

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	17
A. Ausgangslage	17
B. Ziel der Untersuchung	18
C. Gang der Untersuchung	19
 § 2 Der Annahmeverzug des Arbeitgebers nach § 615 S. 1 BGB i. V. m. §§ 293 ff.	
BGB	21
A. Grundsätzliches	21
I. Normzweck	22
II. Regelungsinhalt des § 615 BGB	23
1. § 615 S. 1 BGB: Fortbestehen des Vergütungsanspruchs	23
2. § 615 S. 2 BGB/§ 11 Nr. 2 KSchG: Anrechnung der Ersparnisse	23
3. § 615 S. 3 BGB: Das Betriebsrisiko	24
B. Tatbestandsvoraussetzungen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers	24
I. Eröffnung des Anwendungsbereichs	25
II. Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer	25
1. Tatsächliches Angebot, § 294 BGB	25
2. Wörtliches Angebot, § 295 BGB	26
3. Entbehrlichkeit des Angebots, § 296 BGB	27
III. Leistungsvermögen des Arbeitnehmers, § 297 BGB	28
IV. Nichtannahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber	29
V. Beendigung des Annahmeverzugs	30
 § 3 Anrechnung gem. § 615 S. 2 BGB	31
A. Normzweck des § 615 S. 2 BGB und Verhältnis zu § 11 KSchG	31
B. Anrechnungsumfang	32
I. Ersparte Aufwendungen	32
II. Anderweitiger Erwerb	32
III. Böswillig unterlassener Verdienst	33

§ 4 Rechtliche Untersuchung: Auswirkungen der Entscheidung des BAG vom 27.05.2020 (5 AZR 387/19) auf das böswillige Unterlassen i.S.d. § 615 S. 2 Alt. 3 BGB	38
A. Auswertung: BAG, Urt. v. 27.05.2020 (5 AZR 387/19) sowie Folgeurteile	39
I. BAG, Urt. v. 27.05.2020 – 5 AZR 387/19	39
1. Sachverhaltszusammenfassung	39
2. Entscheidungsgründe	40
3. Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse	41
II. Folgeurteile des BAG und verschiedener Instanzgerichte	42
1. LAG Hessen, Urt. v. 25.06.2021 – 10 Sa 1233/20	42
2. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30.09.2022 – 6 Sa 280/22	43
3. BAG, Urt. v. 12.10.2022 – 5 AZR 30/22	43
4. LAG Köln, Urt. v. 27.04.2023 – 8 Sa 793/22	44
5. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.07.2023 – 10 Sa 871/21	45
6. LAG Köln, Urt. v. 10.10.2023 – 4 Sa 22/23	46
7. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 30.01.2024 – 8 Sa 71/23	46
8. BAG, Urt. v. 07.02.2024 – 5 AZR 177/23	47
9. ArbG Gera, Urt. v. 24.04.2024 – 3 Ca 1106/23	48
10. ArbG Koblenz, Urt. v. 22.05.2024 – 4 Ca 3251/23	49
11. ArbG Stuttgart, Urt. v. 29.05.2024 – 9 Ca 197/23	50
12. LAG Köln, Urt. v. 20.06.2024 – 7 Sa 614/23	50
13. LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 11.09.2024 – 4 Sa 10/24	51
14. LAG Hessen, Urt. v. 25.09.2024 – 18 SLa 467/24	51
15. LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 16.10.2024 – 21 Sa 17/24	52
16. LAG Köln, Urt. v. 07.01.2025 – 7 SLa 78/24	52
17. LAG Köln, Urt. v. 16.01.2025 – 6 Sa 633/23	53
18. BAG, Urt. v. 12.02.2025 – 5 AZR 127/24	53
III. Zusammenfassung aller wesentlichen Erkenntnisse	53
1. Bestehen und Umfang des Auskunftsanspruchs	54
2. Verhältnis des Auskunftsanspruchs zur sekundären Darlegungslast	55
3. Mitberücksichtigung sozialversicherungsrechtlicher Normen	55
4. (Weitergehende) Eigenerwerbsbemühungen des Arbeitnehmers	56
5. Abstufung der Darlegungs- und Beweislast	58
IV. Formulierung konkreter Fragestellungen	58
B. Fehlende Auskunft des Arbeitnehmers als böswilliges Unterlassen i.S.d. § 615 S. 2 Alt. 3 BGB?	59
I. Der zivilrechtliche Auskunftsanspruch	59
1. Problemaufriss	59
2. Rechtsgrundlage des allgemeinen Auskunftsanspruchs	61
a) Treu und Glaube, § 242 BGB	61

