihren Anspruch auf Arbeitslosengeld sichert. Eine Anrechnung von Arbeitslosengeld auf den Verzugslohn kommt nach § 11 Nr. 3 KSchG nur in Betracht, wenn die Bundesagentur für Arbeit tatsächlich Arbeitslosengeld gezahlt hat. Unterlässt der Arbeitnehmer eine Arbeitslosmeldung, führt das allein nicht dazu, in der unterlassenen Arbeitslosmeldung **das böswillige Unterlassen** einer zumutbaren Erwerbsmöglichkeit i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG zu sehen (LAG Hamm, 18.02.2010 - 8 SaGa 3/10).

4.21 Unvermögen

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers entfällt, wenn ein Kunde einem Mitarbeiter, der - arbeitsvertraglich festgeschrieben - nur in diesem Kundenbetrieb eingesetzt werden durfte, "für das Einsatzobjekt ein durch sein Verhalten veranlasstes **Hausverbot** erteilt hat." Der Arbeitgeber kommt nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug, wenn sein Mitarbeiter nicht dazu in der Lage ist, die vertraglich vereinbarte Arbeit zu leisten. "Die Leistungsfähigkeit ist - neben dem **Leistungswillen** - eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen muss. Unerheblich ist dabei die Ursache für die **Leistungsunfähigkeit** des Arbeitnehmers. Das Unvermögen kann auf tatsächlichen Umständen (wie z.B. Arbeitsunfähigkeit) beruhen oder ihre Ursache im Rechtlichen haben, etwa wenn ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht oder eine erforderliche Erlaubnis für das Ausüben der geschuldeten Tätigkeit fehlt" (BAG, 28.09.2016 - 5 AZR 224/16 - mit Hinweis auf BAG, 21.10.2015 - 5 AZR 843/14).

4.22 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 Umständen des Einzelfalls beantwortet. Für die Unzumutbarkeit der Arbeit können **unterschiedliche Aspekte** sprechen: die Person des Arbeitgebers, die Art der Arbeit, 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).

4.23 Unzumutbare Vertragsbedingungen

Verschlechtern sich die Vertragsbedingungen, kann die Annahme eines Beschäftigungsangebots unzumutbar sein. Dabei ist ein **Vergleich** der neuen mit den im gekündigten Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitsbedingungen vorzunehmen. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen, dass die **bei**

einem anderen Arbeitgeber unterlassene Arbeit als gesetzliche Regelfall des § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG notwendigerweise eine andere arbeitsvertragliche Grundlage voraussetzt (s. dazu BAG, 26.09.2007 - 5 AZR 870/06 und BAG, 17.11.2011 - 5 AZR 564/10). Deswegen kann die Unzumutbarkeit einer Beschäftigung bloß im Ausnahmefall aus verschlechterten Vertragsbedingungen gefolgert werden, "wenn eine nicht allein auf eine gegebenenfalls eintretende Verminderung des Verdienstes abstellende **Gesamtbetrachtung** ergibt ... [s. dazu BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 337/16] , dass die Abweichungen von den beim bisherigen Arbeitgeber geltenden Vertragsbedingungen nicht hinnehmbar sind" (BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 337/16 - mit Hinweis auf BAG, 17.11.2011 - 5 AZR 564/10 und BAG, 26.09.2007 - 5 AZR 870/06).

4.24 Warten auf zumutbares Angebot

§ 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG lässt nicht die Annahme zu, der Arbeitnehmer dürfe nach seiner Entlassung in jedem Fall ein zumutbares Angebot abwarten. Wenn es nicht um eine Arbeitsmöglichkeit bei seinem bisherigen Arbeitgeber geht, darf er **nicht untätig darauf harren**, dass sich ihm die realistische Möglichkeit einer anderen Arbeit auftut. Das schließt z.B. die **Abgabe eigener Angebote** ein. "Der Arbeitnehmer, der ein objektiv zumutbares Vertragsangebot eines anderen Arbeitgebers vorbehaltlos ablehnt, weil er einen **Betriebsübergang** für möglich hält und, bei Vertragsannahme, seine Rechte aus § 613a Abs. 1 BGB als gefährdet ansieht, handelt auf eigenes Risiko, wenn sich die Befürchtung einer Umgehung von § 613a Abs. 1 BGB mangels Vorliegen eines Betriebsübergangs als unzutreffend erweist" (BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 337/16) .

4.25 Wiederaufnahme der Arbeit

"Wird in einem Prozessvergleich die widerrufliche Freistellung des Arbeitnehmers unter Fortzahlung seiner Bezüge bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses vereinbart, braucht sich der Arbeitnehmer mangels einer dahingehenden Regelung anderweit erzielten Verdienst nicht anrechnen zu lassen, muss allerdings auf eine unter Beachtung von Treu und Glauben erfolgte **Aufforderung des Arbeitgebers** seine Tätigkeit bei diesem wieder aufnehmen" (LAG Berlin-Brandenburg, 20.04.2007 - 6 Sa 162/07 - Leitsatz).

4.26 Zumutbare Arbeit

Soweit es um eine Arbeitsmöglichkeit **beim kündigenden Arbeitgeber** geht, kann der gekündigte Arbeitnehmer in alle Regel abwarten, ob ihm eine zumutbare Arbeit **angeboten** wird. Er braucht weder eine Weiterbeschäftigungsklage zu erheben noch muss er einen Weiterbeschäftigungstitel vollstrecken. Er kann nach seiner Kündigung davon ausgehen, dass damit die **Ablehnung der Beschäftigung** verbunden ist, solange der Arbeitgeber nicht aktiv wird. Der muss ihm eine Beschäftigung anbieten. "Die Arbeit bei dem bisherigen Arbeitgeber ist nur zumutbar im Sinne von § 11 Nr. 2 KSchG , wenn sie auf den Erwerb von Zwischenverdienst gerichtet ist. Auf eine dauerhafte Änderung des Arbeitsvertrags braucht sich der Arbeitnehmer nicht einzulassen" (BAG, 11.01.2006 - 5 AZR 98/05 Leitsatz).

4.27 Zweck der Regelung

Die Regelung in § 11 Nr. 1 KSchG hat den Zweck, "eine **Besser- oder Schlechterstellung** des Arbeitnehmers nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess zu **vermeiden**." Der Arbeitnehmer ist so zu stellen, als wäre sein Arbeitsverhältnis ohne Kündigung fortgesetzt worden. Insoweit ist der Arbeitnehmer berechtigt, erforderliche Aufwendungen zur Erzielung des anderweitigen Verdienstes in Abzug zu bringen. Grund: Die **Aufwendungen** wären nicht entstanden, wenn der Arbeitnehmer sich nicht um die andere Arbeitsstelle hätte kümmern müssen. "Dem steht nicht entgegen, dass ersparte Aufwendungen im Rahmen des § 11 Nr. 1 KSchG im Unterschied zu § 615 Satz 2 BGB nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind" - § 615 Satz 2 BGB betrifft eine andere Fallgestaltung (BAG, 02.10.2018 - 5 AZR 376/17) .