

## LEGAL UPDATE ARBEITSRECHT

Köln, 09.01.2023

# Kein Ansammeln mehr von Annahmeverzugsansprüchen ohne intensive Bewerbungsbemühungen

Meganush Hambarsoomian

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 30. September 2022 (6 Sa 280/22) eine aus Arbeitgebersicht erfreuliche Entscheidung getroffen. Danach steht Arbeitnehmern, die keine hinreichenden Bewerbungsbemühungen an den Tag legen, kein Anspruch auf Annahmeverzug zu. Damit nimmt das Gericht der Arbeitnehmerseite ein wesentliches taktisches Mittel im Kündigungsschutzprozess aus der Hand. Denn Raum für ein Ansammeln von Annahmeverzugsansprüchen für den Fall, dass sich die Kündigung im Laufe des angestregten – oftmals Jahre dauernden – Kündigungsrechtsstreits als unwirksam erweist, bleibt dann nur noch in seltenen Fällen. Das Urteil ist rechtskräftig; das Landesarbeitsgericht hat die Revision gegen das Urteil nicht zugelassen.

### I. Sachverhalt und Entscheidung

Im Verfahren machte ein Arbeitnehmer für einen Zeitraum von knapp 4 Jahren Annahmeverzugsansprüche wegen mehrerer unwirksamer Kündigungen der Arbeitgeberin geltend. Hiergegen wehrte sich die Arbeitgeberin unter anderem mit dem Einwand, dass sich der Arbeitnehmer auf seinen Annahmeverzugsanspruch in Überein-

stimmung mit § 11 Nr. 2 KSchG dasjenige anrechnen lassen muss, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.

Nach – zutreffender – Ansicht des Landesarbeitsgerichts sei der Einwand des böswilligen Unterlassens nach § 11 Nr. 2 KSchG gerechtfertigt und reduziere den Annahmeverzugsanspruch, wenn der Arbeitnehmer keine oder nur unzureichenden Bewerbungsbemühungen anstelle. Konkret hatte die darlegungs- und beweisbelastete Arbeitgeberin eingewandt, dass von dem Arbeitnehmer nur wenige und unzureichende Bewerbungsbemühungen ausgingen, obwohl dieser von der Agentur für Arbeit und vom Jobcenter eine Reihe von Vermittlungsangeboten erhalten habe.

Sowohl das Arbeitsgericht Berlin als auch das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg entschieden im vorliegenden Fall zugunsten der Arbeitgeberin. Das Landesarbeitsgericht stellte insbesondere darauf ab, dass die Anzahl der Bewerbungsbemühungen des Arbeitnehmers zu beanstanden gewesen sei, da dieser im Zeitraum von 29 Monaten lediglich 103 Bewerbungen geschrieben habe, was rechnerisch nicht

einmal einer Bewerbung pro Woche entsprechen. Der Arbeitnehmer war im fraglichen Zeitraum ohne Arbeit und habe also im zeitlichen Umfang einer Vollzeitstelle Bewerbungsbemühungen entfalten können und müssen (!). Auch sei nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Qualität der Bewerbungen zu beanstanden gewesen, was ein weiteres Indiz für die böswillige Unterlassung der Annahme einer dem Arbeitnehmer zumutbaren Arbeit gemäß § 11 Nr. 2 KSchG sei.

