



Annahmeverzug und Bestandsschutzstreitigkeiten

Home Politik Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht



Ressort Arbeits- und Sozialrecht/ betriebl. Altersversorgung

Greift der Arbeitnehmer die Kündigung oder Befristung seines Arbeitsverhältnisses mittels einer Kündigungsschutz- oder Entfristungsklage an und stellt das Gericht dann fest, dass die Kündigung oder Befristung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis fortbesteht, stellt sich immer auch die Frage: Hat der Arbeitnehmer für den Zeitraum zwischen dem in der Kündigung oder Befristung genannten Beendigungszeitpunkt und der Entscheidung des Gerichts einen Anspruch auf Entgeltzahlung?

► Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht [PDF](#) (69 KB)



Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht

Annahmeverzug und Bestandsschutzstreitigkeiten: was ist bei der Rechtsberatung zu beachten?

Greift der Arbeitnehmer die Kündigung oder Befristung seines Arbeitsverhältnisses mittels einer Kündigungsschutz- oder Entfristungsklage an und stellt das Gericht dann fest, dass die Kündigung oder Befristung unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis fortbesteht, stellt sich immer auch die Frage: Hat der Arbeitnehmer für den Zeitraum zwischen dem in der Kündigung oder Befristung genannten Beendigungszeitpunkt und der Entscheidung des Gerichts einen Anspruch auf Entgeltzahlung?

Da der Arbeitnehmer in diesem Zeitraum meist nicht gearbeitet hat, besteht nur dann ein Anspruch auf Entgeltzahlung, wenn sich der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in Verzug befand, §§ 615 Satz 1 BGB iVm §§ 293 ff. BGB. Auf diesen Anspruch wird gemäß § 615 Satz 2 BGB dasjenige angerechnet, was der Arbeitnehmer während des Zeitraums durch anderweitige Tätigkeit verdient oder „böswillig“ (nach der Rechtsprechung bedeutet das: „vorsätzlich“) unterlassen hat, zu verdienen.

1. Bei der Rechtsberatung sind mehrere Punkte zu berücksichtigen:

- Soll die Wirksamkeit einer Kündigung oder Befristung angegriffen werden, muss innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung bzw. Ende der Befristung Kündigungsschutz- bzw. Entfristungsklage erhoben werden, §§ 4,7 KSchG, § 17 TzBfG.
- Durch die Zustellung der Kündigungsschutz- oder Entfristungsklage an den Arbeitgeber, nicht bereits mit Erhebung der Klage bietet der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gegenüber dem Arbeitgeber an. Spätestens ab diesem Zeitpunkt hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Annahmeverzugslohn, wenn die weiteren Voraussetzungen gegeben sind.
- Greift der Arbeitnehmer die Befristung seines Arbeitsverhältnisses an, so sollte die Klage so frühzeitig erhoben werden, dass sie spätestens am ersten Tag nach Befristungsende dem Arbeitgeber zugestellt wird. Sollte dies zweifelhaft sein, so sollte der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung gegenüber dem Arbeitgeber am ersten Tage nach Befristungsende tatsächlich anbieten, um Lücken bei den Annahmeverzugsansprüchen zu vermeiden. Denn erst ab diesem Zeitpunkt besteht ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn, wenn die sonstigen Voraussetzungen ebenfalls gegeben sind.

- Durch die rechtzeitige Erhebung der Kündigungsschutz- oder Entfristungsklage werden Ausschlussfristen, innerhalb derer der Anspruch auf Annahmeverzugslohn geltend (1. Stufe) und / oder eingeklagt (2. Stufe) werden muss, gewahrt.
- Erzielt der Arbeitnehmer in der Zeit des Annahmeverzugs anderweitig Entgelt, so wird dieses gemäß § 615 Satz 2 BGB nicht für den jeweiligen Abrechnungsmonat angerechnet, sondern die addierten Entgeltansprüche während des gesamten Annahmeverzugs werden dem erzielten Gesamtverdienst gegenübergestellt.

Diese Punkte werden nun näher dargestellt.

2. Wann hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn?

Voraussetzung hierfür ist, dass der leistungsfähige und -willige Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung anbietet und der Arbeitgeber diese nicht annimmt.

a) Angebot des Arbeitnehmers

Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gemäß § 294 BGB tatsächlich anbieten, das heißt also in der Regel zur Arbeit erscheinen. Streiten sich die Arbeitsvertragsparteien wie im Fall einer Kündigungsschutz- oder Entfristungsklage über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses, genügt hingegen nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. dem Befristungsende ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers, § 295 BGB. Wegen der Beweisbarkeit ist es sinnvoll, dem Arbeitgeber schriftlich die Arbeitsleistung anzubieten. Dies deshalb, weil der Arbeitgeber durch Ausspruch einer Kündigung oder Beharren auf einer Befristung signalisiert, er werde nach Ablauf der Frist keine Arbeitsleistung mehr annehmen. Reicht der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage oder eine Entfristungsklage ein, liegt hierin gleichzeitig dieses wörtliche Angebot seiner Arbeitsleistung (BAG v. 19.09.2012 - 5 AZR 627/11).

