

# Aktuelles zum Annahmeverzug und Weisungsrecht

# Annahmeverzug

# Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst - Regelungsziel

## 1. Regelungsziel:

- **Pflicht des AN zur angemessenen Rücksichtnahme** auf die Belange des AG. Der AN soll seine Annahmeverzugsansprüche nicht ohne Rücksicht auf den AG durchsetzen können.
- § 11 Nr. 2 KSchG enthält wie § 615 Satz 2 BGB eine **Billigkeitsregelung** (*so bereits Motive zum BGB II S. 209*)

# Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst - Grundsätze

2. Der AN **unterlässt böswillig anderweitigen Verdienst**, wenn er
  - a) trotz Kenntnis aller objektiven Umstände **vorsätzlich** untätig bleibt, **Schädigungsabsicht** ist nicht erforderlich (*BAG 24.1.2024 – 5 AZR 331/22*),
  - b) eine ihm nach **Treu und Glauben (§ 242 BGB)** unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit **nicht aufnimmt**,
  - c) die Aufnahme der zumutbaren Arbeit **bewusst verhindert** (*BAG 12.10.2022 – 5 AZR 30/22*),
  - d) sich im Hinblick auf die Zahlungspflicht des AG **vorsätzlich mit einer zu geringen Vergütung zufrieden gibt** (*BAG 24.1.2024 – 5 AZR 331/22*).

# Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst - Gesamtabwägung

3. Erforderlich ist stets eine **Gesamtabwägung** der beiderseitigen Interessen.
4. Das **schließt es grundsätzlich aus**, einen bei dieser Gesamtabwägung zu berücksichtigenden Umstand losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls gleichsam **absolut** zu setzen (*BAG 12.10.2022 – 5 AZR 30/22*).

# Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst

5. Berücksichtigung **Sozialrechtliche Handlungspflichten** im Rahmen der Gesamtabwägung:

Sozialrechtliche Handlungspflichten bieten **Anknüpfungspunkte**, können aber nicht „eins zu eins“ übernommen werden.

- § 38 Abs. 1 SGB III: Pflicht, sich innerhalb von drei Tagen nach Erhalt einer außerordentlichen Kündigung bei der AA **arbeitsuchend zu melden** (*BAG 12.10.2022 - 5 AZR 30/22*).
- § 2 Abs. 5 SGB III: Pflicht zur **aktiven Mitarbeit** bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit (*BAG 27.5.2020 - 5 AZR 387/19*).
- Der AN ist bei Abfassen einer Bewerbung gehalten, alle **Bestrebungen zu unterlassen**, die der **Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses nach außen hin erkennbar entgegenlaufen** und den AG veranlassen, ihn schon vor einer persönlichen Vorstellung aus dem Bewerberkreis auszuschneiden (*BSG 5.9.2006 - B 7a AL 14/05 R*).

# Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst

- Meldet sich der AN bei der AA **arbeitssuchend** und geht er deren **Vermittlungsangeboten** nach, wird ihm regelmäßig keine vorsätzliche Untätigkeit vorzuwerfen sein.
- Aus § 11 Nr. 2 KSchG kann allerdings nicht abgeleitet werden, der AN dürfe in jedem Falle ein zumutbares Angebot der AA abwarten. Vielmehr kann die Abwägung der Interessen im Einzelfall für ihn auch die **Obliegenheit begründen, ein eigenes Angebot abzugeben**, wenn sich ihm eine realistische zumutbare Arbeitsmöglichkeit bietet (*BAG 22.3.2017 - 5 AZR 337/16*).
- Der AN ist jedoch nicht generell und ohne weiteres verpflichtet, sich **unermüdlich um eine zumutbare Arbeit zu kümmern** (*weitergehend LAG Berlin-Brandenburg 30.9.2022 - 6 Sa 280/22*).

# Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst

- Der **AG hat die Möglichkeit, dem AN geeignete Stellenangebote**, zB aus Zeitungsannoncen, Selbstinformationseinrichtungen der AA iSd. § 35 Abs. 3 Satz 1 SGB III oder privaten „Jobportalen“ **zu übermitteln**, um ihn aktiv zur Prüfung anderweitiger Beschäftigungsoptionen zu veranlassen (*so bereits BAG 16.5.2000 – 9 AZR 203/99*).



# Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst - Unzumutbarkeit

## 6. **Unzumutbarkeit** einer anderweitigen Arbeit:

Kann ihren Grund in der **Person des AG**, der **Art der Arbeit** oder den sonstigen **Arbeitsbedingungen** haben.

a) Die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Tätigkeit folgt **nicht allein schon aus einem geringeren Verdienst** im Verhältnis zum bisherigen.