## II. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung hat eine große Bedeutung für die Praxis und ist aus Arbeitgebersicht sicherlich begrüßenswert. Bisher sahen sich Arbeitgeber nach langjährigen Kündigungsschutzstreitigkeiten oft hohen Annahmeverzugsansprüchen des obsiegenden Arbeitnehmers ausgesetzt. Die Arbeitnehmerseite nutzt diesen Umstand in Vergleichsverhandlungen oft, um das für den jeweiligen Arbeitgeber stetig steigende Annahmeverzugsrisiko als Hebel für überdurchschnittlich hohe Abfindungen einzusetzen. Mit dem neuen Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg wird diese Herangehensweise deutlich erschwert. Denn entweder werden keine hinreichenden Bemühungen um eine neue Tätigkeit an den Tag gelegt, dann besteht auch kein Annahmeverzugsrisiko oder sie werden an den Tag gelegt und werden über einen längeren Zeitraum in den meisten Fällen Erfolg zeigen, mit der Folge, dass sich das Annahmeverzugsrisiko deutlich verringert. Erheblich bleibt das Risiko für den Arbeitgeber alleine in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer trotz intensiver Bemühungen um eine neue Arbeit erfolglos und damit arbeitsuchend bleibt.

Ob sich der Arbeitnehmer hinreichend bei der Arbeitssuche bemüht hat, bleibt bei alledem eine Entscheidung des Einzelfalls. Auf Arbeitgeberseite ist insoweit insbesondere ein geschicktes prozessuales Vorgehen gefragt, denn

im Ausgangspunkt trägt er die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Arbeitnehmer böswillig anderweitigen Erwerb unterlassen hat. Hierzu hat er an sich darzulegen, dass die Agentur für Arbeit dem klagenden Arbeitnehmer zumutbare Arbeit angeboten, er diese Angebote jedoch böswillig nicht wahrgenommen hat. Mit Blick hierauf empfiehlt es sich, dass der Arbeitgeber seinen Auskunftsanspruch über die von der Agentur für Arbeit unterbreiteten Vermittlungsangebote rechtzeitig gegenüber dem Arbeitnehmer geltend macht (siehe zum Auskunftsanspruch das [Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19](#)). Dieser Auskunftsanspruch des Arbeitgebers erstreckt sich auf die Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und des Jobcenters unter Nennung der Tätigkeit, der Arbeitszeit, dem Arbeitsort und der Vergütung, damit der Arbeitgeber in der Lage ist, Indizien für die Zumutbarkeit der Arbeit und eine mögliche Böswilligkeit des Unterlassens anderweitigen Erwerbs vorzutragen. Nach Erteilung der Auskunft muss der Arbeitgeber die Einwendungen für die Zumutbarkeit der Arbeit und eine mögliche Böswilligkeit des Unterlassens so substantiell begründen, dass der Arbeitnehmer diesen im Wege der abgestuften Darlegungs- und Beweislast entgegenreten kann.

Bisher offen geblieben ist die Frage, ob sich der Auskunftsanspruch auch auf eigene Bewerbungsbemühungen des Arbeitnehmers erstreckt – hierzu haben weder das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg noch das Bundesarbeitsgericht in ihren Entscheidungen Stellung beziehen müssen.

Für Arbeitnehmer ergibt sich aus dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg in jedem Fall, dass sie den Bewerbungsprozess während eines Kündigungsrechtsstreits nicht in der Hoffnung auf eine aus ihrer Sicht ohnehin unwirksame Kündigung schleifen lassen sollten, insbesondere im Hinblick auf die Quantität, aber

auch die Qualität der Bewerbungen. Dies gilt nicht zuletzt auch für eine ernsthafte Befassung

mit und Wahrnehmung von zumutbaren Arbeitsangeboten.

#### Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. den Autor Meganush Hambarsoomian unter +49 221 33660 503 oder MHambarsoomian@goerg.de an. Informationen zum Autor finden Sie auf unserer Homepage [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

## Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

### BERLIN

Kantstr. 164, 10623 Berlin  
Tel. +49 30 884503-0  
Fax +49 30 882715-0

### HAMBURG

Alter Wall 20 - 22, 20457 Hamburg  
Tel. +49 40 500360-0  
Fax +49 40 500360-99

### FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstr. 30, 60325 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 170000-17  
Fax +49 69 170000-27

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel. +49 221 33660-0  
Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstr. 22, 80538 München  
Tel. +49 89 3090667-0  
Fax +49 89 3090667-90