



Hendrik François

Annahmeverzug  
des Arbeitgebers unter  
besonderer Berücksichtigung  
eines Prozessbeschäftigung-  
verhältnisses



PETER LANG

# **1. Abschnitt: Einleitung, Aufbau und Ziel der Untersuchung**

## **A. Einleitung**

In Zeiten wirtschaftlicher Rezession steigt die Bereitschaft aufseiten des Arbeitgebers, sich von Mitarbeitern zu trennen, um durch Senkung der Personalkosten die Konkurrenzfähigkeit des Unternehmens zu erhalten. Eine (unwirksame) Kündigung kann jedoch, entgegen der eigentlichen Intention des Arbeitgebers, zu erheblichen Verzugsansprüchen gemäß § 615 BGB führen. In jüngster Zeit befasste sich das Bundesarbeitsgericht<sup>1</sup> mit dieser Thematik im sogenannten „Emmely-Fall“, der über geraume Zeit im Focus des öffentlichen Interesses stand. Eine 52-jährige Kassiererin – Emmely – wurde am 22.02.2008 nach über 30-jähriger Betriebszugehörigkeit von ihrem Arbeitgeber, der Supermarktkette „Kaiser's Tengelmann“, wegen der Unterschlagung zweier Pfandbons im Gesamtwert von 1,30 € außerordentlich gekündigt. Dagegen erhob die Arbeitnehmerin Kündigungsschutzklage. Ungeachtet der gesellschaftspolitischen Proteste wiesen das Arbeitsgericht Berlin<sup>2</sup> und das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg<sup>3</sup> die Klage ab. Sie schlossen sich der Argumentation des Arbeitgebers an, wonach das Vertrauen in die Mitarbeiterin irreversibel zerstört sei. Das BAG<sup>4</sup> hob am 10.06.2010 die Kündigung auf. Der Beklagten stehen nunmehr Verzugsansprüche in Höhe von rund 27,5 Monatsgehältern gegen die Supermarktkette „Kaiser's Tengelmann“ zu.

Die Thematik des Annahmeverzuges ist somit für Arbeitsvertragsparteien, insbesondere bei streitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses, von großer Bedeutung. Trotz seiner Relevanz finden sich in den einschlägigen Fachzeitschriften nur vereinzelt Autoren, die sich neben den Voraussetzungen in § 615 S. 1 BGB auch mit den damit im Zusammenhang stehenden Folgeproblemen – wie etwa dem Prozessbeschäftigungsverhältnis – auseinandersetzen.

---

1 Im Folgenden abgekürzt: BAG

2 ArbG Berlin, 21.08.2008 – 2 Ca 3632/08.

3 LAG Berlin-Brandenburg, NZA-RR 2009, 188 (195ff.), 24.02.2009 – 7 Sa 2017/08 (Berufungsinstanz).

4 BAG, 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 (bislang nur Pressemitteilung).

## B. Aufbau und Ziel der Untersuchung

Die vorliegende Dissertation unterteilt sich unter Einbeziehung der Einleitung (1. Abschnitt) und Schlussbetrachtung (6. Abschnitt) in vier Teilabschnitte (Abschnitte 2-5), die sich aus verschiedenen Blickwinkeln mit der Materie des Annahmeverzuges gemäß § 615 BGB beschäftigen. Im Vordergrund der Betrachtung steht zum einen die Frage nach dem tatsächlichen Bestehen des arbeitgeberseitigen „Annahmeverzugsrisikos“<sup>5</sup>, das vornehmlich durch die Klagequote und die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens bestimmt wird. Des Weiteren erörtert die Arbeit schwerpunktmäßig das Prozessbeschäftigungsverhältnis im Rahmen des TzBfG. Es ist insgesamt ein besonderes Anliegen dieser Arbeit, die dogmatische Konzeption der BAG-Rechtsprechung vertieft zu eruieren.