Nur, wenn der Arbeitgeber eine unwirksame Kündigung ausgesprochen hat, ist ein Angebot des Arbeitnehmers gemäß § 296 BGB ganz entbehrlich. Der Arbeitgeber kommt in diesem Fall bereits dann in Annahmeverzug, wenn er den Arbeitnehmer nicht zur geschuldeten Leistung auffordert (BAG v. 22.02.2012 - 5 AZR 249/11).

Bei der Befristung ist das Angebot dagegen nicht entbehrlich. Um eine Lücke bei den Ansprüchen auf Annahmeverzugslohn zu vermeiden, muss entweder spätestens am ersten Tag nach Befristungsende Klage erhoben werden oder die Arbeitsleistung tatsächlich gegenüber dem Arbeitgeber angeboten werden.

Welche Arbeitsleistung muss der Arbeitnehmer anbieten?

In der Regel genügt es, dass der Arbeitnehmer die Fortsetzung seiner bisherigen Tätigkeit anbietet. Ist die Tätigkeit des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag konkret bestimmt, so muss er diese Tätigkeit anbieten (z.B. Frau X ist als CNC-Fräser tätig.). Regelmäßig wird im Arbeitsvertrag aber nur eine rahmenmäßig umschriebene Tätigkeit genannt sein (z.B. Frau X wird als Produktionshelferin tätig). Dann kommt es darauf an, wie der Arbeitgeber durch Ausübung seines Weisungsrechts (§ 106 Satz 1 GewO) die Tätigkeit näher bestimmt hat. Die so konkretisierte Tätigkeit muss der Arbeitnehmer anbieten, um den Arbeitgeber in Annahmeverzug zu setzen (BAG v. 19.05.2010 - 5 AZR162/09). Bietet er eine andere als die durch den Arbeitgeber näher bestimmte Tätigkeit an, ist dies kein Angebot gemäß § 294 ff. BGB, das zu Annahmeverzugsansprüchen führt. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer seine bisherige Tätigkeit z.B. wegen gesundheitlicher Probleme nicht ausüben kann und daher eine andere Tätigkeit anbietet, die der Arbeitgeber ihm auch weisungsrechtlich zuweisen könnte. Annahmeverzug wird durch dieses Angebot nicht ausgelöst. Der Arbeitgeber macht sich aber unter Umständen schadensersatzpflichtig, wenn er dem Arbeitnehmer einen solchen „leidensgerechten“ Arbeitsplatz nicht zuweist (BAG v. 19.05.2010 - 5 AZR162/09).

b) Leistungsfähigkeit und Leistungswille des Arbeitnehmers, § 297 BGB

Dem Arbeitnehmer muss es tatsächlich und rechtlich möglich sein, die Arbeitsleistung zu erbringen. Ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt und kann seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen, ist er nicht leistungsfähig gemäß § 297 BGB. Annahmeverzug des Arbeitgebers liegt dann nicht vor. Aber möglicherweise ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem EFZG. Dagegen ist der Wille des Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung zu erbringen, nicht bereits dann zu verneinen, wenn der gekündigte Arbeitnehmer ein neues Arbeitsverhältnis eingeht (BAG v. 16.05.2012 - 5 AZR 251/11).

c) Arbeitgeber nimmt die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht an

Schließlich ist Voraussetzung, dass der Arbeitgeber die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht annimmt. Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer an, ihn während des Kündigungs- oder Entfristungsprozesses befristet in einem Prozessbeschäftigungsverhältnis zu beschäftigen, ist dies keine Annahme der vertraglich geschuldeten Leistung. Der Annahmeverzug endet nicht (BAG v. 19.09.2012 - 5 AZR 627/11). Unter Umständen wird das Angebot des Arbeitgebers aber im Rahmen des § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 KSchG als zumutbare anderweitige Verdienstmöglichkeit berücksichtigt.

2. Einhaltung der Ausschlussfristen

Erhebt der Arbeitnehmer eine Kündigungs- oder Entfristungsklage, so wahrt er damit auch tarif- oder arbeitsvertragliche Ausschlussfristen für den Annahmeverzugslohn, die eine rechtzeitige Geltendmachung gegenüber dem Arbeitgeber (1.Stufe) und erforderlichenfalls die gerichtliche Geltendmachung (2.Stufe) von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis verlangen (BAG v. 19.09.2012 - 5 AZR 627/11).

