

Aktenzeichen: 2 AZR 165/90

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 6. September 1990
- 2 AZR 165/90 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 22. März 1989
- 9 Ca 426/88 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 29. September 1989
- 3 Sa 42/89 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Annahmeverzug - Anrechnung anderweitigen Verdienstes

Gesetz: BGB §§ 615, 812, 826; KSchG § 11 Nr. 1; ArbGG § 72 Abs. 1;
RVO §§ 394, 395; SGB IV §§ 8, 280; GG Art. 14

Leitsätze:

1. Hat das Landesarbeitsgericht die Revision laut Urteils-
tenor unbeschränkt zugelassen und verhält sich die Begrün-
dung der Zulassung nur zu einem Teil der Streitgegenstände,
so ist aus Gründen der Rechtsklarheit im Zweifel von einer
unbeschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen.

2. Der (teilzeitbeschäftigte) Arbeitnehmer muß sich nicht
jeden im Verzugszeitraum (§§ 11 Nr 1 KSchG, 615 BGB) ander-
weit erzielten Verdienst anrechnen lassen, sondern nur
einen solchen, der kausal durch das Freiwerden der Arbeits-
kraft ermöglicht worden ist. Anhaltspunkte für die Kausa-
lität können sich sowohl aus objektiven als auch aus sub-
jektiven Umständen ergeben.

3. Zur Darlegungs- und Beweislast beim Nachweis der er-
forderlichen Kausalität zwischen dem Freiwerden der Ar-
beitskraft und dem anderweiten Verdienst.

Hinweise des Senats:

Beschränkte Revisionszulassung, Anrechnung von Verdienst bei
Teilzeitbeschäftigung, Haftung des Arbeitnehmers bei Doppel-
arbeitsverhältnis.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze (mobile App)
Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 165/90

3 Sa 42/89 Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
6. September 1990

Noll,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgericht aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 6. September 1990 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Ascheid und



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bitter sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und
Dr. Bobke-von Camen für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird
das Urteil des Landesarbeitsgerichts
Hamburg vom 29. September 1989
- 3 Sa 42/89 - aufgehoben, soweit die
Beklagte verurteilt worden ist, an die
Klägerin 1.230,-- DM brutto nebst 4 %
Zinsen auf den sich daraus ergebenden
Nettobetrag zu zahlen. Insoweit wird
der Rechtsstreit zur erneuten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die
gesamten Kosten der Revision, an das
Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
2. Im übrigen wird die Revision der Beklag-
ten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin war bei der Beklagten, einem Gebäudereinigungs-
unternehmen, gemäß Formulararbeitsvertrag vom 9. Februar 1984 als
Raumpflegerin beschäftigt.

Unter der Rubrik "Angaben zur Beurteilung der Sozialversi-
cherungspflicht/freiheit" ist unter Ziff. 3 die Frage verneint,
ob die Klägerin gegenwärtig noch andere Beschäftigungen ausübe.
Am Ende des Vertragstextes heißt es:

"Vorstehende Angaben mache ich nach bestem Wissen
und Gewissen. Die Folgen einer wahrheitswidrigen
Erklärung sind mir bekannt. Ich verpflichte mich,
die Aufnahme jeder weiteren Beschäftigung sowie
jede Tatsache, die für die Beurteilung der Ver-
sicherungspflicht entscheidend sein könnte und
Änderungen in meinen persönlichen Daten sofort
mitzuteilen."



Ihr Verdienst betrug zuletzt monatlich 410,-- DM netto. Die auf den Arbeitsverdienst entfallende Pauschalsteuer einschließlich Kirchensteuer in Höhe von 10,5 % trug vereinbarungsgemäß die Beklagte. Die Klägerin arbeitete an fünf Wochentagen je zwei Stunden, zuletzt in der Zeit zwischen 16.30 Uhr und 18.30 Uhr. Auf das Arbeitsverhältnis fand kraft Allgemeinverbindlicherklärung der Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer im Gebäudereinigungshandwerk vom 8. Mai 1987 (RTV) Anwendung.

Mit Schreiben vom 1. Juni 1988 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 17. Juni 1988. Auf die gegen diese Kündigung vor dem Arbeitsgericht Hamburg erhobene Kündigungsschutzklage - 9 Ca 219/88 - wurde mit Versäumnisurteil vom 12. August 1988 der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses rechtskräftig festgestellt. Mit Schreiben vom 26. Oktober 1988 mahnte die Klägerin ihren seit dem 17. Juni 1988 nicht mehr gezahlten Arbeitslohn an. Sie beendete das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten aus eigener Veranlassung zum 31. Oktober 1988. Mit ihrer am 13. Dezember 1988 der Beklagten zugestellten Klage hat die Klägerin zuletzt noch die Zahlung des Arbeitslohns für die Zeit vom 1. August bis 31. Oktober 1988 und der anteiligen Jahressondervergütung verlangt.

Während des laufenden Prozesses regten die Prozeßbevollmächtigten der Beklagten bei der AOK Hamburg eine Betriebsprüfung an, die am 26. April 1989 stattfand. Dabei wurde festgestellt, daß die Klägerin vom 1. Dezember 1984 bis 22. Oktober 1986 bei der Firma K und vom 1. August 1988, nach Darstellung der Klägerin bereits vom 27. Juni bis 31. Oktober 1988 bei der Firma



B in geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen gestanden hat. Ihr Verdienst bei der Firma B betrug für die Monate August und Oktober 1988 unstreitig 1293,55 DM. Mit Bescheid vom 28. April 1989 forderte die AOK die Beklagte auf, Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung in Höhe von 8.811,82 DM nachzuentrichten. Davon entfielen auf die Klägerin 4.501,48 DM, und zwar für die Zeit vom 1. Dezember 1984 bis 22. Oktober 1986 3.437,98 DM und für die Zeit vom 1. August bis 31. Oktober 1988 1.063,50 DM. Dabei handelt es sich jeweils um die Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung, wobei sich der erstgenannte Betrag nur aus den Einkünften der Klägerin bei der Beklagten, der zweitgenannte Betrag dagegen aus den Gesamteinkünften der Klägerin bei der Firma B und bei der Beklagten (aus Annahmeverzug) errechnet. Die Beklagte beglich die nachgeforderten Sozialversicherungsbeiträge. Mit Widerklage vom 21. Juni 1989 - zugleich Berufungsbegründung - hat sie die Klägerin auf Erstattung in Anspruch genommen. Hilfsweise hat sie die Aufrechnung ihrer Forderung gegenüber dem Verzugslohnanspruch der Klägerin erklärt.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte sei aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zur Lohnzahlung verpflichtet. Eine Anrechnung des bei der Firma B erzielten Verdienstes auf den Verzugslohn komme nicht in Betracht. Ein Verdienst aus einer geringfügigen Beschäftigung sei neben einer vollschichtigen Beschäftigung nicht anzurechnen; erst recht müsse eine Anrechnung bei der Aufnahme einer weiteren geringfügigen Beschäftigung ausscheiden. Sie habe die Tätigkeit bei der Firma B nicht anstelle der Tätigkeit bei der Beklagten, sondern als weitere Tä-



tigkeit aufgenommen. Im übrigen schulde die Beklagte ihr auch noch eine anteilige Jahressondervergütung in Höhe von 93,75 DM.