§ 11 Nr. 2 KSchG schließt den Fall mit ein, dass der AG eine **vertragswidrige Arbeit anbietet**, weil das Angebot vertragsgerechter Arbeit zur Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrags bereits den Annahmeverzug beenden würde (*BAG 19.1.2022 - 5 AZR 346/21*).

# Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst - Unzumutbarkeit

## b) Stets **Einzelfallprüfung**:

- AN muss eine **erhebliche Verschlechterung** der Arbeitsbedingungen grundsätzlich nicht hinnehmen.
- Die andere Tätigkeit darf auch nicht mit den Pflichten aus dem gekündigten Arbeitsverhältnis kollidieren, weshalb beispielsweise die Aufnahme einer gegen ein **Wettbewerbsverbot** verstoßenden Konkurrenztaetigkeit unzumutbar wäre.
- Tätigkeit, bei der der zu erzielende **Nettoverdienst unter dem ALG I** liegt, ist regelmäßig nicht zumutbar anzusehen.

# Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst - Beweislast

## 7. Beweislast:

§ 11 Nr. 2 KSchG enthält eine **Einwendung** gegen den Annahmeverzugsanspruch. Hierfür trägt **grundsätzlich der AG die Darlegungs- und Beweislast**.

- Der AG hat im **ersten Schritt** konkret darzulegen, dass für den AN im Verzugszeitraum Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden.
- In Bezug auf die Vermittlungsbemühungen der AA hat er ergänzend einen **Auskunftsanspruch** gegen den AN (*BAG 27.5.2020 - 5 AZR 387/19*).
- **AN** hat sich zu den vom AG behaupteten Tatsachen wahrheitsgemäß und vollständig zu erklären (**sekundäre Darlegungslast**). Er hat sich insbesondere zu etwaigen Vermittlungsvorschlägen und seinen hierauf folgenden Bemühungen einzulassen.
- Die **Feststellungslast** hinsichtlich der Fragen, ob diese Vermittlungsvorschläge „zumutbare“ und im Falle einer Bewerbung verwirklichtbare Erwerbschancen dargestellt haben, bleibt beim AG.

# Direktionsrecht

# Versetzung ins Ausland - Grundsätze

## 1. Grundsätze:

- a) § 106 Satz 1 GewO hat **kein neues gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht** geschaffen, sondern setzt das vertragliche voraus.
- b) Diese Regelung knüpft daran an, dass das **Weisungsrecht das Kriterium** darstellt, das den **Arbeitsvertrag** von allen anderen Verträgen über Dienstleistungen unterscheidet. Als wesentlicher Inhalt des Arbeitsvertrags muss es nicht eigens vereinbart werden, sondern ist untrennbar mit ihm verbunden.
- c) Dem Arbeitsvertrag als solchem ist eine Begrenzung des Weisungsrechts auf Arbeitsorte in der Bundesrepublik Deutschland **nicht immanent** (*BAG 30.11.2022 – 5 AZR 336/21*).

# Versetzung ins Ausland - Grundsätze

- d) § 106 Satz 1 GewO sind - unabhängig von seiner rein deklaratorischen Bedeutung - für eine Einschränkung des Weisungsrechts in Bezug auf den Ort der Arbeitsleistung gleichfalls **keine Anhaltspunkte** zu entnehmen.
- e) Eine Einschränkung des Weisungsrechts dem Grunde nach - dem „Ob“ - kann sich allerdings **ausdrücklich oder konkludent** aus den getroffenen **vertraglichen Vereinbarungen** oder den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren **kollektivrechtlichen Regelungen** ergeben.
- f) Ein solches Verständnis des Weisungsrechts ist auch **interessengerecht**. Es ermöglicht eine einzelfallbezogene Prüfung und vermeidet grobe, holzschnittartige Kategorisierungen (*BAG 30.11.2022 – 5 AZR 336/21*).

# Versetzung ins Ausland

## 2. Konsequenz:

Aufgrund seines arbeitsvertraglichen Direktionsrechts kann der AG den AN anweisen, an einem Arbeitsort des Unternehmens im Ausland zu arbeiten, **wenn nicht im Arbeitsvertrag ausdrücklich oder den Umständen nach konkludent etwas anderes vereinbart** worden ist (*BAG 30.11.2022 – 5 AZR 336/21*).

# Versetzung ins Ausland

## 3. Billigkeitskontrolle:

Die **Ausübung des Weisungsrechts** im Einzelfall unterliegt nach § 106 GewO, § 315 BGB einer Billigkeitskontrolle.