b) Gewohnheitsrecht	63
c) Rechtsanalogie	64
d) Entscheidung sowie Vorgehensweise	65
3. Der allgemeine Auskunftsanspruch im arbeitsrechtlichen Kontext	66
II. Bestehen des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs	69
1. Sonderverbindung zwischen Anspruchsteller und Anspruchsgegner	69
2. Anspruchsfordernde ist in entschuldbarer Weise im Ungewissen	70
a) Anderweitige zumutbare Informationsbeschaffung durch Observation des Arbeitnehmers	71
b) Anderweitige zumutbare Informationsbeschaffung mit Blick auf das SGB	73
c) Anderweitige zumutbare Informationsbeschaffung durch Auslösen der sekundären Darlegungslast	74
aa) Voraussetzungen und Rechtsfolgen der sekundären Darlegungslast	76
(1) Informationsdefizit der beweisbelasteten Partei	76
(2) Aufklärungsmöglichkeit der nicht beweisbelasteten Partei ...	77
(3) Zumutbarkeit für die nicht beweisbelastete Partei	77
(4) Zwischenergebnis	78
(5) Rechtsfolgen	78
(a) Erfüllung der sekundären Darlegungslast durch Arbeitneh- mer	79
(b) Keine Erfüllung der sekundären Darlegungslast durch Ar- beitnehmer	82
bb) Verhältnis von sekundärer Darlegungslast zum allgemeinen zivil- rechtlichen Auskunftsanspruch	83
(1) Nebeneinander von sekundärer Darlegungslast und allgemei- nem zivilrechtlichen Auskunftsanspruch	83
(2) Subsidiarität des allgemeinen zivilrechtlichen Auskunftsan- spruchs gegenüber der sekundären Darlegungslast	84
(3) Bewertung	84
3. Zumindest wahrscheinlich bestehende Einwendung des Auskunftsfor- dernden	91
a) Einwendung statt Anspruch	91
b) Wahrscheinlichkeit des Bestehens der Einwendung	93
aa) Überwiegende Wahrscheinlichkeit statt dem Grunde nach festste- hende Einwendung	93
bb) Grundsätzliche Bewertung	95
cc) Ausnahmen	99
c) Zwischenergebnis	102
4. Auskunftserteilung ist dem Arbeitnehmer zumutbar	102
5. Kein Unterlaufen der allgemeinen Beweisgrundsätze	108
6. Kein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit	109

7. Zwischenergebnis	111
III. Sozialversicherungsrechtliche Normen als Indikatoren für das böswillige Unterlassen i. S. d. § 615 S. 2 Alt. 3 BGB?	112
1. Verhältnis des Sozialversicherungsrechts zum Arbeitsrecht	113
a) Funktion des Sozialversicherungsrechts im Vergleich zum Arbeitsrecht	114
aa) Funktion des Sozialversicherungsrechts	114
(1) Grundsätzliche Funktion des Sozialversicherungsrechts	114
(2) Einordnung der Arbeitsförderung als Sozialversicherungs- recht?	116
(3) Zwischenergebnis	118
bb) Funktion des Arbeitsrechts	118
cc) Bewertung	119
b) Schutzmechanismus des Sozialversicherungsrechts im Vergleich zum Arbeitsrecht	122
c) Rechtsnatur sowie Verfahrensgrundsätze des Sozialversicherungs- rechts im Vergleich zum Arbeitsrecht	124
d) Bewertung	126
2. Mitberücksichtigung der sozialversicherungsrechtlichen Normen im Ein- zelfall	131
a) § 38 SGB III i. V. m. § 2 Abs. 5 SGB III	132
aa) Inhalt und Bedeutung des § 38 SGB III i. V. m. § 2 Abs. 5 SGB III	132
bb) Berücksichtigung des § 38 SGB III i. V. m. § 2 Abs. 5 SGB III bei der Auslegung der Böswilligkeit unter besonderer Berücksichti- gung der Normzwecke	133
(1) Vergleich: Normzweck der § 38 SGB III i. V. m. § 2 Abs. 5 SGB III und § 615 S. 2 Alt. 3 BGB	133
(2) Kritik: Mitberücksichtigung von § 38 SGB III i. V. m. § 2 Abs. 5 SGB III bei der Auslegung der Böswilligkeit	134
(3) Bewertung	137
b) § 140 SGB III	154
aa) Inhalt und Bedeutung des § 140 SGB III	154
bb) Berücksichtigung des § 140 SGB III bei der Auslegung der Bös- willigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Normzwecks	155
(1) Vergleich: Normzweck des § 140 SGB III und § 615 S. 2 Alt. 3 BGB	155
(2) Mitberücksichtigung des § 140 SGB III bei der Auslegung der Böswilligkeit in Anbetracht des Normzwecks	156
IV. Abschließende Bewertung: Fehlende Auskunft des Arbeitnehmers als bös- williges Unterlassen	159
V. Ergebnis	164

