



## Annahmeverzug des Arbeitgebers oder böswillig unterlassene Weiterarbeit des Arbeitnehmers nach Änderungskündigung?

Strengt ein Arbeitnehmer nach erklärter Arbeitgeberkündigung ein Kündigungsschutzverfahren an, besteht auf Arbeitgeberseite regelmäßig das Risiko der Zahlungsverpflichtung von Annahmeverzugslohn, wenn sich die erklärte Kündigung nachträglich als unwirksam erweist.

Diese Zahlungspflicht aus Annahmeverzug kann gem. § 615 Satz 2 BGB bzw. § 11 Satz 1 Ziff. 2 KSchG u. a. dann entfallen, wenn der Arbeitnehmer es während des laufenden Kündigungsschutzverfahrens böswillig unterlässt, bei seinem bisherigen oder einem anderen Arbeitgeber zu arbeiten und damit Verdienst zu erzielen.

Im Urteil vom 16. Juni 2004 hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) erneut Anlass, sich mit dieser Fragestellung auseinander zu setzen:

Mit betriebsbedingter Änderungskündigung versuchte die Arbeitgeberseite die Arbeitsbedingungen des Klägers dahin zu gestalten, dass statt des bisher gewährten monatlichen Fixgehältes von ca. 6.700 Euro künftig ein fester Anteil von 4.000 Euro (ca. 60 Prozent) und ein variabler Anteil von ca. 40 Prozent gezahlt werden sollte. Der Kläger lehnte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu diesen geänderten Bedingungen ab und erhob Änderungskündigungsklage. Dieser Klage gab das Arbeitsgericht rechtskräftig statt und erklärte die Änderungskündigung für unwirksam.

### Instanzgerichte: böswilliges Unterlassen von Arbeitsleistung

Gegenstand der BAG-Entscheidung vom 16. Juni 2004 sind Ansprüche auf Zahlung von Annahmeverzugslohn. Der Kläger arbeitete während des gerichtlichen Änderungskündigungsschutzverfahrens bis zur späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Eigenkündigung nicht und begehrt für diesen Zeitraum Annahmeverzugslohn. Das BAG setzt sich mit der Frage auseinander, ob der Kläger seine Arbeit deshalb nicht fortzusetzen hatte, weil durch den Arbeitgeber Arbeit nicht zum ursprünglich

vereinbarten Gehalt sondern zu den mit der Änderungskündigung erstrebten geänderten Bedingungen angeboten wurde. Der Kläger argumentierte, ein Fall des böswilligen Unterlassens der Fortsetzung seiner Tätigkeit liege nicht vor, da ihm die Arbeitsaufnahme zu diesen geänderten Bedingungen unzumutbar gewesen sei. Damit sei ihm nicht wirksam Arbeit zugewiesen worden und der Arbeitgeber habe ihn vollständig zu vergüten trotz nicht erbrachter Arbeitsleistung. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht wiesen den Zahlungsantrag des Klägers mit der Begründung ab, er habe es böswillig unterlassen, seine Tätigkeit fortzusetzen. Denn bei Erfolg der gegen die Änderungskündigung gerichteten Änderungskündigungsklage, also der Feststellung der Unwirksamkeit dieser Kündigung, hätte der Kläger einen Anspruch auf Weiterzahlung der vertragsgemäßen höheren Fixvergütung für seine zwischenzeitlich geleistete Tätigkeit gehabt. Die dem Kläger bekannte schwierige wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers rechtfertigten den Vorwurf des böswilligen Unterlassens der Fortsetzung seiner Tätigkeit.

### BAG: Kriterienkatalog

Dieser Sichtweise tritt das BAG entgegen. Die bloße Erhebung einer Änderungskündigungsklage führe nicht zwangsläufig zur Zumutbarkeit der Fortsetzung der Tätigkeit. Das BAG statuiert: „Die Aussicht auf eine spätere Nachzahlung ist der aktuellen Bezahlung nicht gleich zu setzen“.

