

**Kündigung: Das Risiko einer Entlassung trägt der Arbeitgeber**

Kündigt ein Arbeitgeber einem Mitarbeiter und gewinnt dieser den Kündigungsschutzprozess, so muss der Arbeitgeber den ausgefallenen Lohn nachzahlen. Er kann sich nicht darauf berufen, der Mitarbeiter hätte „seine Arbeitskraft anbieten“ müssen. Der Arbeitgeber hätte den Beschäftigten auffordern müssen, bis zum Abschluss des Verfahrens weiter zu arbeiten, weil er das Risiko trägt, dass seine Entlassung für unwirksam erklärt wird.

Quelle: Wolfgang Büser

**Anrechnung von böswillig unterlassenem Verdienst**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 22.02.2000

**Aktenzeichen:** 9 AZR 194/99

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2000, 10292

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

I. ArbG Leipzig

11 Ca 8632/97 - Urteil vom 14. Januar 1998

II. Sächsisches LAG

4 Sa 222/98 - Urteil vom 20. Januar 1999

**Rechtsgrundlagen:**

§ 11 Nr. 2 KSchG

§ 615 S. 2 BGB

**Fundstellen:**

AiB 2001, 183-184 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

ARST 2000, 255

AuA 2000, 174

AuA 2000, 553

AuR 2000, 315 (amtl. Leitsatz)

BB 2000, 1410-1411 (Volltext mit amtl. LS)

DB 2000, 2021 (Volltext mit amtl. LS)

EWiR 2000, 977

FA 2000, 249

FA 2000, 227  
FAr 2000, 227  
FAr 2000, 249  
NJW 2000, 2374 (Volltext mit amtl. LS)  
NWB 2000, 3213  
NZA 2000, 817-818 (Volltext mit amtl. LS)  
SAE 2000, 311  
ZAP EN-Nr. 0/2000  
ZfPR 2000, 178  
ZIP 2000, 1504-1505 (Volltext mit amtl. LS)  
ZIP 2000, VII Heft 25-26 (Kurzinformation)  
ZTR 2001, 44-45

---

## **BAG, 22.02.2000 - 9 AZR 194/99**

### **Amtlicher Leitsatz:**

Die Anrechnung eines sogenannten hypothetischen Verdienstes nach § 11 Nr. 2 KSchG , § 615 Satz 2 BGB kommt auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug befindet. Voraussetzung ist ein Angebot des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, die Arbeit jedenfalls vorläufig für die Dauer des Kündigungsschutzrechtsstreits aufzunehmen (Bestätigung BAG 14. November 1985 - 2 AZR 98/84 - BAGE 50, 164).

Der Arbeitnehmer handelt nicht böswillig, wenn er unterläßt, ein Urteil des Arbeitsgerichts, mit dem der Arbeitgeber verurteilt worden ist, den Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses weiterzubeschäftigen, zu vollstrecken oder die Vollstreckung anzudrohen.

### **Tenor:**

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 20. Januar 1999 - 4 Sa 222/98 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

### **Tatbestand:**

- 1 Die Parteien streiten über Ansprüche des Klägers für Zeiten seiner Nichtbeschäftigung.
- 2 Der 1964 geborene Kläger war bei der Beklagten langjährig als Elektriker beschäftigt. Im Januar 1996 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 30. September 1996 aus verhaltensbedingten Gründen. Die vom Kläger erhobene Kündigungsschutzklage war erfolgreich. Mit Urteil vom 20. Juni 1996 stellte das Arbeitsgericht die Rechtsunwirksamkeit der Kündigungen fest und verurteilte die Beklagte auf Antrag des Klägers, ihn zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsrechtsstreits weiter zu

beschäftigen. Die Berufung der Beklagten wurde durch Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 25. Februar 1997 zurückgewiesen. Das Urteil ist rechtskräftig geworden. Mit Schreiben vom 17. März 1997 bat die Beklagte den Kläger, sich wegen einer Arbeitsaufnahme zu melden. Der Kläger kam dem nach und war seit dem 1. April 1997 wieder für die Beklagte tätig.

- 3 Der Kläger hat die Beklagte mit seiner am 19. August 1997 erhobenen Klage auf Zahlung von Arbeitsentgelt für die Zeit vom 26. Januar 1996 bis 31. März 1997 in Anspruch genommen. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Hiergegen hat die Beklagte Berufung eingelegt, soweit sie verurteilt worden ist, auch über den 20. Juni 1996 hinaus an den Kläger Zahlungen zu erbringen.
- 4 Der Kläger hat zuletzt beantragt,
- 5 die Beklagte zu verurteilen an ihn 44. 924, 75 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettobetrag seit dem 19. August 1997 zu zahlen.
- 6 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
- 7 Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision. Der Kläger beantragt die Zurückweisung.

