

Annahmeverzugsrisiko vermeiden

Prozessbeschäftigung



Dr. Anja Sommer,
Rechtsreferendarin und wissenschaftliche
Mitarbeiterin, a.lanz Rechtsanwältin,
Frankfurt



Dr. Joachim Wichert,
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Wirtschaftsmediator, a.lanz Rechtsanwältin,
Frankfurt

In nahezu jedem Kündigungsschutzprozess hat der Arbeitgeber ein Annahmeverzugsrisiko: Verliert er, muss er i. d. R. den gesamten rückständigen Lohn nachzahlen, ohne dass er die Arbeitsleistung erhalten hat. Bei einem langjährigen Prozess durch mehrere Instanzen können da erhebliche Beträge zusammenkommen. Dies vermeidet eine Prozessbeschäftigung: Der Arbeitgeber bietet dem Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist die (Weiter-)Beschäftigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigung an. Allerdings hat die Sache ein paar Tücken ...

1 Annahmeverzug

Der Annahmeverzugslohn ist in §§ 615, 611 BGB geregelt. Die Voraussetzungen für den Annahmeverzug ergeben sich aus dem allgemeinen Schuldrecht, nämlich §§ 296 ff. BGB. Erforderlich ist:

- Das Arbeitsverhältnis besteht über den Kündigungstermin hinaus fort, die Kündigung ist also unwirksam.
- Der Arbeitnehmer muss leistungsfähig sein. Das ist er im Falle der Arbeitsunfähigkeit nicht.
- Er muss zudem leistungswillig sein. Allerdings braucht er seine Arbeitsleistung nach dem Kündigungstermin nicht gesondert anzubieten.
- Der Arbeitgeber nimmt die Arbeitsleistung nicht an.

Bei Annahmeverzug muss der Arbeitgeber den Lohn zahlen, obwohl er die Arbeitsleistung nicht erhalten hat. Allerdings sehen § 615 Satz 2 BGB, § 11 KSchG folgende Einschränkung vor: Der Arbeitnehmer hat sich das-

jenige auf den Annahmeverzugslohn anrechnen zu lassen, was er infolge des Unterbleibens der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeit erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Wichtig

In der Praxis zeigt sich, dass diese Anrechnungsmöglichkeit regelmäßig nur greift, wenn der Mitarbeiter in der Zwischenzeit tatsächlich arbeitet. Denn für den Arbeitgeber ist es so gut wie unmöglich, herauszufinden, welches zumutbare Arbeitsverhältnis bei einem Dritten der gekündigte Arbeitnehmer eventuell böswillig ausgeschlagen hat. Anders ist es, wenn der Arbeitgeber selbst eine Prozessbeschäftigung anbietet.

2 Prozessbeschäftigung

Mit einer Prozessbeschäftigung wird nicht das ursprüngliche Arbeitsverhältnis fortgesetzt. Vielmehr schließen die Parteien einen neuen befristeten oder auflösend bedingten Arbeitsvertrag. Ob eine Befristung oder eine Bedingung vorliegt, soll aus der Formulierung des Beschäftigungsangebots folgen (BAG, Urt. v. 19.1.2005 – 7 AZR 113/04; Urt. v. 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, AuA 10/04, S. 50):

- Ein Weiterbeschäftigungsangebot bis zur „rechtskräftigen Abweisung“ der Kündigungsschutzklage enthält danach eine Bedingung. Denn ob das Gericht die Klage tatsächlich abweist, ist ungewiss.
- Ein Weiterbeschäftigungsangebot „bis zum Abschluss des Rechtsstreits“ enthält eine Befristung.

