

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various industrial structures, pipes, and lights, all slightly out of focus, creating a sense of depth and activity in a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Mai 2025**

## Inhalt

### Neues vom Gesetzgeber

**Koalitionsvertrag 2025: Was kommt im Arbeitsrecht?**

### Neues aus der Rechtsprechung

**BAG zum „AGG-Hopping“: kein Entschädigungsanspruch bei Rechtsmissbrauch**

### Neues aus der Rechtsprechung

**Außerordentliche Kündigung aufgrund von Arbeitszeitbetrug durch einen Betriebsratsvorsitzenden**

### Neues aus der Rechtsprechung

**BAG zum Annahmeverzugslohn nach unwirksamer Kündigung und das böswillige Unterlassen anderweitigen Verdienstes**

## Neues vom Gesetzgeber

### **Koalitionsvertrag 2025: Was kommt im Arbeitsrecht?**

*Die neue Koalition aus SPD und Union hat in ihrem Koalitionsvertrag 2025 auch ein arbeitsrechtliches Programm geschmürt. Die Vorhaben reichen von der Anhebung des Mindestlohns über flexiblere Arbeitszeiten bis zur digitalen Mitbestimmung und Tariftreue. Der Arbeitsmarkt soll damit moderner, sozial gerechter und zugleich wettbewerbsfähig werden. Doch nicht alle Pläne sind unumstritten – sie sind von politischen Kompromissen geprägt und bewegen sich teilweise im Spannungsverhältnis mit europäischem Recht. Im Folgenden ein Überblick über die wichtigsten Projekte und ihre Einordnung.*

#### **Mindestlohn: 60 % vom Median – 15 Euro in Sicht**

Künftig soll sich die unabhängige Mindestlohnkommission nicht mehr nur an der Tarifentwicklung, sondern zudem an 60 % des mittleren Bruttolohns eines Vollzeitbeschäftigten orientieren. Damit greift die Koalition eine EU-Empfehlung und Gewerkschaftsforderung auf. Auf diesem Weg, so heißt es, sei ein gesetzlicher Mindestlohn von 15 Euro im Jahr 2026 erreichbar. Einen Automatismus soll diese Projektion aber nicht enthalten. Eine gesetzliche Fixierung des Ziels lehnt die Union ab – handelt es sich also nur um politische Lyrik?

Unklar ist neben der Sicherheit des 15-Euro-Ziels auch, wie verbindlich die 60%-Orientierung wirken soll – letztlich hängt alles am Votum der Mindestlohnkommission.

#### **Arbeitszeit: Wochenhöchstleistungszeit statt Tageslimit**

Die tägliche Höchstleistungszeit von 8 (in Ausnahmen 10) Stunden soll zugunsten einer wöchentlichen Höchstleistungszeit von 48 Stunden ersetzt werden. Dieses Wochenmodell entspricht den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie und erlaubt, längere Arbeitstage durch kürzere an anderen Tagen auszugleichen. Insgesamt verspricht sich die Koalition davon flexiblere Abläufe in den Betrieben, aber auch eine bessere Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben.

Zugleich betont sie den Gesundheitsschutz: Die geltenden Ruhezeiten – etwa elf Stunden Mindestpause pro Tag – sollen erhalten bleiben. Niemand soll gegen seinen Willen mehr arbeiten müssen; Missbrauch will man ausschließen. Wie genau die Regeln aussehen (ob es

z.B. doch eine Tagesobergrenze geben wird), soll mit den Sozialpartnern diskutiert werden.

### **Arbeitszeiterfassung: Pflicht mit Vertrauens-Ausnahme?**

Nach den Urteilen von EuGH und Bundesarbeitsgericht, die eine systematische Arbeitszeiterfassung verlangen, will die Koalition einen klaren Rechtsrahmen schaffen. Geplant ist eine allgemeine Pflicht zur digitalen Arbeitszeiterfassung für alle Arbeitgeber. Damit würde die bisher lückenhafte Gesetzeslage endlich modernisiert. Für kleinere und mittlere Unternehmen sollen angemessene Übergangszeiten vorgesehen werden. Für Großunternehmen ist folglich davon auszugehen, dass es entsprechende Übergangszeiten nicht geben wird.

Erfreulich ist eine angekündigte Ausnahme: Bei Vertrauensarbeitszeit solle keine Erfassung nötig sein. Die Koalitionäre wollen dies „im Einklang mit der EU-Arbeitszeitrichtlinie“ umsetzen. Auf den Entwurf für ein entsprechendes Gesetz darf man gespannt sein. Für kleine und mittlere Unternehmen („KMU“) sollen angemessene Übergangsregeln gelten.