### Entscheidungsgründe

- 8 Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger für die Zeit vom 21. Juni 1997 bis 31. März 1998 44. 924, 75 DM brutto nebst Zinsen zu zahlen.
- 9 I. Der Kläger hat nach § 615 Satz 1 , § 611 BGB Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer des Annahmeverzugs der Beklagten ( §§ 293 ff. BGB ). Grund und Höhe des sich zu Gunsten des Klägers hieraus ergebenden Betrags sind zwischen den Parteien nicht im Streit.
- 10 II. Der Anspruch des Klägers ist nicht aufgrund der Anrechnung eines hypothetischen Verdienstes erloschen. Das haben die Vorinstanzen zutreffend erkannt.
- 11 1. Nach § 11 Nr. 2 KSchG muß sich der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis nach der Entscheidung des Gerichts im Kündigungsschutzprozeß fortbesteht, auf das vom Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung geschuldete Entgelt anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Böswillig handelt der Arbeitnehmer, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, daß er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände (Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolgen für den Arbeitgeber) vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewußt verhindert (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - BGB § 613 a Nr. 177 ; BAG 18. Oktober 1958 - 2 AZR 291/58 - BAGE 6, 306; 18. Januar 1963 - 5 AZR 200/62 - BAGE 14, 31; 18. Juni 1965 - 5 AZR 351/64 - AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 2).
- 12 2. Eine Anrechnung kommt auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug befindet (BAG 14. November 1985 - 2 AZR 98/84 - BAGE 50, 164). Der Arbeitnehmer braucht ihm gegenüber aber nicht von sich aus aktiv zu werden, wie dem Wortlaut von § 11 Nr. 2 KSchG zu entnehmen ist. Danach muß der Arbeitnehmer unterlassen haben, eine Arbeit "anzunehmen". Die "Annahme" einer Arbeit ist aber regelmäßig nur möglich, wenn sie zuvor angeboten worden ist. Das bedarf einer entsprechenden Erklärung des Arbeitgebers. Eine solche Erklärung hat die Beklagte nicht abgegeben. Sie hat dem Kläger nicht angeboten, jedenfalls für die Dauer des Kündigungsschutzrechtsstreits von ihr weiterbeschäftigt zu werden. Welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn der Arbeitnehmer das Angebot des Arbeitgebers ablehnt, für die Dauer des Kündigungsschutzrechtsstreits die Arbeit vorläufig aufzunehmen, ist nicht zu entscheiden (vgl. BAG

14. November 1985 aaO; LAG Köln 14. Dezember 1995 - 6 Sa 933/95 - AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 6).

- 13** 3. Entgegen der Auffassung der Revision hat der Kläger die Aufnahme der Arbeit bei der Beklagten auch nicht vorsätzlich verhindert. Der Umstand, daß er gegen sie ein Urteil über seine vorläufige Weiterbeschäftigung erwirkt hat, ist für die Anrechnung eines hypothetischen Verdienstes ohne Bedeutung. Ein Rechtssatz, wonach der Arbeitnehmer als Gläubiger des Weiterbeschäftigungsanspruchs zur Vermeidung der Anrechnung eines hypothetischen Verdienstes gehalten ist, aus einem hierüber erwirkten Titel gegen den Arbeitgeber als Schuldner der Pflicht zur Weiterbeschäftigung vorzugehen, besteht nicht. Welche Ansprüche ein Gläubiger gegen den Schuldner gerichtlich verfolgt, ist allein ihm zu überlassen. Anderes ergibt sich auch nicht aus § 11 Nr. 2 KSchG oder dem inhaltlich vergleichbaren § 615 Satz 2 BGB . Die Vorschriften über die Anrechnung des vom Arbeitnehmer hypothetisch erzielbaren Verdienstes sollen den Arbeitgeber davor schützen, daß der Arbeitnehmer auf seine Kosten vorsätzlich Verdienstmöglichkeiten außer Acht läßt. Sie schützen den Arbeitgeber aber nicht vor den Folgen eigener Untätigkeit. Soweit der Arbeitgeber selbst in der Lage ist, die finanziellen Folgen seines Annahmeverzugs zu mildern, obliegt ihm, die hierfür erforderlichen Handlungen vorzunehmen.
- 14** 4. Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht aus ihrer prozessualen Situation im Kündigungsschutzprozeß. Sie meint, nicht sie habe den Kläger zur vorläufigen Tätigkeit auffordern müssen, sondern der Kläger habe seinen Beschäftigungswunsch "formulieren" müssen, weil sie andernfalls ihre Chancen auf ein Obsiegen im Kündigungsschutzprozeß nachhaltig verschlechtert hätte. Sie hätte dann nicht mehr mit Erfolg geltend machen können, die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger sei ihr nach § 626 Abs. 1 BGB unzumutbar.
- 15** Die Beklagte verkennt, daß das Risiko der Wirksamkeit einer Kündigung der kündigende Arbeitgeber trägt. Davon wird er durch die Vorschriften über die Anrechnung des hypothetischen Verdienstes nicht entlastet.
- 16** III. Als unterlegene Partei hat die Beklagte die Kosten der Revision zu tragen.
- 17**

---

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.