Die Widerklage bzw. Hilfsaufrechnung sei unbegründet. Auch wenn davon ausgegangen werde, daß sie, die Klägerin, in der Zeit vom 1. August bis 31. Oktober 1988 nebeneinander zwei geringfügige Beschäftigungen ausgeübt habe und deshalb sozialversicherungspflichtig gewesen sei, könne die Beklagte die Arbeitnehmeranteile zur Kranken- und Rentenversicherung nur im Lohnabzugsverfahren einbehalten. Eine Grundlage für Ansprüche der Beklagten außerhalb des Lohnabzugsverfahrens sei nicht ersichtlich. Dies gelte in gleicher Weise für die Sozialversicherungsbeiträge, die die AOK für die Zeit vom 1. Dezember 1984 bis 22. Oktober 1986 nachgefordert habe. Vorsorglich sei darauf hinzuweisen, daß die Beklagte ihre Inanspruchnahme durch die AOK letztlich selbst zu vertreten habe, weil sie an die AOK selbst mit der Bitte um Betriebsprüfung herangetreten sei.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie, die Klägerin, 1.323,75 DM brutto nebst 4 % Zinsen auf den sich ergebenden Nettobetrag seit dem 13. Dezember 1988 zu zahlen;
2. die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat beantragt,

1. die Klage abzuweisen;



2. auf die Widerklage die Klägerin zu verurteilen, an sie, die Beklagte, 4.501,48 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen;

hilfsweise zu Ziff. 2,

auf die Widerklage die Klägerin zu verurteilen, an sie 3.048,58 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit der Widerklage zu zahlen.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Klägerin müsse sich den bei der Firma B in der Zeit vom 1. August bis 31. Oktober 1988 erzielten Verdienst auf den Verzugslohn anrechnen lassen. Die Parteien seien bei Abschluß des Arbeitsvertrages davon ausgegangen, daß die Klägerin einer weiteren geringfügigen Beschäftigung nicht nachgehe. Übe die Klägerin während des Annahmeverzuges eine in rechtlicher und zeitlicher Hinsicht identische Tätigkeit aus, so müsse eine Anrechnung vorgenommen werden.

Die Klägerin sei auch zur Erstattung der nachgeforderten, auf ihr Arbeitsverhältnis entfallenden Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet, weil sie die Beklagte entgegen ihrer arbeitsvertraglichen Pflicht nicht über die Aufnahme der weiteren geringfügigen Beschäftigungen informiert habe. Das Lohnabzugsprinzip stehe nicht entgegen. Denn dieses besage nur, daß der Arbeitgeber mit befreiender Wirkung gegenüber dem Arbeitnehmer die Beitragsanteile abführen könne. Eine Verpflichtung zum Lohnabzug bestehe hingegen nicht. Die Widerklage werde allerdings nicht auf § 826 BGB gestützt. Rein vorsorglich für den Fall, daß die Lohnklage der Klägerin begründet sei, werde hilfsweise in Höhe des Bruttolohnes die Aufrechnung erklärt. Die sich nach der Aufrechnung



ergebende Restforderung werde im Hilfsantrag in die Widerklage eingestellt.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben; das Landesarbeitsgericht hat die Widerklage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihr Klageziel weiterverfolgt.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : -----

Die Revision ist teilweise begründet. Hinsichtlich des von der Klägerin geltend gemachten Verzugslohnanspruchs (III) führt sie zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und zur Zurückverweisung (§ 565 ZPO). Im übrigen, nämlich wegen des Anspruchs auf anteilige Jahressondervergütung (IV) und hinsichtlich der Widerklage (V) ist sie unbegründet.

I. Das Berufungsurteil unterliegt im Umfang der Anfechtung durch die Revision der uneingeschränkten Nachprüfung. Die Klägerin meint zu Unrecht, Gegenstand des Revisionsverfahrens sei im Hinblick auf die Formulierungen des Landesarbeitsgerichts bei der Begründung der Revisionszulassung nur die Frage, inwieweit sich ein geringfügig beschäftigt gewesener Arbeitnehmer den Verdienst einer anderen geringfügigen Beschäftigung gemäß § 11 Nr. 1 KSchG auf den entgangenen Zwischenverdienst anrechnen lassen müsse.

1. Nach § 72 Abs. 1 ArbGG findet die Revision an das Bundesarbeitsgericht statt, wenn sie in dem Urteil des Landesarbeitsgerichts zugelassen worden ist. Nach dem Tenor des angefochtenen



Urteils ist die Revision uneingeschränkt zugelassen worden. Im letzten Absatz der Entscheidungsgründe hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, die Kammer habe die Revision gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen. Die nach der genannten Vorschrift erforderliche grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache hat es – darauf weist die Klägerin zutreffend hin – damit begründet, das Bundesarbeitsgericht habe, soweit ersichtlich noch nicht zu der Frage Stellung genommen, inwieweit sich ein Arbeitnehmer, der geringfügig beschäftigt war, den Verdienst einer anderen geringfügigen Beschäftigung gemäß § 11 Nr. 1 KSchG auf den entgangenen Zwischenverdienst anrechnen lassen müsse; mit Rücksicht auf die hohe Zahl geringfügig Beschäftigter sei dies eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung.