In beiden Fällen unterliegt die Prozessbeschäftigung jedenfalls den Voraussetzungen des TzBfG. Das bedeutet:

- Die Befristung oder Bedingung bedarf gemäß §§ 21, 14 Abs. 1 TzBfG eines sachlichen Grundes. Regelmäßig wird ein solcher ungeschriebener Sachgrund aufgrund des laufenden Kündigungsschutzprozesses anzunehmen sein. Denn der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse an der befristeten oder bedingten Weiterbeschäftigung (vgl. Bayreuther in: BeckOK-TzBfG, 2011, § 14 Rdnr. 79 ff.; Ricken, NZA 2005, S. 323, 329 f.). Soweit ersichtlich, hat das BAG dies aber bislang noch nicht ausdrücklich bestätigt. Wer ganz sicher gehen will, bietet daher eine Prozessbeschäftigung über einen Prozessteilvergleich an. Dann liegt ein Befristungsgrund gem. § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG vor (so Müller-Glöge in: ErfKomm., 12. Aufl. 2012, § 14 TzBfG Rdnr. 76).
- Nach ständiger Rechtsprechung ist auch das Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG einzuhalten (BAG, Urt. v. 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, AuA 10/04, S. 50; Sittard/Ulbrich, RdA 2006, S. 218; Ricken, NZA 2005, S. 323, 329). Bei Missachtung gilt das Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Das ist besonders ärgerlich, wenn sich die Kündigung als rechtswirksam herausstellt, der Arbeitgeber den Mitarbeiter aufgrund des neuen Arbeitsverhältnisses aber dennoch weiterbeschäftigen muss.

Anders ist es nur, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht freiwillig weiterbeschäftigt. I. d. R. geht es um folgende Fallkonstellation: Der Arbeit-

nehmer hat einen vorläufig vollstreckbaren Weiterbeschäftigungstitel und droht die Vollstreckung an. Der Arbeitgeber ist nur bereit, ihn weiterzubeschäftigen, um die Zwangsvollstreckung zu vermeiden. In einem solchen Fall kommt kein neues Arbeitsverhältnis zustande. Vielmehr entsteht ein rein faktisches Arbeitsverhältnis, das nicht unter das TzBfG fällt (vgl. BAG, Urt. v. 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, AuA 10/04, S. 50; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 29.9.2011 – 5 Sa 155/11; Bayreuther in: BeckOK-TzBfG, 2011, § 14 Rdnr. 80).

3 Annahmeverzug bei Angebot der Prozessbeschäftigung

Lehnt der Arbeitnehmer das Angebot zur Prozessbeschäftigung ab, kann dies schon den Annahmeverzug entfallen lassen. Denn Voraussetzung ist ja, dass der Mitarbeiter leistungswillig ist. Allerdings wird man ihm dies nur absprechen können, wenn ihm die Prozessbeschäftigung auch zumutbar ist (vgl. BAG, Urt. v. 17.8.2011 – 5 AZR 251/10, DB 2012, S. 238; v. 13.7.2005 – 5 AZR 578/04, NZA 2005, S. 1348).

Alternativ lässt sich argumentieren, dass der Annahmeverzug als solcher zwar nicht entfällt, wenn der Arbeitnehmer eine zumutbaren Prozessbeschäftigung ablehnt, er aber den Verdienst böswillig unterlässt und der fiktive Verdienst gem. § 615 Satz 2 BGB, § 11 KSchG anzurechnen ist (BAG, Urt. v. 7.2.2007 – 5 AZR 422/06, NZA 2007, S. 61; v. 24.9.2003 – 5 AZR 500/02, AuA 2/04, S. 45).

Nimmt der Mitarbeiter die angebotene Prozessbeschäftigung an, ist er leistungswillig. Der Annahmeverzug bleibt dann bestehen. In dem Angebot, den Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses vorläufig weiterzubeschäftigen, liegt nämlich keine Annahme der geschuldeten Leistung (BAG, Urt. v. 7.2.2007, a. a. O.; v. 13.7.2005, a. a. O.; v. 24.3.2004, a. a. O.). Der Arbeitgeber bringt damit vielmehr zum Ausdruck, dass er die Leistung gerade nicht als Erfüllung des abgeschlossenen Arbeitsvertrags annimmt (BAG, Urt. v. 14.11.1985 – 2 AZR 98/84, NJW 1986, S. 2846, 2847 f.). Um den Annahmeverzug zu verhindern, bleibt ihm demnach nur, die Kündigung zurückzunehmen und die Weiterbeschäftigung ohne Bedingung oder Befristung anzubieten (LAG Köln, Urt. v. 5. 7.2002 – 11 Sa 559/01, NZA-RR 2003, S. 308).