Allerdings meint das BAG im Ausgangspunkt, die Fortsetzung der selben Tätigkeit zu einer verminderter Vergütung sei nicht von vorn herein unzumutbar. Insbesondere Änderungskündigungen, mit welchen lediglich geringfügige Änderungen, etwa der Abbau einer Vergünstigung oder Zulage erzielt werden sollen, begründen regelmäßig die Verpflichtung des Arbeitnehmers zunächst zu diesen geänderten Bedingungen weiter zu arbeiten. Der Arbeitnehmer, der hier das Änderungsangebot vorbehaltlos ablehnt und „es darauf ankommen lässt“, handle rücksichtslos und sei nicht schutzwürdig. Mit dieser Betrachtung



## Annahmeverzug des Arbeitgebers oder böswillig unterlassene Weiterarbeit des Arbeitnehmers nach Änderungskündigung?

tungsweise findet sich das BAG auf einer Linie mit wesentlichen Stimmen der juristischen Literatur, welche bei Verdienstminderungen von 10 bis 20 Prozent die Weiterarbeit während des Änderungschutzprozesses grundsätzlich als zumutbar annehmen.

Für die Beurteilung seien aber stets die konkreten Umstände des Einzelfalls heranzuziehen, insbesondere bei gravierenden Änderungen wie im vorliegenden Fall, so das BAG weiter. Zu diesen Umständen gehören:

- > die Beurteilung des Umfangs und der Dauer der Verdiensteinbuße und deren Bedeutung für den Arbeitnehmer,
- > inwieweit eine konkrete Aussicht auf „flexible Vergütungsbestandteile“ bestand,
- > die Angemessenheit der geminderten Vergütung in Relation zur zu erbringenden Arbeit,
- > die Betrachtung des bisherigen vertraglich vereinbarten Verdienstes im Verhältnis zum angebotenen geänderten Verdienst,
- > die wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers, bestehende Lohnrückstände im Unternehmen,
- > das Risiko des Mitarbeiters aus einer eventuellen Insolvenz des Arbeitgebers.

Aufgrund unzureichender Aufklärung dieser Umstände sah sich das BAG an einer eigenen abschließenden Entscheidung gehindert und verwies den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung zurück an das Landesarbeitsgericht.

### Fazit

Die „Zitterpartie“ des Arbeitgebers, erst am Ende eines Kündigungsschutz-/Änderungsschutzverfahrens Gewissheit darüber zu haben, ob die erklärte Kündigung Wirksamkeit entfaltet und bei Unwirksamkeit Annahmeverzugsvergütung über gegebenenfalls mehrere Jahre zu zahlen ist, beendet dieses Urteil nicht. Der aufgestellte Katalog des BAG bietet jedoch ein hilfreiches Instrumentarium bei der Risikoabwägung und der Gestaltung der Fortführung von Arbeitsverhältnissen nach erklärter Kündigung. Die Gestaltungsmöglichkeiten im Einzelnen hängen jeweils vom konkreten Verhalten des Mitarbeiters nach erklärter Kündigung und den in diesem Zusammenhang durch den Mitarbeiter abgegebenen Erklärungen ab. Erweist sich die Tätigkeit als im Einzelfall zumutbar, liegt böswilliges Unterlassen der Arbeitsaufnahme durch den Mitarbeiter vor, wenn er nicht weiter arbeitet. Die Verpflichtung zur Zahlung der Annahmeverzugsvergütung entfällt dann ganz bzw. teilweise, auch wenn sich die Kündigung später als unwirksam erweist. Nicht zuletzt stellt das BAG Leitlinien für den Sachvortrag im Rechtsstreit um die Zahlungspflicht des Arbeitgebers nach erklärter Kündigung bereit.

Die vorgenannten Informationen wurden bfd mit freundlicher Unterstützung von Rödl & Partner zur Verfügung gestellt.

Der gesamte Inhalt der Newsletter ist geistiges Eigentum der **Rödl & Partner GbR** und steht unter Urheberschutz. Nutzer dürfen den Inhalt nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Änderung, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedarf der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.

Für die vorgenannten Inhalte kann keine Gewähr für die Korrektheit, Vollständigkeit und Aktualität übernommen werden.