2. Das Landesarbeitsgericht hat damit nicht hinreichend deutlich gemacht, daß es die Revision nur beschränkt auf den Anspruch der Klägerin aus § 615 BGB zulassen wollte. Zwar muß nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Beschränkung eines Rechtsmittels nicht in der verkündeten Urteilsformel enthalten sein; sie kann sich auch aus den Entscheidungsgründen ergeben (BAGE 29, 221 = AP Nr. 5 zu § 91 ArbGG 1953; BAG Beschluß vom 2. April 1982 – 6 AZB 9/82 – AP Nr. 5 zu § 64 ArbGG 1979; Senatsurteil vom 21. Oktober 1982 – 2 AZR 579/80 – unveröffentlicht; BAG Urteil vom 6. Juni 1984 – 7 AZR 451/82 – AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu I der Gründe, m. w. N.; vgl. ferner Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG, § 72 Rz 34; Grunsky, ArbGG, 6. Aufl., § 72 Rz 18; Zöllner/Schneider, ZPO, 15. Aufl., § 546 Rz 50). Die Beschränkung muß aber aus Gründen der Rechtsmittelklarheit eindeutig aus dem angefochtenen Urteil



hervorgehen (Senatsurteile vom 19. März 1959 - 2 AZR 402/55 - BAGE 7, 290, 294 = AP Nr. 8 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, zu I 1 der Gründe und vom 19. Mai 1983 - 2 AZR 454/81 - unveröffentlicht, zu A I der Gründe; siehe ferner BAG Urteil vom 6. Juni 1984 - 7 AZR 451/82 - AP, aaO, zu I der Gründe; vgl. auch BGH LM Nr. 38 a und 68 zu § 546 ZPO).

Diese Voraussetzungen für die Annahme einer beschränkten Zulassung sind nicht gegeben.

Erläutert das Landesarbeitsgericht die Gründe für die Zulassung und betrifft diese Begründung nur einen von mehreren Streitgegenständen oder abtrennbaren Klageansprüchen, so ist nicht ersichtlich, daß es entgegen dem verkündeten Urteilstenor in den Entscheidungsgründen die Revision auf die von ihm allein erwähnte Rechtsfrage beschränken wollte. Mangels näherer Anhaltspunkte, daß demgegenüber anderen, im Urteil behandelten Streitgegenständen und Rechtsfragen keine grundsätzliche Bedeutung beigemessen werde, muß deshalb das Rechtsmittel als uneingeschränkt zugelassen angesehen werden.

II. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

1. Die Klage sei in vollem Umfang gerechtfertigt, weil sich die Klägerin auf ihren Lohnanspruch aus Annahmeverzug nicht den in der Zeit vom 1. August bis 31. Oktober 1988 bei der Firma B erzielten Verdienst anrechnen lassen müsse. Dies gelte nach § 11 Nr. 1 KSchG nur für den Verdienst, der gerade durch den Annahme-



verzug des Arbeitgebers ermöglicht werde. Anrechenbarer anderweitiger Verdienst sei danach nicht gegeben, wenn beide Beschäftigungen objektiv nebeneinander ausgeübt werden könnten. Soweit die Beklagte demgegenüber generell eine Anrechnung befürworte, würde eine solche bei einer geringfügigen Beschäftigung faktisch die Verwertung der Arbeitskraft durch den Arbeitnehmer sinnlos machen.

Das Gericht habe erwogen, ob eine Anrechnung dann stattfinden müsse, wenn der Arbeitnehmer subjektiv die neue Tätigkeit gerade wegen des Annahmeverzugs aufgenommen habe. Eine derartige subjektive Auslegung sei aber als unpraktikabel abzulehnen. Selbst wenn man hiervon ausginge, könne im Streitfall keine Anrechnung des Verdienstes erfolgen. Die Beklagte habe nämlich nicht substantiiert dargelegt und unter Beweis gestellt, die Klägerin habe bei der Firma B nur deshalb gearbeitet, weil sie von der Beklagten während des Annahmeverzuges nicht beschäftigt wurde, und habe auch nicht vorgehabt, beide Tätigkeiten unter Umständen nebeneinander fortzusetzen. Auch wenn die Klägerin die neue Tätigkeit nur zehn Tage nach Ablauf der Kündigungsfrist angetreten und das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten von sich aus beendet habe, so sei zu berücksichtigen, daß gerade geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer oftmals mehrere Beschäftigungen nebeneinander ausübten. Auch die Klägerin sei vom 1. Dezember 1984 bis 22. Oktober 1986 einer weiteren geringfügigen Beschäftigung nachgegangen.



Der Anspruch sei nicht durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen, weil diese gemäß § 394 BGB unzulässig sei. Die Vergütungsansprüche der Klägerin seien als Arbeitseinkommen nach § 850 c Abs. 1 ZPO unpfändbar, weil sie unterhalb der danach geltenden Freigrenze lägen.

2. Die in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage sei zulässig, aber nicht begründet. Die Beklagte könne den Anspruch auf Erstattung der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung nicht darauf stützen, daß die Klägerin es unterlassen habe, die Aufnahme einer weiteren geringfügigen Beschäftigung unverzüglich mitzuteilen. Zwar habe die Klägerin dem Arbeitsvertrag zuwidergehandelt; die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung könnten jedoch nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich keinen ersatzpflichtigen Schaden darstellen. Eine Inanspruchnahme der Klägerin wegen der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung sei deshalb ausgeschlossen, weil eine solche grundsätzlich nur auf dem Weg des Lohnabzugsverfahrens möglich sei. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes könne nur unter den Voraussetzungen des § 826 BGB erfolgen, auf den sich die Beklagte jedoch ausdrücklich nicht stütze.

Die Widerklage sei auch hinsichtlich derjenigen Sozialversicherungsanteile unbegründet, die die Beklagte auf die Einkünfte der Klägerin bei der Firma B gezahlt habe. Die gesamtschuldnerische Mithaftung des Arbeitgebers führe im Zahlungsfall zwar zu Ausgleichsansprüchen gegen den anderen Arbeitgeber, nicht aber zu Zahlungsansprüchen gegen den Arbeitnehmer.



III. Dieser Würdigung kann nur teilweise beigetreten werden.

Soweit das Landesarbeitsgericht der Klägerin einen Lohnanspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zugesprochen hat, rechtfertigen seine tatsächlichen Feststellungen noch nicht den Schluß, die Klägerin müsse sich den durch anderweitige Arbeit erzielten Verdienst auf den unstreitigen Nachzahlungsanspruch nicht anrechnen lassen.

1. Nachdem durch Versäumnisurteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 12. August 1988 rechtskräftig die Unwirksamkeit der Kündigung vom 1. Juni 1988 festgestellt worden ist, kann die Klägerin für den noch im Streit befindlichen Zeitraum vom 1. August bis 31. Oktober 1988 nach § 615 Satz 1 BGB die vereinbarte Vergütung verlangen. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht unter Hinweis auf die neuere Senatsrechtsprechung (vgl. zusammenfassend Senatsurteil vom 19. April 1990 - 2 AZR 591/89 - zur Veröffentlichung vorgesehen) davon ausgegangen, die Beklagte sei wegen Nichtzuweisung von Arbeit in Annahmeverzug geraten, auch wenn die Klägerin ihre Arbeitsleistung weder tatsächlich noch wörtlich angeboten hat. Dies ist zwischen den Parteien auch nicht umstritten.