§ 5 Konsequenzen für die Praxis	166
A. Auseinandersetzung mit den bzw. Bewerbung auf die dem Arbeitnehmer vermittelten Stellen	166
I. Auseinandersetzung des Arbeitnehmers mit den ihm vermittelten Stellen ...	166
II. Darüber hinaus: Notwendigkeit der Bewerbung des Arbeitnehmers auf die ihm vermittelten Stellen?	168
III. Zwischenergebnis	170
B. Qualität und Quantität der Bewerbung	170
I. Quantität der Bewerbung	170
II. Qualität der Bewerbung	173
III. Zwischenergebnis	175
C. Arbeitsantritt innerhalb von drei Monaten nach (fristlosem) Kündigungs- anspruch	175
D. Abwarten der Kündigungsfrist bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung	177
E. Teilnahme an Job-Coaching-Angebot der Agentur für Arbeit	178
F. Zusammenfassung: Pflichten des Arbeitnehmers	179
G. Folgefrage: Umfang des Auskunftsanspruchs?	181
I. Bewerbungsbemühungen in Bezug auf die vermittelten Stellen nebst weiteren Details zum Bewerbungsverfahren	182
II. Bewerbungsbemühungen außerhalb der vermittelten Stellen und deren Ein- zelheiten	185
III. Zwischenergebnis	186
§ 6 Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse sowie Ausblick	187
A. Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse	187
I. Bestehen des Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB	187
II. Mitberücksichtigung der sozialversicherungsrechtlichen Normen § 38 SGB III i. V. m. § 2 Abs. 5 SGB III und § 140 SGB III	188
III. Bewertung der fehlenden Auskunft als böswilliges Unterlassen	189
IV. Eigenerwerbsbemühungen des Arbeitnehmers über die Auskunftserteilung hinaus	190
B. Ausblick	191
Literaturverzeichnis	193
Stichwortverzeichnis	203

§ 1 Einleitung

A. Ausgangslage

Im deutschen Arbeitsrecht stehen die Hauptleistungspflichten der Arbeitsvertragsparteien, namentlich die Vergütungspflicht des Arbeitgebers einerseits und die tatsächliche Erbringung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers andererseits, in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander.¹ Folge dessen ist, dass der Arbeitnehmer die Vergütung also grundsätzlich erst verlangen darf, sobald er die entsprechende Arbeitsleistung erbracht hat.² Dieser Grundsatz wird allerdings mit Blick darauf, dass der Arbeitnehmer auf die Vergütung angewiesen ist und seine Arbeitskraft nicht ohne Weiteres kurzfristig anderweitig verwerten kann, an mehreren Stellen durchbrochen. Die insofern wichtigste Vorschrift im Arbeitsrecht stellt § 615 S. 1 BGB dar, wonach der Arbeitnehmer³ die vereinbarte Vergütung trotz fehlender Arbeitsleistung verlangen kann, wenn der Arbeitgeber sich im Annahmeverzug befindet.⁴ Angesprochen ist damit vor allem die Situation, in der der Arbeitgeber den Arbeitnehmer kündigt, in der Folge die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt wird und dem Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber mithin – soweit Letzterer den Arbeitnehmer in dieser Zeit nicht beschäftigt – Annahmeverzugslohnansprüche für die Zeit zwischen dem Zugang der Kündigungserklärung und der Entscheidung des Gerichts zustehen.