Wichtig

Aber auch wenn der Annahmeverzug fortbesteht: Der für die Dauer der Prozessbeschäftigung erhaltene Lohn wird gem. § 615 Satz 2 BGB, § 11 KSchG angerechnet. Das Annahmeverzugsrisiko reduziert sich auf null.

4 Zumutbarkeit: Rolle des Kündigungsgrundes

Die Prozessbeschäftigung muss für den Arbeitnehmer zumutbar sein. Nur dann liegt ein böswilliges Unterlassen vor, wenn er eine befristete Prozessbeschäftigung ablehnt. Eine wichtige Rolle spielt dabei der Kündigungsgrund:

- Bei der betriebs- und personenbedingten Kündigung hält das BAG die vorläufige Weiterbeschäftigung für den Arbeitnehmer i. d. R. für zumutbar (Urt. v. 14.11.1985 – 2 AZR 98/84, NJW 1986, S. 2846).
- Handelt es sich dagegen um eine außerordentliche oder eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung, ist eine vorläufige Weiterbeschäftigung für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses grundsätzlich unzumutbar (BAG, Urt. v. 24.9.2003, a. a. O.; v. 14.11.1985, a. a. O.). Besondere Umstände können die Prozessbeschäftigung aber zumutbar machen. Vor allem kommt es auf das Verhalten des Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses an. Stellt er

zusammen mit der Kündigungsschutzklage einen Antrag auf Weiterbeschäftigung, ist ihm grundsätzlich auch die Prozessbeschäftigung zumutbar. In diesem Fall müsste er das Gegenteil substantiiert begründen (BAG, Urt. v. 24.9.2003, a. a. O.). Auch andere Umstände können zu berücksichtigen sein. Dem Mitarbeiter ist etwa die Annahme des Weiterbeschäftigungsangebots zumutbar, wenn der Kündigungsgrund „an sich“ vorliegt und die Rechtswidrigkeit der Kündigung erst aus der Interessenabwägung folgt (BAG, Urt. v. 24.9.2003, a. a. O.). Das Prozessverhalten des Arbeitgebers kann ebenfalls eine Rolle spielen. Zu forscher Prozessvortrag steht dann u. U. einer Prozessbeschäftigung entgegen.

Übersicht	
Zumutbarkeit der Prozessbeschäftigung	
Regel-Ausnahme-Verhältnis des BAG	
Prozessbeschäftigung i. d. R. unzumutbar bei	Prozessbeschäftigung i. d. R. zumutbar bei
– verhaltensbedingter Kündigung	– betriebsbedingter Kündigung
– außerordentlicher Kündigung	– personenbedingter Kündigung
Besondere Umstände des Einzelfalls	
↓ Prozessbeschäftigung ausnahmsweise zumutbar	↓ Prozessbeschäftigung ausnahmsweise unzumutbar

5 Zumutbarkeit: Geänderte Vertragskonditionen

Die Prozessbeschäftigung kann sich auf die bisherige Tätigkeit des Arbeitnehmers beziehen. Aber darf der Arbeitgeber auch eine anderweitige Beschäftigung anbieten, die von den bisherigen Vertragskonditionen abweicht?

Das BAG vertrat zunächst die Auffassung, dass sich die angebotene Prozessbeschäftigung im Rahmen des bisherigen Arbeitsvertrags und des Direktionsrechts halten muss (Urt. v. 3.12.1980 – 5 AZR 477/78, AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 4). Diese Rechtsprechung ist aber inzwischen überholt. Nun gilt: Auch das Angebot einer Beschäftigung zu anderen Arbeitsbedingungen kann zumutbar sein (BAG, Urt. v. 7.2.2007, a. a. O.). Das BAG formuliert dort wie folgt: „§ 615 Satz 2 BGB 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 bedeutet: Weder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen noch eine dementsprechende verminderte Vergütung führt schon zur Unzumutbarkeit. Maßgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls. Von Bedeutung sind insbesondere die Art der Änderung sowie die Gründe, warum der Arbeitgeber keine vertragsgemäße Arbeit anbietet und der Arbeitnehmer die Prozessbeschäftigung abgelehnt hat (BAG, Urt. v. 7.2.2007, a. a. O.).