2. Das Landesarbeitsgericht hat weiter zu Recht angenommen, der Vergütungsanspruch sei nicht gem. § 43 RTV verfallen. Danach müssen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von zwei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Lehnt die Partei den Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt



dieser, wenn er nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Die Klägerin hat durch Anwaltsschreiben vom 26. Oktober 1988 die ab dem 31. August 1988 fällig gewordenen Lohnansprüche rechtzeitig geltend gemacht. Mit ihrer, der Beklagten am 13. Dezember 1988 zugestellten Klage hat sie auch die zweite Stufe der Ausschlußfrist gewahrt. Danach steht der Klägerin ein in der Höhe unstreitiger Vergütungsanspruch von 1.230,-- DM brutto zu.

3. Auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts kann dem Landesarbeitsgericht aber nicht darin gefolgt werden, eine Anrechnung des von der Klägerin bei der Firma B vom 1. August bis 31. Oktober 1988 erzielten Verdienstes auf den Vergütungsanspruch scheide aus.

a) Nach § 11 Nr. 1 KSchG muß sich der Arbeitnehmer im Falle des durch gerichtliche Entscheidung festgestellten Fortbestands des Arbeitsverhältnisses auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, einen durch anderweitige Arbeit erzielten Verdienst anrechnen lassen. Die Vorschrift ist eine Sonderregelung zu § 615 Satz 2 BGB; sie deckt sich inhaltlich mit jener, trotz des nicht völlig identischen Wortlauts (KR-Becker, 3. Aufl., § 11 KSchG Rz 4, 32). Für die Voraussetzungen der Anrechnung ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig (BAGE 6, 306, 310 = AP Nr. 1 zu § 615 BGB Böswilligkeit, zu II der Gründe; BAG Urteil vom 14. August 1974 - 5 AZR 497/73 - AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969, zu V 2 a der Gründe; BAG Urteil vom 19. Juli 1978 - 5 AZR 748/77 - AP Nr. 16



zu § 242 BGB Auskunftspflicht, zu III 2 b der Gründe). Allerdings ist der Arbeitnehmer über die Höhe des erzielten Verdienstes auskunftspflichtig. Vorliegend ist die Darstellung der Beklagten, die Klägerin habe bei der Firma B vom 1. August bis 31. Oktober 1988 1.293,55 DM verdient, unstreitig.

aa) Der Arbeitnehmer muß sich aber nicht jeden im Verzugszeitraum erzielten Verdienst anrechnen lassen. Dies ist in der Rechtsprechung anerkannt: Bereits das Reichsgericht hat in seinem Urteil vom 12. Juli 1904 (RGZ 58, 402, 404) ausgeführt, anrechnungspflichtig sei nur derjenige Verdienst, den der Dienstpflichtige durch anderweitige Verwendung desjenigen Teils seiner Arbeitskraft erwerbe, welche er dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen verpflichtet war. Das Bundesarbeitsgericht ist dem in seiner Entscheidung vom 1. März 1958 (BAGE 5, 217, 219 ff. = AP Nr. 1 zu § 9 KSchG) gefolgt. Es hat erwogen, eine Anrechnung auszuschließen, wenn das anderweitige Einkommen durch Überstunden erzielt wurde. In dem Urteil vom 16. Mai 1969 (BAGE 22, 6, 13 = AP Nr. 23 zu § 133 f. GewO, zu III 2 a der Gründe) hat das Bundesarbeitsgericht zur Anrechnung nach § 74 c Abs. 1 HGB entschieden, Nebeneinnahmen, die zusätzlich zum Verdienst aus dem hauptberuflichen Arbeitsverhältnis erzielt würden, blieben bei der Anrechnung außer Betracht, weil sie nicht mit dem Freiwerden der Arbeitskraft zusammenhingen.

Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 14. August 1974 (AP, aaO) fortgeführt. Danach bleibt während der Dauer des Annahmeverzuges ein Nebenverdienst insoweit unberücksichtigt, wie er auch bei Erfüllung der arbeits-



vertraglichen Pflichten möglich gewesen wäre. Wird der Verdienst durch Arbeitsleistungen in der eigentlich freien Zeit erzielt, so unterliegt er nicht der Anrechnung.

bb) Dieser rechtliche Ansatz wird auch im Schrifttum als zutreffend angesehen. Nach einhelliger Meinung muß der anderweitige Erwerb kausal durch das Freiwerden der Arbeitskraft ermöglicht worden sein und darauf beruhen (Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. 1, § 44 II 2, S. 326; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., Bd. 1, § 26 III 3 a, S. 278; KR-Becker, aaO, § 11 KSchG Rz 34 ff.; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 11 Rz 6; Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 11 Rz 6; MünchKomm-Schaub, BGB, 2. Aufl., § 615 Rz 55, 57; Erman/Hanau, BGB, 8. Aufl., § 615 Rz 40; Staudinger/Richardi, BGB, 12. Aufl., § 615 Rz 136; Gumpert, BB 1964, 1300). Hingegen ist es gleichgültig, ob der anderweitige Verdienst durch Arbeit der gleichen Art oder durch eine andersartige Arbeit erzielt wird.

b) Nach diesen Grundsätzen ist auch zu entscheiden, ob sich ein Arbeitnehmer, der bislang geringfügig beschäftigt war, auf die Vergütung die Einkünfte aus einem weiteren, im Verzugszeitraum aufgenommenen geringfügigen Arbeitsverhältnis anrechnen lassen muß. Die gegen diesen rechtlichen Ausgangspunkt gerichteten Rügen der Revision sind unbegründet.

aa) Soweit die Revision die Auffassung vertritt, Einkünfte aus einer weiteren geringfügigen Beschäftigung müßten stets angerechnet werden, weil die Ausübung nur einer geringfügigen Beschäftigung Geschäftsgrundlage des Teilzeit-Arbeitsverhältnisses sei,



kann dem nicht gefolgt werden. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, eine derartige generelle Anrechnung beeinträchtigt das Grundrecht des Arbeitnehmers auf freie Berufsausübung nach Art. 12 GG. War nämlich die Ausübung nur einer einzigen geringfügigen Beschäftigung Geschäftsgrundlage des Arbeitsverhältnisses, so kommt dies einem vertraglichen Nebentätigkeitsverbot gleich, das gegen Art. 12 GG verstößt und daher unwirksam ist (vgl. Senatsurteil vom 3. Dezember 1970 - 2 AZR 110/70 - AP Nr. 60 zu § 626 BGB; ebenso BAGE 60, 135, 141 f. = AP Nr. 3 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis, zu II 2 der Gründe). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten, zumal die Revision keine neuen Gesichtspunkte vorgetragen hat, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten. Solange der Arbeitnehmer keine Tätigkeit ausübt, die mit der geschuldeten Arbeitsleistung zeitlich oder aus anderen Gründen unvereinbar ist, hat der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse an einem Nebentätigkeitsverbot. Aus der sozialrechtlichen Regelung des § 8 Abs. 2 SGB IV über die Zusammenrechnung mehrerer geringfügiger Beschäftigungen folgt kein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer an ausschließlich einer geringfügigen Beschäftigung festzuhalten. Im Gegenteil: Sie geht gerade davon aus, daß mehrere Beschäftigungen nebeneinander möglich und zulässig sind.