Da der Arbeitnehmer durch die Regelung des § 615 S. 1 BGB aber auch nicht besser stehen soll, als er ohne Annahmeverzug stünde,⁵ sieht § 615 S. 2 BGB drei Fallgruppen vor, in denen es zu einer Kürzung des sich aus § 615 S. 1 BGB ergebenden Lohnfortzahlungsanspruchs kommen kann. Die insofern wohl problematischste Fallgruppe ist in Anbetracht des unbestimmten Rechtsbegriffs der Böswilligkeit die dritte Alternative des § 615 S. 2 BGB, wonach der Arbeitnehmer sich auf den Annahmeverzugslohn dasjenige anrechnen lassen muss, was er zu erwerben böswillig unterlässt. Diese Fallgruppe wurde auch in der Rechtsprechung vielfach

¹ Vgl. etwa: Hueck/Nipperdey/Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, S. 324.

² Angesprochen ist damit der aus dem allgemeinen Schuldrecht (§ 326 Abs. 1 BGB) folgende Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“.

³ Der Wortlaut der Norm spricht zwar vom Dienstberechtigten bzw. Dienstverpflichteten; da die Norm allerdings in jedem Fall auch innerhalb eines Arbeitsverhältnisses Anwendung findet, wird der Einfachheit halber in der Folge stets die Rede vom Arbeitsverhältnis bzw. dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber sein.

⁴ MüKo BGB/Henssler, § 615 BGB, Rn. 1.

⁵ BeckOK ArbR/Joussen, § 615 BGB, Rn. 63.

besprochen und fand einen ihrer (aktuellen) Höhepunkte in der Entscheidung des BAG vom 27.05.2020⁶, in welcher das BAG dem Arbeitgeber einen sich aus § 242 BGB ergebenden Auskunftsanspruch hinsichtlich der dem Arbeitnehmer vom Jobcenter bzw. der Agentur für Arbeit vermittelten Stellenangebote zugesprochen hat. Diese Entscheidung brachte insofern immense praktische Folgen mit sich, als dem Arbeitnehmer hinsichtlich der Böswilligkeit deutlich mehr abverlangt wurde: War der Arbeitnehmer zuvor nach ständiger Rechtsprechung in Bezug auf das böswillige Unterlassen gem. § 615 S. 2 Alt. 3 BGB nicht einmal zur Arbeitslosmeldung verpflichtet,⁷ so hat er seit der in Rede stehenden Entscheidung des BAG zur Vermeidung des Vorwurfs des böswilligen Unterlassens darüber hinaus entsprechende Auskunft über die ihm vermittelten Stellen zu geben. Die Entscheidung des BAG wurde in der Folge sowohl vom BAG selbst als auch von Instanzgerichten insofern aufgegriffen, als sie bestätigt, abgelehnt oder als Grundlage für weitere Äußerungen hinsichtlich des böswilligen Unterlassens herangezogen wurde.

B. Ziel der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist primär, eine verbindliche Aussage hinsichtlich der Frage zu treffen, ob die fehlende Auskunft des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich der dem Arbeitnehmer vom Jobcenter bzw. der Agentur für Arbeit vermittelten Stellenangebote tatsächlich als böswilliges Unterlassen i. S. d. § 615 S. 2 Alt. 3 BGB zu bewerten ist. Grundlage für diese Bewertung ist insbesondere die Entscheidung des BAG vom 27.05.2020, aber auch Folgeentscheidungen der Instanzgerichte oder des BAG selbst sollen Berücksichtigung finden, soweit sie insofern neue Erkenntnisse geliefert haben.