Praxistipp

Es ist schwer vorauszusagen, wann das Angebot einer Prozessbeschäftigung zu anderen Arbeitsbedingungen unzumutbar ist. Der ablehnende Arbeitnehmer hat also ein nicht unerhebliches finanzielles Risiko. Darum sollte der Arbeitgeber auch und gerade eine Weiterbeschäftigung zu abweichenden Bedingungen in Betracht ziehen.

6 Prozessbeschäftigung bei Betriebsübergang

Auch im Falle eines Betriebsübergangs lässt sich das Annahmeverzugsrisiko eindämmen. Widerspricht ein Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses, wird der alte Arbeitgeber regelmäßig wegen Wegfall des Arbeitsplatzes betriebsbedingt kündigen. Dann kann dem Mitarbeiter eine für den Annahmeverzug relevante Weiterbeschäftigung im übergegangenen Betrieb zu den bisherigen Bedingungen bis zum Ende des Kündigungsschutzprozesses angeboten und so das Annahmeverzugsrisiko des Veräußerers reduziert werden (BAG, Urt. v. 9.9.2010 – 2 AZR 582/09; v. 19.3.1998 – 8 AZR 139/97, NZA 1998, S. 750, 752). Das kann auf zweierlei Weise geschehen:

- Entweder der Betriebsveräußerer bietet dem widersprechenden Mitarbeiter eine Beschäftigung beim Übernehmer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung an. Die Voraussetzungen für eine wirksame Arbeitnehmerüberlassung müssen dann vorliegen.
- Oder der Übernehmer selbst bietet dem Arbeitnehmer eine befristete oder bedingte Prozessbeschäftigung im übergegangenen Betrieb an.

Praxistipp

Der Übernahmevertrag zwischen Betriebsveräußerer und Erwerber sollte regeln, dass eine befristete oder bedingte Beschäftigung widersprecher der Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen Urteil über den Kündigungsschutzprozess möglich ist und auf welchem Wege dies geschehen soll. Der Erwerber könnte allerdings für dieses Zugeständnis einen finanziellen Ausgleich verlangen.

7 Prozessbeschäftigung bei unwiderruflicher Freistellung

Bei einer ordentlichen Kündigung stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer häufig bis zum (vermeintlichen) Ende des Arbeitsverhältnisses unwiderruflich frei. Der Mitarbeiter geht üblicherweise dagegen nicht vor. Rechtsdogmatisch ist dieser Vorgang so zu bewerten:

Die Freistellungserklärung des Arbeitgebers ist – im Hinblick auf die Arbeitspflicht des Mitarbeiters – als Angebot zum Abschluss eines Änderungs- bzw. Erlassvertrags zu interpretieren. Dieses nimmt der Arbeitnehmer ausdrücklich oder konkludent gem. § 151 BGB an (vgl. BAG, Urt. v. 9.6.2006 – 5 AZR 703/05, AuA 2/07, S. 115; Meyer, NZA 2011, S. 1249, 1250). Da der Mitarbeiter im Falle der unwiderruflichen Freistellung die tatsächliche Beschäftigung nicht mehr fordern darf, kann der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug geraten. Daher kommt bis zum Ablauf der Kündigungsfrist eine Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes nach § 615 Satz 2 BGB nicht mehr in Betracht – auch nicht im Rahmen der Prozessbeschäftigung (BAG, Urt. v. 19.3.2002 – 9 AZR 16/01, NZA 2002, S. 1055; LAG Köln, Urt. v. 27.10.2006 – 4 Sa 796/06, AuA 6/07, S. 369; Lüderitz/Pawlak, NZA 2011, S. 313, 314).