Der zweite Abschnitt hat zunächst die tatbestandlichen Voraussetzungen des Annahmeverzuges im ungekündigten Arbeitsverhältnis gemäß § 615 S. 1 BGB i.V.m. §§ 293ff. BGB zum Gegenstand. Anschließend werden die arbeitsrechtlichen Besonderheiten nach Ausspruch einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung analysiert. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit eines verzugsbegründenden Angebotes unter Darlegung der diesbezüglichen Literaturauffassungen. Am 09.08.1984<sup>6</sup> änderte das BAG seine seit Jahrzehnten bestehende Rechtsprechung und distanzierte sich vom Erfordernis eines wörtlichen Angebotes durch den Arbeitnehmer. Nunmehr muss der Arbeitgeber auf der Grundlage des § 296 BGB dem Arbeitnehmer nach Ausspruch einer unwirksamen Kündigung einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen, ihm Arbeit zuweisen und täglich die Konkretisierung und Planung des Arbeitseinsatzes vornehmen. In der abschließenden Stellungnahme wird ein eigener, vom BAG abweichender Lösungsversuch zur Diskussion gestellt und seine Vereinbarkeit mit der betrieblichen Praxis untersucht.

Im Anschluss beantwortet der zweite Abschnitt die Frage, ob der Annahmeverzug nach Beendigung der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit automatisch eintritt oder der Arbeitnehmer angehalten ist, seine Wiedergenesung anzuzeigen.

Auch die an die Beendigung des Annahmeverzuges zu knüpfenden Voraussetzungen werden in Rechtsprechung und Literatur streitig diskutiert. Das Gesetz enthält dahingehend keine gesetzliche Regelung. Diese Regelungsbedürftigkeit

5 Also das Risiko, nach verlorenem Kündigungsschutzverfahren die Vergütung des Arbeitnehmers je nach Prozessdauer über Monate beziehungsweise Jahre nachzahlen zu müssen, ohne dafür vom Arbeitnehmer eine Gegenleistung erhalten zu haben, vergleiche Boecken/Topf, RdA 2004, 19 (24); Opolony, Anmerkung zu BAG, AP Nr. 113 zu § 615 BGB, 11.01.2006 – 5 AZR 98/05; Willemse, NJW 2000, 2779 (2782).

6 Grundlegend seit BAG, AP Nr. 34 zu § 615 BGB, 09.08.1984 – 2 AZR 374/83.

wird zum Anlass genommen, den Schwerpunkt der Dissertation auf den dritten Abschnitt zu legen.

Insoweit unstreitig endet der Annahmeverzug, wenn eine der ihn begründenden Voraussetzungen entfällt. Der Verfasser geht infolgedessen auf die Vorschriften des §§ 9 und 12 KSchG ein, die bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben. Des Weiteren erläutert er die rechtliche Konstruktion der einverständlichen und einseitigen Kündigungsrücknahme, um anschließend ihren Einfluss auf die Verzugsansprüche zu überprüfen. Die Rechtsnatur und die verschiedenen Erscheinungsformen der Prozessbeschäftigung bilden den nächsten Prüfungsgegenstand innerhalb des dritten Abschnitts. Im Nachfolgenden soll durch die Darstellung der BAG-Rechtsprechung und der Literaturauffassungen das zur Beendigung des Annahmeverzuges bestehende vielfältige Meinungsspektrum aufgezeigt werden. Insbesondere die Forderung des BAG nach der Rücknahme der Kündigung stößt im Schrifttum auf Kritik.<sup>7</sup> Die ablehnende Haltung veranlasst den Verfasser, sich mit einer bislang nur rudimentär behandelten Thematik zu beschäftigen: Berücksichtigt das Rücknahmegebot des BAG die verfassungsrechtlich gewährleistete Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers angemessen? Dabei werden umfassend die wirtschaftlichen Dimensionen des Annahmeverzuges anhand der vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales erstellten Gesamtstatistik für die Arbeitsgerichtsbarkeit<sup>8</sup> herausgearbeitet und die materiell-rechtlichen Folgen eines Weiterbeschäftigungsangebotes dargelegt.