bb) Soweit die Revision ausführt, eine Anrechnung sei bei rechtlicher und tatsächlicher "Identität" der Arbeitsverhältnisse anzunehmen, kann diese Rüge ebenfalls keinen Erfolg haben. Diese Abgrenzung ist nicht brauchbar. Sie ist einerseits zu eng, weil der Arbeitnehmer auch gleichartige Tätigkeiten zeitversetzt nebeneinander ausüben kann. Andererseits ist sie zu weit, weil eine



andersartige Teilzeit-Tätigkeit an die Stelle der bisher ausgeübten auch dann treten kann, wenn sie zeitlich nicht kongruent ist; ausschlaggebend ist allein die Kausalität zwischen dem Freiwerden von der bisherigen Arbeitsleistung und der Aufnahme der neuen Tätigkeit.

c) Das Landesarbeitsgericht hat hinsichtlich der erforderlichen Kausalität zwischen einer objektiven und einer subjektiven Betrachtungsweise unterschieden, wobei es der ersteren zuneigt, eine Anrechnung aber auch unter Zugrundelegung der letzteren verneint. "Objektive Kausalität" nimmt es an, wenn beide Beschäftigungen nur zur selben Zeit ausgeübt werden können. "Subjektive Kausalität" soll vorliegen, wenn die neue Tätigkeit nach dem Willen des Arbeitnehmers an die Stelle der ursprünglichen treten soll.

aa) Der Senat hält diese isolierte Betrachtungsweise für verfehlt. Die nur objektive Sicht überzeugt nicht, weil sie die Kausalitätsfrage ohne Berücksichtigung der Umstände des Streitfalls lösen möchte. Würde nur darauf abgestellt, ob die beiden Tätigkeiten nach Lage der Arbeitszeit nebeneinander ausgeübt werden können, so müßte eine Anrechnung auch dann verneint werden, wenn der Arbeitnehmer, etwa aus familiären Gründen, bisher nur zwei Stunden gearbeitet hat und auch der neuen Tätigkeit bewußt nur für die Dauer von zwei Stunden, wenn auch zu einer anderen Arbeitszeit, nachgeht. In diesem Fall ist jedoch die Aufnahme der neuen Tätigkeit erst durch das Freiwerden von der bisherigen Arbeitsleistung ermöglicht worden.



bb) Ebensowenig führt die ausschließlich subjektive Betrachtungsweise zu einer zutreffenden Beurteilung der Kausalität. Würde nämlich allein der Wille des Arbeitnehmers als maßgebliches Kriterium erachtet, so könnte der Arbeitnehmer anrechnungsfrei ein neues Arbeitsverhältnis zur selben Zeit wie das bisherige eingehen, solange er nur die - kaum nachprüfbare - Absicht bekundet, künftig zwei Beschäftigungsverhältnisse nebeneinander ausüben zu wollen.

d) Welche Anforderungen an die Kausalität zu stellen sind, ergibt sich aus dem Normzweck der §§ 11 Nr. 1 KSchG, 615 Satz 2 BGB. Diese Vorschriften sollen gewährleisten, daß der Arbeitnehmer aus dem Annahmeverzug keinen finanziellen Vorteil zieht. Er soll nicht mehr erhalten, als er bei normaler Abwicklung des Arbeitsverhältnisses erhalten hätte; er soll nicht auf Kosten des Arbeitgebers einen Gewinn machen; letzterem soll vielmehr aus Gründen der Billigkeit gestattet sein, die Anrechnung vorzunehmen (vgl. Motive zum BGB Bd. 2 S. 400; so schon RGZ 58, 402, 404; BAGE 50, 164, 176 f. = AP Nr. 39 zu § 615 BGB, zu C II 1 a der Gründe; Hueck/Nipperdey, aaO, S. 326; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 95 II 1, S. 617). Diese Zielsetzung muß im konkreten Fall verwirklicht werden. Deshalb ist aufgrund der Umstände des Einzelfalles festzustellen, ob der anderweitige Erwerb kausal durch das Freiwerden von der bisherigen Arbeitsleistung ermöglicht wurde. Anhaltspunkte hierfür können sich sowohl aus objektiven als auch aus subjektiven Umständen ergeben. In der Sache ist auch das Landesarbeitsgericht letztlich von diesem Prüfungsmaßstab ausgegangen, weil es im Rahmen seiner fallbezogenen



Würdigung nicht allein auf die subjektive Willensrichtung der Klägerin, sondern auf die Gesamtumstände abgestellt hat.

aa) Bei Anwendung dieser Grundsätze durfte das Landesarbeitsgericht mit der von ihm gegebenen Begründung die Anrechnung aber nicht verneinen. Die Klägerin hat unstreitig die neue Tätigkeit bei der Firma B erst zehn Tage nach Ablauf der Kündigungsfrist aufgenommen. Sie hat ferner, nachdem das Arbeitsgericht am 12. August 1988 die Unwirksamkeit der Kündigung vom 1. Juni 1988 festgestellt hatte, ihrerseits zum 31. Oktober 1988 das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten gelöst. Beide Umstände stellen gewichtige Indizien dafür dar, daß die Klägerin das neue Arbeitsverhältnis als Ersatz für das bisherige verstanden hat. Das Landesarbeitsgericht meint hierzu, die Indizwirkung werde durch die gerichtsbekannte Erfahrung erschüttert, nach der gerade geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer häufig mehrere Beschäftigungen nebeneinander ausübten. Auch die Klägerin habe dies vom 1. Dezember 1984 bis 22. Oktober 1986 getan. Diese Begründung trägt aber allein nicht. Auch wenn zahlreiche geringfügig Beschäftigte Doppelarbeitsverhältnisse haben sollten, so entkräftet dies nicht die konkret im Streitfall vorliegenden Indizien. Ebensowenig ist die frühere Doppelbeschäftigung der Klägerin für sich allein ein Hinweis dafür, sie habe im Juni 1988 das Arbeitsverhältnis bei der Firma B als zweites Arbeitsverhältnis eingehen wollen. Die Tatsache, daß die Klägerin seit dem 22. Oktober 1986 kein Doppelarbeitsverhältnis mehr innehatte, könnte im Gegenteil ihre Absicht indizieren, auch künftig nur ein Arbeitsverhältnis eingehen zu wollen.



