

Arbeitsrecht 02/2006	Verzugslohn Böswilliges Unterlassen zumutbarer Arbeit BAG 11.01.2006, 5 AZR 98/05	Rechtsanwalt Bodo Lindena Wiesbaden
-------------------------	--	---

Sachverhalt

Während eines laufenden Rechtsstreits über die Rechtmäßigkeit einer arbeitgeberseitig ausgesprochenen, betriebsbedingten Kündigung hat die Arbeitgeberin dem gekündigten Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten, verschlechterten Arbeitsbedingungen angeboten. Die Frist zur Annahme dieses Angebots war sehr kurz gesetzt. Nachdem der Arbeitnehmer den Kündigungsrechtsstreit rechtskräftig gewonnen hatte, verlangte er unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs Zahlung des ausstehenden Lohns. Der Arbeitgeber wendet ein, der Arbeitnehmer habe sich den Verdienst für die angebotene Tätigkeit gemäß § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG auf den Verzugslohn anrechnen zu lassen, da er es böswillig unterlassen hatte, eine ihm zumutbare Arbeit aufzunehmen.

Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht hat wie die Vorinstanzen dem Arbeitnehmer den vollen Verzugslohn zugesprochen. Die Arbeitgeberin kam durch den Ausspruch der unwirksamen Kündigung in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots des Arbeitnehmers bedurft hätte (so schon BAG, 05.11.2003, 5 AZR 562/02). Dieser Annahmeverzug war nicht durch das Angebot zur Aufnahme einer Beschäftigung beendet worden, weil das Angebot zu kurzfristig gesetzt war.

Eine Anrechnung nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG muss sich der Kläger ebenfalls nicht gefallen lassen. Er habe es nicht böswillig unterlassen, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Böswillig unterlässt der Arbeitnehmer dann anderweitigen Verdienst, wenn er vorsätzlich ohne ausreichenden Grund Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird. Böswilligkeit setzt keine Schädigungsabsicht voraus. Es genügt das vorsätzliche Außerachtlassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbsarbeit. Die vorsätzliche Untätigkeit muss vorwerfbar sein, wobei dies dann nicht der Fall ist, wenn eine angebotene oder sonst mögliche Arbeit nach den konkreten Umständen für den Arbeitnehmer unzumutbar ist.

Eine Anrechnung nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG kommt durchaus in Betracht, wenn der Arbeitgeber, der sich mit der Annahme der Dienste in Verzug befindet, Arbeit anbietet (BAG, 24.09.2003, 5 AZR 500/02). **Allerdings kann der Arbeitnehmer im Falle von Arbeitsmöglichkeiten bei dem bisherigen Arbeitgeber regelmäßig abwarten, ob ihm eine zumutbare Arbeit angeboten wird. Er muss weder eine Klage auf Weiterbeschäftigung erheben, noch Vollstreckungsversuche nach einem im Kündigungsschutzprozess erfolgreichen Weiterbeschäftigungsantrag unternehmen. Es ist vielmehr Sache des Arbeitgebers, eine Beschäftigung anzubieten. Eine eigene Initiative ist dem Arbeitnehmer in der Regel nicht zumutbar** (vgl. schon BAG, 22.02.2000, 9 AZR 194/99).

Fazit:

Die Entscheidung hat große praktische Bedeutung.

Ein Arbeitnehmer muss im Falle einer Kündigung seine Arbeitsleistung nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht ausdrücklich anbieten. Dies gilt sogar dann, wenn er einen Weiterbeschäftigungsanspruch erstritten hat. Er kann eine Initiative des Arbeitgebers abwarten.

Will der Arbeitgeber das Verzugslohnrisiko reduzieren, empfiehlt es sich, insbesondere bei personenbedingten und verhaltensbedingten, ordentlichen Kündigungen dem gekündigten Arbeitnehmer ein Prozessarbeitsverhältnis (schriftlich!) anzubieten. Hat der Arbeitnehmer einen Weiterbeschäftigungsanspruch erstritten, sollte der Arbeitgeber nicht darauf warten, dass der Arbeitnehmer die Beschäftigung ausdrücklich verlangt und ggf. sogar Zwangsvollstreckung androht, sondern nach Verkündung des Urteils selbst initiativ werden und ein Angebot auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen mit einem definierten Beginn der Arbeitsaufnahme unterbreiten. Der Zugang dieses Angebots sollte dokumentiert werden. Nur in diesem Fall wird man im Falle fehlender Arbeitsaufnahme eine Anrechnung nach § 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG (ähnlich § 615 Abs. 1 Satz 2 BGB) vornehmen können.