Der vierte Abschnitt bezieht sich auf das Weiterbeschäftigteverhältnis und erörtert im Wesentlichen die höchstrichterlich ungeklärte Frage, ob die Prozessbeschäftigung einem der materiellen Kataloggründe des § 14 I S. 2 Nr. 1-8 TzBfG unterfällt beziehungsweise per se als unbenannter Sachgrund zu qualifizieren ist. § 14 TzBfG normiert nämlich nach herrschender Auffassung keinen abschließenden Sachgrundkatalog. Demgegenüber zweifeln Teile der Literatur die Vereinbarkeit des nicht abschließenden Sachgrundkatalogs in § 14 I S. 2 TzBfG mit dem europäischen Recht an. Des Weiteren geht der vierte Abschnitt unter anderem der Problematik nach, inwieweit beim Abschluss eines Prozessbeschäftigteverhältnisses eine schriftliche Abrede unter Wahrung der formalen Anforderungen des § 14 IV TzBfG getroffen werden muss.

Der fünfte Abschnitt konzentriert sich im Kern auf die Rechtsfolgenseite des Annahmeverzuges. In Anlehnung an § 615 S. 2 BGB gilt es zwischen den „er-

---

7 BAG, AP Nr. 39 zu § 615 BGB, 14.11.1985 – 2 AZR 98/84.

8 Ausgangspunkt der vorzunehmenden Untersuchung soll dabei die Gesamtstatistik über die durchschnittliche Verfahrensdauer von arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten sein, die am 03.12.2009 vom zuständigen Bundesministerium für Arbeit und Soziales veröffentlicht wurde, vergleiche [http://www.bmas.de/portal38022/2009\\_09\\_15\\_statistik\\_der\\_arbeitsgerichtsbarkeit\\_2008.html](http://www.bmas.de/portal38022/2009_09_15_statistik_der_arbeitsgerichtsbarkeit_2008.html).

sparten Aufwendungen“, durch „anderweitigen Erwerb erzielten“ und „böswillig unterlassenen“ Einkünften zu differenzieren. Die „ersparten Aufwendungen“ sind aktuell Gegenstand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gewesen. Das höchste deutsche Gericht<sup>9</sup> hatte die vom Landesarbeitsgericht Nürnberg aufgeworfene Frage nach der Vereinbarkeit des § 615 S. 2 BGB mit Art. 3 GG zu untersuchen. Im Rahmen der „Anrechnung anderweitigen Erwerbs“ besteht in der Literatur und Rechtsprechung Streit über den zeitlichen Umfang der Anrechnung. Insbesondere dann, wenn in verschiedenen Zeitabschnitten des Annahmeverzuges unterschiedlich hoher anzurechnender anderweitiger Erwerb des Arbeitnehmers vorliegt, kommt der Meinungsstreit zum Tragen. Ferner befassen sich die weiteren Ausführungen mit dem praxisrelevanten Sonderfall der einvernehmlichen und der einseitigen (berechtigten oder unberechtigten) Freistellung. Nutzt der Arbeitnehmer die Freistellungsphase um bei einem anderen Arbeitgeber tätig zu werden, stellt sich die Frage, ob er sich seine dadurch erzielten Einkünfte auf den fortzuzahlenden Lohn anrechnen lassen muss. Anhand der Rechtsprechungsnoten des BAG zum „böswillig unterlassenen Erwerb“ wird geprüft, inwieweit der „Anrechnungsvorbehalt“ in § 615 S. 2 BGB die finanzielle Verzugsbelastung des Arbeitgebers abmildert. Im Mittelpunkt steht die kontrovers geführte Diskussion, inwieweit die unterlassene Meldung des Arbeitnehmers bei der Agentur für Arbeit das Merkmal des böswilligen Unterlassens erfüllt und daher zu einer Anrechnung eines hypothetischen Erwerbs führt. In einem Exkurs thematisiert der fünfte Abschnitt die in einem Arbeitsvertrag fixierten vorformulierten zweistufigen Ausschlussfristen und die hierzu ergangene neue Rechtsprechung des BAG.

---

<sup>9</sup> Im Folgenden abgekürzt: BVerfG.