bb) Soweit das Landesarbeitsgericht ausführt, die Beklagte habe zur Frage der Kausalität nicht substantiiert vorgetragen und Beweis angetreten, hat es die Darlegungs- und Beweislast nicht richtig beurteilt. Diese trifft zwar, wie oben ausgeführt, den Arbeitgeber. Hierbei muß jedoch eine Überforderung der darlegungs- und beweisbelasteten Partei vermieden werden (vgl. BAG Urteil vom 14. August 1974 - 5 AZR 497/73 - AP Nr. 3 zu § 13 KSchG, zu V 2 a der Gründe und - wenn auch in anderem Zusammenhang - Senatsurteile vom 24. November 1983 - 2 AZR 327/82 - und vom 6. August 1987 - 2 AZR 226/87 - AP Nr. 76 und 97 zu § 626 BGB). Einer Partei darf keine unerfüllbare Darlegungs- und Beweislast auferlegt werden. Ihr Umfang richtet sich deshalb bei der vorliegenden Fallgestaltung danach, wie substantiiert sich der Arbeitnehmer auf den Vortrag des Arbeitgebers einläßt. Hinsichtlich der Höhe des anderweitig erstellten Verdienstes ist der Arbeitnehmer ohnehin auskunftspflichtig.

In Fällen der vorliegenden Art werden in aller Regel die näheren Umstände, deren Kenntnis zur Beurteilung der Kausalität erforderlich sind, dem Arbeitgeber nicht bekannt sein. Deshalb genügt es, wenn er Indizien vorträgt, die für das Vorliegen des Kausalzusammenhanges sprechen. In diese Richtung weist auch die Entscheidung des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Juli 1978 (AP, aaO), in der ein Auskunftsanspruch des Arbeitgebers erwogen wird, wenn dieser Anhaltspunkte für eine anderweitige Erwerbstätigkeit darlegt. Hat der Arbeitgeber solche Anhaltspunkte vorgetragen, so muß der Arbeitnehmer nach § 138 Abs. 2 ZPO darlegen, weshalb die vom Arbeitgeber behauptete Kausalität nicht vorliegt.



e) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht einen weiteren Sachvortrag der Beklagten für erforderlich gehalten. Nachdem aufgrund des unstreitigen Sachverhalts zwei für das Vorliegen der Kausalität sprechende Anhaltspunkte vorliegen, hätte die Klägerin Umstände darlegen müssen, um diese Indizwirkung zu erschüttern. Dazu hätte neben der Darlegung der Motive, die die Klägerin zur Aufnahme der Tätigkeit bei der Firma B bewogen haben, auch ein näherer Sachvortrag gehört, zu welchen Tageszeiten sie der Tätigkeit bei der Firma B nachgegangen ist. Hieraus könnten sich weitere Rückschlüsse für die Beurteilung der Kausalitätsfrage ergeben. Auch hätte die Klägerin vortragen müssen, aus welchen Gründen sie das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zum 31. Oktober 1988 aufgelöst hat.

Um der Klägerin Gelegenheit zu einem entsprechenden Vortrag zu geben, zu dem sie nach dem Verlauf des Rechtsstreites in den Vorinstanzen noch keinen Anlaß hatte, ist die Sache zur erneuten Verhandlung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Das Landesarbeitsgericht müßte dabei zunächst aufklären, zu welcher Tageszeit die Klägerin ihrer Arbeit bei der Firma B vom 1. August bis 31. Oktober 1988 nachgegangen ist. Sollte sich herausstellen, daß die Arbeitsleistung zur selben Zeit wie bei der Beklagten erfolgte, so wäre dies ein weiteres Indiz für das Vorliegen des Kausalzusammenhangs. Aber selbst wenn die Arbeitszeiten nicht übereinstimmen sollten, spräche dies nicht endgültig gegen eine Anrechnung. Denn das Landesarbeitsgericht müßte in diesem Fall prüfen, warum die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten gelöst hat, wenn es doch keine zeitliche Kollision gab. Möglicherweise konnte die Klägerin aus gesundheitlichen oder



familiären Gründen nicht länger als zwei Stunden pro Tag arbeiten. Wenn es sich so verhielte, wäre die Aufnahme der neuen Tätigkeit ebenfalls kausal durch das Freiwerden von der bisherigen Arbeitsleistung bedingt.

IV. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht der Klägerin einen Anspruch auf anteilige Jahressonderversgütung in unstreitiger Höhe von 93,75 DM brutto zuerkannt, § 35 RTV. Die Verfallfrist nach § 43 RTV ist gewahrt, weil die Jahressonderversgütung gemäß § 35 Ziff. 6 RTV erst mit der letzten Lohnabrechnung, d.h. Ende Oktober 1988, fällig geworden ist. Insoweit war daher die Revision zurückzuweisen.

V. Auch soweit das Landesarbeitsgericht die Widerklage abgewiesen hat, ist seine Würdigung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Widerklage ist unbegründet.

1.a) Das Berufungsgericht ist von den Rechtsgrundsätzen ausgegangen, die der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinen Urteilen vom 14. Januar 1988 (BAGE 57, 192 = AP Nr. 7 zu §§ 394, 395 RVO), vom 18. November 1988 (BAGE 60, 135 = AP, aaO) und zuletzt vom 10. Mai 1990 (- 8 AZR 216/89 - unveröffentlicht) im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 6, 7 = AP Nr. 1 zu §§ 394, 395 RVO; Urteile vom 12. Oktober 1977 - 5 AZR 443/76 - und vom 8. Dezember 1981 - 3 AZR 71/79 - AP Nr. 3 und 5 zu §§ 394, 395 RVO) aufgestellt hat. Die Revision trägt nichts vor, was eine Abweichung von diesen Grundsätzen rechtfertigen könnte.



b) Nach den Grundsätzen dieser Rechtsprechung, der der erkennende Senat folgt, und zwar hinsichtlich der auch im Streitfall geltenden Rechtslage bis zum 31. Dezember 1988, ist der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, die Aufnahme einer anderweitigen Beschäftigung mitzuteilen. Das Fragerecht des Arbeitgebers und die Pflicht des Arbeitnehmers zur richtigen Beantwortung folgen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben; davon abgesehen ergibt sich die Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers vorliegend schon aus dem Arbeitsvertrag vom 9. Februar 1984. Dem Arbeitgeber muß die Prüfung ermöglicht werden, ob nach der Bestimmung des § 8 Abs. 2 SGB IV über die Zusammenrechnung mehrerer geringfügiger Beschäftigungen die Versicherungsfreiheit entfallen ist.