Wichtig: etwas anderes gilt nach unserer Einschätzung dann, wenn nach der tarif- oder arbeitsvertraglichen Regelung der Anspruch auf Annahmeverzugslohn erst mit Rechtskraft der Bestandsschutzstreitigkeit fällig wird und ab diesem Zeitpunkt die Ausschlussfrist zu laufen beginnt (so z.B. § 16 Zif. 3 MTV M&E Nordwestl.Nds.). Hier müssen nach rechtskräftiger Entscheidung im Kündigungsschutz- oder Entfristungsverfahren, die Annahmeverzugsansprüche vorsorglich innerhalb der Ausschlussfristen geltend und eingeklagt werden.

3. Wann endet der Annahmeverzug?

Fällt eine der genannten Voraussetzungen weg, endet der Annahmeverzug des Arbeitgebers. Ist z.B. für den Arbeitnehmer nicht ohne weiteres erkennbar, wann und wo er seine Arbeit wieder aufnehmen soll, endet der Annahmeverzug nicht bereits dann, wenn er im Kündigungsschutzprozess obsiegt hat. Vielmehr muss der Arbeitgeber ihn in einem solchen Fall zur vertragsgemäßen Arbeit auffordern und ihm beispielsweise mitteilen, in welcher Schicht und welchem Arbeitsbereich er wieder tätig werden soll. Mit Beginn dieser Schicht endet dann der Annahmeverzug (vgl. BAG v. 12.12.2012 - 5 AZR 93/12).

4. Berechnung der Ansprüche wegen Annahmeverzugslohn

Die Vergütungsansprüche wegen Annahmeverzug werden für den gesamten Streitzeitraum addiert (BAG v. 12.12.2012 - 5 AZR 93/12). Besteht der Anspruch auf Annahmeverzugslohn nicht für einen gesamten Monat ist die anteilige Vergütung auf der Grundlage eines Tagessatzes von 1/30 des Monatsentgelts pro Kalendertag zu berechnen: (Monatsentgelt./ 30 Arbeitstage x Kalendertage, an denen sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befand). Es kommt nicht auf die in diesem Monat zu leistenden Arbeitstage an (BAG v. 12.12.2012 - 5 AZR 93/12).

Erhält der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugszeitraums Entgelt aufgrund einer anderweitigen Tätigkeit, so muss er sich dieses anrechnen lassen, § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 Nr. 1 KSchG. Gegenübergestellt werden die addierten Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug und die erhaltene Gesamtvergütung aus der anderweitigen Tätigkeit. Es findet also eine Gesamtberechnung und keine Berechnung für die einzelnen Abrechnungszeiträume statt (BAG v. 16.05.2012 - 5 AZR 251/11). Die Gesamtberechnung wird durch den eingeklagten Zeitraum festgelegt. Im Einzelfall kann es sogar günstiger sein, den Annahmeverzugsanspruch nicht für den gesamten streitigen Zeitraum einzufordern, wenn der Arbeitnehmer beispielweise zu dem früheren Zeitpunkt in dem anderweitigen Arbeitsverhältnis Anspruch auf eine Sonderzahlung hat. Damit könnte eine Anrechnung der Sonderzahlung verhindert werden. Um zu

prüfen, was günstiger ist, sollte immer eine Gegenüberstellung der einzuklagenden Entgelte und der anzurechnenden Verdienste nach Zeiteinheiten erstellt werden.

Beispiel:

Der Arbeitgeber kündigt dem Arbeitnehmer im September 2013 ordentlich. Der Arbeitnehmer erhebt fristgemäß Kündigungsschutzklage. Am 30.11.2013 läuft die Kündigungsfrist ab. Der Arbeitnehmer erhielt ein Monatsentgelt in Höhe von 3000,- EUR brutto. Eine Vereinbarung über die Zahlung einer Sonderzahlung besteht nicht. Ab 01.12.2013 und für die Zeit des arbeitsgerichtlichen Prozesses ist der Arbeitnehmer in einem anderen Arbeitsverhältnis tätig. Hier erhält er ein Monatsentgelt in Höhe von 2000,- EUR brutto sowie eine Sonderzahlung in Form eines 13. Monatsentgelts für den Monat Dezember.