- Beruht die Weisung auf einer **unternehmerischen Entscheidung** (zB Schließung eines Standortes), kommt dieser im Rahmen der Billigkeitsprüfung großes Gewicht zu.
- Der durch die Versetzung eintretende **Verlust tariflicher Ansprüche** berührt nicht den Inhalt des Arbeitsvertrags. Die Rechtsnormen eines Tarifvertrags gestalten das Arbeitsverhältnis „von außen“ und werden nicht Bestandteil der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen (*BAG 30.11.2022 – 5 AZR 336/21*).



# Direktionsrecht – Weisung außerhalb der Arbeitszeit

1. Ist der AG nach den betrieblichen Regeln berechtigt, die **Arbeitsleistung für den darauffolgenden Tag hinsichtlich Zeit und Ort zu konkretisieren**, besteht für den AN eine **Nebenpflicht** aus dem Vertragsverhältnis, die per SMS mitgeteilte Weisung zur Kenntnis zu nehmen, auch wenn diese den AN in seiner **Freizeit** erreicht.
2. **Begründung:** Nach **§ 241 Abs. 2 BGB** ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dazu gehört auch die Pflicht, im Zusammenwirken mit dem anderen Teil die **Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrags zu schaffen**, Erfüllungshindernisse nicht entstehen zu lassen oder zu beseitigen und dem anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen zu lassen (*BAG 23.8.2023 - 5 AZR 349/22*).

# Direktionsrecht – Weisung außerhalb der Arbeitszeit

3. Die Kenntnisnahme einer solchen Weisung in der Freizeit stellt **keine Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne** dar.

- a) Unter den Begriff Arbeitszeit fallen solche Zeitspannen, während deren dem AN Einschränkungen von solcher Art auferlegt werden, dass sie seine **Möglichkeit, die Zeit frei zu gestalten und sich seinen eigenen Interessen zu widmen, objektiv gesehen ganz erheblich beeinträchtigen**.
- b) **Erreichen die Einschränkungen keinen solchen Intensitätsgrad** und erlauben diese es dem AN, über seine Zeit zu verfügen und sich ohne größere Einschränkungen seinen eigenen Interessen zu widmen, liegt **keine Arbeitszeit** für die Zwecke der Anwendung der Richtlinie vor (*BAG 23.8.2023 - 5 AZR 349/22*).

# Direktionsrecht – Weisung außerhalb der Arbeitszeit

- c) Konkret:** Die Ruhezeit wird durch die Kenntnisnahme **nicht unterbrochen**, denn
- der Kläger kann **frei wählen**, zu welchem Zeitpunkt er die Weisung zur Kenntnis nimmt
  - der eigentliche Moment der Kenntnisnahme der SMS stellt sich als **zeitlich** derart **geringfügig** dar, dass auch insoweit von einer ganz erheblichen Beeinträchtigung der Nutzung der freien Zeit nicht ausgegangen werden kann
  - Auch der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zu den Fällen der Rufbereitschaft nicht thematisiert, dass der „**Ruf**“ **zur Arbeitsleistung** Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie sei.

# Arbeit auf Abruf – 20-Stunden-Fiktion

1. Bei der Vereinbarung von Arbeit auf Abruf ist nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG eine **Mindestarbeitszeit** festzulegen.
2. **Regelungszweck** ist zu verhindern, dass der AG den AN während des bestehenden Arbeitsverhältnisses überhaupt nicht zur Arbeitsleistung heranzieht.
3. Die **fehlende Festlegung** einer bestimmten Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit führt nicht zur Unwirksamkeit der vereinbarten Arbeit auf Abruf. Vielmehr gilt in diesem Fall nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine wöchentliche Arbeitszeit von **20 Stunden** als vereinbart (*BAG 18.10.2023 – 5 AZR 22/23*).

# Arbeit auf Abruf – 20-Stunden-Fiktion

4. Arbeitet der AN im Laufe des Arbeitsverhältnisses tatsächlich länger oder kürzer als die fingierten 20 Stunden/Woche, kann von einer abweichenden Vereinbarung im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** nur dann ausgegangen werden, wenn
  - Im konkreten Fall die **gesetzliche Regelung nicht sachgerecht** ist und
  - objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, die Parteien hätten **bei Vertragsschluss** übereinstimmend eine andere Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit gewollt.
5. Daneben kommt nach allgemeinen Grundsätzen auch eine **konkludente Vereinbarung** in Betracht. Im Interesse der Rechtssicherheit sind allerdings **strenge Anforderungen** an die Feststellung eines Vertragsschlusses durch schlüssiges Verhalten zu stellen (*BAG 18.10.2023 – 5 AZR 22/23*).

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**