Der Arbeitnehmer ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Arbeitgeber durch die Verletzung der Anzeigepflicht erlitten hat. Der Schaden umfaßt jedoch nur dann die nachentrichteten Arbeitgeberanteile der Sozialversicherungsbeiträge (§ 381 Abs. 1, § 1385 Abs. 4 Buchst. a RVO), wenn die Verletzung der Anzeigepflicht kausal für die Entrichtung der Beiträge war. Daran fehlt es in der Regel, weil der Arbeitgeber die Beiträge auch bei Erfüllung der Anzeigepflicht hätte zahlen müssen. Anders ist nur zu entscheiden, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen der Aufnahme der weiteren Beschäftigung hätte kündigen können und auch gekündigt hätte. Den Arbeitgeber trifft insoweit die Darlegungslast. Dabei reicht die Behauptung, die Sozialversicherungsfreiheit sei Geschäftsgrundlage gewesen, nicht zur Darlegung der Ursächlichkeit aus.



Soweit der Arbeitgeber die Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherung nachentrichtet hat, ist ihm zwar aufgrund der Verletzung der Anzeigepflicht ein Schaden entstanden, weil er bei ordnungsgemäßer Mitteilung die Beiträge vom Lohn hätte abziehen können. Ein Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers ist aber dennoch ausgeschlossen, weil er vom Arbeitnehmer die Erstattung rückständiger Arbeitnehmeranteile nur im Lohnabzugsverfahren nach § 394 Abs. 1, § 395 Abs. 1 und 2, § 1397 Abs. 1 und 3 RVO verlangen kann. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber den Lohnabzug schuldlos unterlassen hat, es sei denn, es lägen die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Schadenersatz nach § 826 BGB vor.

2. Diese Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend auf den vorliegenden Fall angewandt.

a) Soweit es eine Mitteilungspflicht der Klägerin auch hinsichtlich der Beschäftigung bei der Firma B annimmt, steht nach den Ausführungen unter III noch nicht fest, ob nicht infolge einer Anrechnung des anderweitigen Verdienstes die Sozialversicherungspflicht - und damit überhaupt ein Schaden - nachträglich wieder entfällt (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV), und zwar mit der Folge, daß es Sache der Beklagten wäre, die Rücknahme des insoweit ohne rechtlichen Grund ergangenen Beitragsbescheides durchzusetzen, § 44 SGB X. Scheidet dagegen eine Anrechnung des in diesem Arbeitsverhältnis erzielten Verdienstes nach § 11 KSchG aus, so bestand zwar in der Zeit vom 1. August bis 31. Oktober 1988 keine Versicherungsfreiheit der Klägerin, § 8 Abs. 2 SGB IV i. V. m. § 165 Abs. 1 Nr. 1, § 1227 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RVO. Die



Klägerin war aber nicht verpflichtet, nach der Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte dieser die Aufnahme der Tätigkeit bei der Firma B mitzuteilen; jedenfalls hat eine solche Unterlassung sich nicht kausal auf eine spätere Beitragsleistung der Beklagten ausgewirkt. Die Mitteilung des Arbeitnehmers soll nämlich dem Arbeitgeber ermöglichen, die rechtzeitige Entrichtung der Beiträge sicherzustellen bzw. Maßnahmen zur Vermeidung der Beitragspflicht zu ergreifen. Dieser Zweck kann nicht mehr erreicht werden, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gekündigt hat. Denn der Arbeitgeber hätte, selbst wenn ihm die Aufnahme der anderweitigen Beschäftigung des Arbeitnehmers mitgeteilt worden wäre, ohnehin wegen der erfolgten Kündigung keine Beiträge abgeführt bzw. keine Maßnahmen zur Vermeidung der Beitragspflicht ergriffen. Unter diesen Umständen besteht kein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers an der Erfüllung der Anzeigepflicht. Die Beklagte hat daher schon mangels einer Verletzung des Arbeitsvertrages keinen Anspruch auf Erstattung der von ihr für die Beschäftigung bei der Firma B verauslagten Sozialversicherungsbeiträge für die Zeit vom 1. August bis 31. Oktober 1988 in Höhe von 1.063,50 DM. Wenn die Beklagte, die auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin bei der Firma B entfallenden Sozialversicherungsbeiträge als Gesamtschuldnerin gemäß § 396 Abs. 1 RVO abgeführt hat, so ist sie im übrigen auf ihren Ausgleichsanspruch nach §§ 421 f. BGB gegen diese Firma zu verweisen.

Soweit für den Verzugslohnanspruch mangels Anrechenbarkeit anderweiten Verdienstes (siehe zu III) Sozialversicherungsbeiträge in Höhe des von ihr geschuldeten Lohnanteils anfallen sollten,



wären diese abzugsfähig, § 395 Abs. 2 RVO. Dem hat die Klägerin auch mit ihrer Bruttoforderung Rechnung getragen.

b) Was die Erstattung der Arbeitgeberanteile angeht, die für die Zeit vom 1. Dezember 1984 bis 22. Oktober 1986 auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten entfielen, so hat das Landesarbeitsgericht einen Ersatzanspruch zu Recht abgelehnt. Allerdings hat es nicht näher dargelegt, aus welchen Gründen es an der erforderlichen Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Schaden fehlt. Dies ist aber im Ergebnis unschädlich. Denn die Beklagte hat nicht vorgetragen, daß sie Maßnahmen zur Vermeidung der Beitragspflicht ergriffen hätte. Sie hat lediglich behauptet, die Sozialversicherungsfreiheit der Klägerin sei Geschäftsgrundlage des Arbeitsverhältnisses gewesen, was - wie oben ausgeführt - nicht zur Darlegung der Kausalität ausreicht.

Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch einen Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB verneint. Ob diese Norm nicht nur hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile, sondern auch hinsichtlich der Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung anwendbar ist, bedarf keiner Entscheidung (offengelassen: BAGE 60, 135, 144 = AP, aaO, zu III der Gründe). Die Beklagte hat sich auf einen derartigen Schadenersatzanspruch nicht berufen; sie hat deshalb auch keine anspruchsbegründenden Tatsachen (Schädigungsvorsatz usw.) vorgetragen.

c) Ein Ersatzanspruch besteht auch nicht hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherung, die in der Zeit vom 1. Dezember 1984 bis zum 22. Oktober 1986 auf das Arbeitsverhält-



nis der Klägerin mit der Beklagten entfielen. Der Arbeitgeber darf die Arbeitnehmeranteile nur im Lohnabzugsverfahren nach § 394 Abs. 1 RVO abziehen. Andere Formen der Rückerstattung sind grundsätzlich ausgeschlossen. Insbesondere kann der Arbeitgeber nicht von einem ausgeschiedenen Arbeitnehmer die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen verlangen, deren Abzug vom Arbeitslohn er vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterlassen hatte (vgl. die unter V 1 a zitierte Rechtsprechung). Ob die Beklagte die angefallenen Arbeitnehmeranteile doch noch nach § 395 Abs. 2 RVO vom Verzugslohn abziehen kann, ist vorliegend nicht zu entscheiden (vgl. dazu unter V 2 a). Für eine Haftung nach § 826 BGB fehlt es wiederum an einem entsprechenden Sachvortrag der Beklagten.

3. Der Beklagten steht auch kein Anspruch auf Erstattung der entrichteten Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nach § 812 BGB zu. Es könnte ein Fall der sog. Rückgriffskondition im Drei-Personen-Verhältnis vorliegen, weil die Beklagte durch die Zahlung an die AOK im bereicherungsrechtlichen Sinn an die Klägerin geleistet hat (Verschaffung von Rentenanwartschaften).

Der Senat hat sich in seiner Entscheidung vom 3. April 1958 (BAGE 6, 7 = AP Nr. 1 zu §§ 394, 395 RVO, mit Anm. von Dersch) zwar nicht im einzelnen mit den Voraussetzungen eines solchen Kondiktionsanspruchs auseinandergesetzt. Er hat aber damals schon entschieden, auch Bereicherungsansprüche würden aufgrund der besonderen gesetzlichen Regelung des Lohnabzugsverfahren ausgeschlossen; ein Rückgriff nach Bereicherungsgrundsätzen widerspreche dem Schutz- und Ordnungszweck der §§ 394, 395 RVO. Daran hält



der Senat fest. Dieser Vorrang betrifft im übrigen Bereicherungs- wie Schadenersatzansprüche in gleicher Weise.

4. Der Ausschluß solcher Ansprüche enthält schließlich - entgegen der Meinung der Revision - auch keinen Eingriff "in einen gesetzlich garantierten Besitzstand". Die Inanspruchnahme des Arbeitgebers mit der Pflicht zur Einbehaltung von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen stellt keinen unzulässigen Eingriff in seine Grundrechte aus Art. 12, 14 GG dar (vgl. Schaub, aaO, § 71 I 2, S. 368, mit Rechtsprechungsnachweisen). Wie die Neuregelung des § 28 g SGB IV, die mit Wirkung vom 1. Januar 1989 in Kraft getreten ist (Art. I Nr. 5 Gesetz vom 20. Dezember 1988, BGBl. I, S. 2330) und die spätere Einfügung des § 28 g Satz 4 SGB IV (aufgrund Art. I Nr. 2 Gesetz vom 6. Oktober 1989, BGBl. I, S. 1822), wonach u. a. die Regelung über die ausschließliche Erstattung von Beiträgen im Lohnabzugsverfahren bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der dem Arbeitnehmer nach § 28 o SGB IV obliegenden Auskunftspflichten entfällt, zeigen, hat der Gesetzgeber zwar für eine umfassendere Regelung der hier behandelten Problematik einen Handlungsbedarf gesehen. Das belegt aber nicht, daß die hier noch maßgebliche, vor dem 1. Januar 1989 geltende Rechtslage verfassungswidrig war. Das ist deswegen nicht anzunehmen, weil die Regelungen der §§ 394 Abs. 1, 395 Abs. 2 RVO und des § 119 Abs. 1 und Abs. 3 AVG sowie des § 179 Nr. 2 AFG in der 1988 geltenden Fassung den Arbeitgeber nicht hinderten, Schadenersatz zu fordern, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber sittenwidrig schädigte, indem er sich der Beitragsentrichtung durch Lohnabzug entzog. Eine sittenwidrige Schädigung hat das Bundesarbeitsgericht dann angenommen, wenn ein



Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis mit dem Ziel kündigt, dadurch einem Lohnabzugsverfahren im Rahmen des § 395 Abs. 2 RVO zu entgehen und den Arbeitgeber dadurch zu schädigen (vgl. BAGE 6, 7, 13 = AP Nr. 1 zu §§ 394, 395 RVO, zu II 3 d der Gründe). Weitergehend wird die Auffassung vertreten, ein Schadenersatzanspruch nach § 826 BGB bestehe auch dann, wenn der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber vorsätzlich unrichtige Angaben gemacht und dieser deshalb den Beitrag nicht entrichtet habe (Kommentar zur RVO, herausgegeben vom Verband deutscher Rentenversicherungsträger, Stand 1. Juli 1987, Bd. III, § 1397 Rz 8; Hoernigk/Jorks, Rentenversicherung, Stand August 1987, § 1397 RVO, Anm. 4; Koch/Hartmann/von Altrock/Fürst, AVG, Stand Juni 1971, § 119 Anm. B. I 1).

Der Arbeitgeber stand also auch bei der 1988 geltenden Rechtslage nicht schutzlos da. Wenn die Beklagte derartige Ansprüche - etwa mangels Erfolgsaussicht - nicht geltend gemacht hat, so ist das ihre Sache. Ein unzulässiger Eingriff in das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum liegt nach Auffassung des Senats angesichts des oben (zu V 3) erörterten Schutzzwecks der §§ 394, 395 RVO nicht vor.

VI. Auch der Hilfsantrag, der eine Aufrechnung gegen die Verzugslohnforderung der Klägerin mit einer Widerklage auf Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge verbindet, ist unbegründet. Steht nämlich der Beklagten kein Gegenanspruch auf Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge zu, so kann auch ihr Hilfsantrag - wie das Landesarbeitsgericht zu Recht entschieden hat - keinen Erfolg haben.



VII. Die Kostenentscheidung ist auch hinsichtlich des durch dieses Urteil rechtskräftig erledigten Teils der Entscheidung dem Berufungsgerichts vorzubehalten (vgl. dazu Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 97 Rz 8; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 97 Anm. A II a 3).

Hillebrecht

Dr. Ascheid

Bitter

Dr. Bobke

Dr. Roeckl



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)