Stellt sich heraus, dass die fehlende Auskunft tatsächlich als böswilliges Unterlassen zu bewerten ist, sollen die mit dieser Beurteilung einhergehenden praktischen Konsequenzen (für den Arbeitnehmer) dargelegt werden. Angesprochen ist damit, ob der Arbeitnehmer über die in Rede stehende Auskunft nicht noch weitere Bemühungen anstrengen muss, um sich dem Vorwurf des böswilligen Unterlassens entziehen zu können. Ist dies der Fall, sollen insofern nicht lediglich allgemeine Aussagen getroffen, sondern im Sinne der Rechtssicherheit bestenfalls ein sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber verbindlicher Rahmen festgelegt werden.

⁶ BAG, Urt. v. 27.05.2020 – 5 AZR 387/19, NJW 2020, 2746.

⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 16.05.2000 – 9 AZR 203/99, NJW 2001, 243 (243 f.).

C. Gang der Untersuchung

Der auf diese Einleitung (§ 1) folgende § 2 dieser Arbeit soll zunächst einmal das notwendige Hintergrundwissen zum Annahmeverzug gem. § 615 S. 1 BGB insofern vermitteln, als eine Grundlage für das Verständnis der weiteren Kapitel geschaffen wird. Dabei sollen neben dem grundsätzlichen Regelungsgehalt des § 615 BGB einerseits sowie dessen Normzweck andererseits auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 615 S. 1 BGB in gebotener Kürze dargestellt und inhaltlich besprochen werden. Sind diese nämlich nicht erfüllt, bedarf es gar nicht der weiteren Auseinandersetzung mit der Anrechnung wegen böswilligen Unterlassens gem. § 615 S. 2 Alt. 3 BGB.

§ 3 dieser Arbeit widmet sich sodann der Anrechnung gem. § 615 S. 2 BGB und insofern insbesondere der dritten Alternative respektive dem böswilligen Unterlassen anderweitigen Erwerbs. Innerhalb dessen soll neben dem Anrechnungsumfang insbesondere auch der Normzweck erläutert werden, da dieser für die weiteren Kapitel von fundamentaler Bedeutung ist und ein Rückgriff auf diesen an vielen Stellen notwendig sein wird.

§ 4 stellt den Schwerpunkt dieser Arbeit dar und hat die Bewertung der Frage zum Gegenstand, ob die fehlende Auskunft des Arbeitnehmers hinsichtlich der ihm vom Jobcenter bzw. der Agentur für Arbeit vermittelten Stellen tatsächlich als böswilliges Unterlassen zu bewerten ist. Dabei erfolgt zunächst eine Auswertung der Rechtsprechung insofern, als das Urteil des BAG vom 27.05.2020 sowie die in der Folge ergangenen (relevanten) Urteile der Instanzgerichte bzw. des BAG selbst auf ihre wesentlichen Erkenntnisse untersucht werden (A.). Diese Erkenntnisse dienen sodann als Grundlage für die Bewertung der Frage, ob die fehlende Auskunft des Arbeitnehmers tatsächlich als böswilliges Unterlassen zu bewerten ist (B.). Innerhalb dessen erfolgt zunächst eine kurze Einführung zum zivilrechtlichen Auskunftsanspruch generell bzw. woher dieser sich ergibt (I.), woraufhin die insofern festgesetzten Voraussetzungen auf ihr Vorliegen geprüft werden (II.). Im Rahmen dieser Subsumtion findet zwangsläufig auch eine Auseinandersetzung mit der vom BAG in der Entscheidung vom 27.05.2020 in gewisser Weise aufgeworfenen Frage statt, in welchem Verhältnis der zivilrechtliche Auskunftsanspruch überhaupt zur sekundären Darlegungslast steht. Infolgedessen wird sodann die Frage geklärt, ob die vom BAG bei der Bewertung herangezogenen sozialversicherungsrechtlichen Normen auch tatsächlich Berücksichtigung finden können (III.), bevor eine abschließende Bewertung der in Rede stehenden Frage vor dem Hintergrund der insofern gewonnenen Erkenntnisse erfolgt (IV.). Die Bearbeitung dieses Kapitels endet schließlich in der Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse (V.).

§ 5 stellt das letzte inhaltliche Kapitel dieser Arbeit dar und beschäftigt sich mit der Frage, ob der Arbeitnehmer über die fehlende Auskunft hinaus gebebe-