	Ablauf der Kündigungsfrist Dezember 2013	rechtskräftiges Urteil 2014	
Hauptarbeitsverhältnis	3000,- EUR keine Sonderzahlung	12 Monate x 3000,- EUR	
Zwischenverdienst aus anderem Arbeitsverhältnis	2000,- EUR + 2000,- EUR (Sonderzahlung) = 4000,- EUR	11 Monate x 2000,- EUR	Dez. 2014 4000,- (Monatsentgelt + Sonderzahlung)

In diesem Fall muss geprüft werden, ob es für den Arbeitnehmer günstiger ist, Ansprüche aus Annahmeverzug für den gesamten Zeitraum (Dezember 2013 bis einschließlich Dezember 2014) einzuklagen oder die Monate ausklammert, in denen der Arbeitnehmer im anderen Arbeitsverhältnis einen höheren Verdienst erzielt als sein Anspruch aus Annahmeverzug für diesen Monat ist (hier: Dezember 2013 und Dezember 2014).

Dies zeigt die Gegenüberstellung:

	Klage für den gesamten Zeitraum	Klage für den Zeitraum 01/14 – 11/14 (ohne Dez. 2013 + Dez.2014)
Verdienst aus Annahmeverzug	39000,- EUR (13 Monate x 3000,- EUR)	33000,- EUR (11 Monate x 3000,- EUR)
Erhaltene Vergütung aus anderem Arbeitsverhältnis	30000,- EUR (4000,- + 11 Monate x 2000,- + 4000,-)	22000,- EUR (11 Monate x 2000,- EUR)
Ergibt einen Anspruch in Höhe von	9000,- EUR	11000,- EUR

In diesem Beispielfall ist es also für den Arbeitnehmer günstiger, Ansprüche nicht für den gesamten Zeitraum einzuklagen, in welchem sich der Arbeitgeber des „Hauptarbeitsverhältnisses“ im Annahmeverzug befand.

5. Anrechnung des „böswillig“ unterlassenen Verdienstes

Nach § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 Nr. 2 KSchG wird auch dasjenige gegengerechnet, was der Arbeitnehmer nicht verdient hat, weil er böswillig eine zumutbare Arbeit nicht angenommen hat. Bei einer Änderungskündigung ist dies dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer das zumutbare Änderungsangebot nicht unter Vorbehalt annimmt und während des Kündigungsschutzprozesses nicht zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterarbeitet. Allerdings muss die angebotene Arbeit zumutbar sein (BAG v. 26.09.2007- 5 AZR 870/06). Bei der Prüfung der Zumutbarkeit kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht die vertragsgemäße, aber eine andere Arbeit an, so bedeutet dies nicht ohne weiteres, dass das Angebot unzumutbar ist (siehe dazu Erfurter Kommentar - Preis, § 615 BGB Rn. 98f.).

6. Zusammenfassung:

- a) Mit Zugang der Kündigungsschutz- oder Entfristungsklage liegt auch ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers gemäß § 295 BGB vor, das den Annahmeverzugsanspruch auslöst, wenn auch die weiteren Voraussetzungen gegeben sind. Wird die Drei-Wochenfrist ausgeschöpft, kann nach Ende einer (unwirksamen) Befristung eine Lücke beim Annahmeverzug entstehen, wenn nicht unmittelbar nach dem Ende die Arbeitskraft angeboten wird.
- b) Erhebt der Arbeitnehmer eine Kündigungs- oder Entfristungsklage, so wahrt er damit auch tarif- oder arbeitsvertragliche Ausschlussfristen für den Annahmeverzugslohn, die eine rechtzeitige Geltendmachung gegenüber dem Arbeitgeber (1.Stufe) und erforderlichenfalls die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis (2.Stufe) verlangen (BAG v. 19.09.2012 - 5 AZR 627/11). Aber Achtung: Wenn die Ausschlussfristen-Regelung auf die Rechtskraft der Bestandschutzstreitigkeit abstellt und erst ab diesem Zeitpunkt die Ausschlussfristen zu laufen beginnen, sollte vorsorglich innerhalb dieser Fristen geltend gemacht und geklagt werden.
- c) Im Einzelfall kann es wegen der Anrechnung des Zwischenverdienstes günstiger sein, nicht den gesamten streitigen Annahmeverzugszeitraum einzuklagen. Beispielsweise wenn der Arbeitnehmer in dem eingeklagten Zeitraum in einem anderweitigen Arbeitsverhältnis eine Sonderzahlung erhält, die er im Arbeitsverhältnis, um dessen Fortbestand gestritten wird, nicht erhalten hätte, § 615 Satz 2 BGB. Die jeweiligen Verdienste sind nach Zeitabschnitten gegenüberzustellen und es ist danach zu beurteilen, welcher Zeitraum am günstigsten einzuklagen ist.