Wichtig

Der Arbeitgeber sollte nicht vorschnell eine unwiderrufliche Freistellung aussprechen. Er muss dann auf jeden Fall die Vergütung fortzahlen, ohne die Arbeitsleistung zu erhalten. Zudem verliert er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist jede Möglichkeit, Einfluss auf den Arbeitnehmer zu nehmen.

Nach Ablauf der Kündigungsfrist gerät der Arbeitgeber wieder in Annahmeverzug. Die unwiderrufliche Freistellung ist regelmäßig so auszulegen, dass sie bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gelten soll. Danach kann er also wieder eine annahmeverzugsrelevante Prozessbeschäftigung anbieten.

8 Vor- und Nachteile der Prozessbeschäftigung

Die Prozessbeschäftigung hat im Wesentlichen zwei Vorteile für den Arbeitgeber:

- Zum einen vermeidet sie das Risiko, dass er für eine nicht erfolgte Arbeitsleistung Lohn zahlen muss. Der Arbeitnehmer kann das Angebot annehmen, dann erbringt er die Gegenleistung für die zu zahlende Vergütung. Oder er lehnt es ab, dann läuft er Gefahr, dass ihm wegen des Wegfalls des Annahmeverzugs oder wegen der Anrechnung gem. § 615 Satz 2 BGB, § 11 KSchG kein Annahmeverzugslohn zusteht.
- Zum anderen hat das Angebot der Prozessbeschäftigung einen nicht zu unterschätzenden psychologischen Vorteil. Der Mitarbeiter muss sich nämlich mit der Frage auseinandersetzen, was ihn künftig erwartet, wenn er den Rechtsstreit gewinnt und weiterarbeitet. Dadurch hat sich schon manche unmäßige Abfindung auf ein erträgliches Maß reduziert.

Der Hauptnachteil der Prozessbeschäftigung besteht darin, dass sie womöglich den Kündigungsgrund unterläuft, und zwar bei jeder Art der Kündigung (vgl. Lüderitz/Pawlak, NZA 2011, S. 313, 315 f.):

- Bei einer betriebsbedingten Kündigung wird es fraglich, ob der Arbeitsplatz tatsächlich weggefallen ist oder keine andere Beschäftigungsmöglichkeit besteht.
- Bei einer personenbedingten Kündigung kann widerlegt sein, dass der Betreffende nicht geeignet ist, die Arbeitsleistung zu erbringen.
- Bei einer verhaltensbedingten Kündigung lässt sich nur noch schwer argumentieren, die Weiterbeschäftigung sei unzumutbar.

Praxistipp

Die Prozessbeschäftigung kann also dazu führen, dass eine möglicherweise wirksame Kündigung unwirksam wird. Sie sollte daher möglichst nicht die Kündigungsgründe konterkarieren. Diese Gefahr besteht vor allem, wenn der ursprüngliche Arbeitsplatz angeboten wird.

Weiterhin kann die Prozessbeschäftigung eines unzufriedenen (ehemaligen) Mitarbeiters das Betriebsklima belasten. Nicht selten befürchtet auch die Geschäftsleitung einen Gesichtsverlust, wenn der Gekündigte zumindest vorübergehend weiterarbeitet.

Diese Vor- und Nachteile gilt es im Einzelfall abzuwägen. Allgemein lässt sich sagen: Je sicherer sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess fühlt, desto eher wird er das Annahmeverzugsrisiko in Kauf nehmen und umgekehrt.

9 Fazit

Mit der Prozessbeschäftigung lässt sich das Annahmeverzugsrisiko vermeiden. Der Arbeitgeber muss nicht zwingend den alten oder einen vergleichbaren Arbeitsplatz anbieten. Sowohl die Art der Tätigkeit als auch die Vergütung dürfen abweichen, sofern dies für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Die Prozessbeschäftigung kann aber die Kündigungsgründe konterkarieren, so dass der Arbeitgeber den Prozess verliert. Zudem stellt das TzBfG formelle Hürden auf, über die schon mancher gestolpert ist. Daher ist stets sehr sorgfältig zu prüfen, ob im konkreten Fall eine Prozessbeschäftigung sinnvoll ist.