### **Steuerfreie Überstunden: Bonus nur für Vollzeit**

Um Mehrarbeit zu fördern, sollen Überstundenzuschläge künftig steuerfrei sein – allerdings nur, wenn sie über das Vollzeit-Soll hinaus geleistet werden (bei Tarifverträgen sollen es „mindestens 34“, sonst über 40 Wochenstunden sein). Vollzeitbeschäftigte hätten dann für zusätzliche Arbeit „mehr Netto vom Brutto“.

Von Einigen wird die Formulierung so verstanden, dass dann künftig bei Geltung eines Tarifvertrags Überstunden oberhalb von 34 Stunden auch dann steuerfrei bleiben sollen, wenn der Tarifvertrag ein höheres Vollzeitvolumen vorsieht. Ob diese Differenzierung Gesetz wird, bleibt abzuwarten – sinnvoller erscheint aus unserer Sicht die Heranziehung des im jeweiligen Betrieb tariflich geltenden Vollzeitvolumens, soweit dieses nicht unter 34 Stunden liegt. Zur Vermeidung von Umgehungsgestaltungen ergibt die feste Grenze von 40 Stunden für Betriebe ohne Tarifbindung Sinn – der Zweck der Regelung liegt schließlich darin, zu zusätzlicher Leistung anzuregen.

Bereits jetzt regt sich erhebliche Kritik gegen die Differenzierung zwischen Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten – inwieweit diese es in einen Gesetzesentwurf schafft, bleibt also abzuwarten. Eine Abkehr

von dem Prinzip würde indes den gesetzlichen Zweck der Beschäftigungsförderung unterminieren.

### **Betriebsverfassung und Gewerkschaft digital: Online-BR & digitales Zugangsrecht**

Die betriebliche Mitbestimmung soll ins digitale Zeitalter gehoben werden. Online-Betriebsratssitzungen und -Betriebsversammlungen sollen als gleichwertige Alternative zu Präsenzformaten im Gesetz verankert werden. Betriebsräte könnten dann per Videokonferenz tagen und die Belegschaft virtuell informieren. Auch die Online-Wahl von Betriebsräten soll ermöglicht werden, um mehr Beschäftigten die Teilnahme zu erleichtern.

Zudem – dies war ein zentrales Anliegen der SPD – sollen Gewerkschaften ein digitales Zugangsrecht zum Betrieb erhalten: Sie dürften Beschäftigte dann etwa per E-Mail oder über Firmenplattformen ansprechen, analog zum Flugblatt am Werkstor. Die genaue Ausgestaltung muss die verschiedenen Interessen austarieren – für den Gesetzgeber ein durchaus nicht einfaches Unterfangen, über dessen weiteren Verlauf wir Sie unterrichtet halten werden.

### **Bundestariftreuegesetz: Tariftreue als Auftragsbedingung**

Zur Stärkung der Tarifbindung will die Koalition ein Bundestariftreuegesetz einführen. Bundesaufträge sollen künftig nur noch an tarifgebundene Unternehmen gehen (für kleine Aufträge oder „Start-Ups“ sind Ausnahmen vorgesehen). Ab 50.000 € Auftragswert würde Tarifbindung zur Voraussetzung für den Zuschlag. Das soll Lohndumping bei staatlich finanzierten Projekten verhindern und Unternehmen einen Anreiz geben, Tarifverträge abzuschließen.

Der Deutsche Gewerkschaftsbund begrüßt den Plan schon jetzt als wichtigen Schritt für faire Löhne, während Arbeitgeber sich in ihrer Koalitionsfreiheit beschränkt sehen. Die Koalition verspricht, Nachweispflichten und Kontrollen auf ein „absolutes Minimum“ zu beschränken. Dies birgt für die zu erwartende Praxis erhebliche Gefahren – das Vorhaben bleibt zurecht umstritten.

Zur weiteren Stärkung der Gewerkschaften soll die Mitgliedschaft in Gewerkschaften durch steuerliche Anreize für Mitglieder attraktiver gemacht werden, was Fragen mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit nach sich zieht.

## **Fachkräftesicherung: „Work-and-Stay“ und Rentner im Job**

Dem Arbeitskräftemangel soll mit gezielter Zuwanderung und besserer Nutzung einheimischer Potenziale begegnet werden. Eine zentrale „Work-and-Stay“-Agentur soll alle Verfahren der Erwerbsmigration bündeln und beschleunigen. Visa-Verfahren, Anerkennung ausländischer Abschlüsse und Arbeitsgenehmigungen würden dort digital aus einer Hand abgewickelt.

Auch Ältere sollen länger im Erwerbsleben gehalten werden. Geplant sind etwa großzügigere Hinzuverdienstmöglichkeiten für Rentner: Wer neben der Rente arbeitet, soll deutlich mehr hinzuverdienen dürfen, ohne Einbußen. Damit will man erfahrene Kräfte motivieren, im Job zu bleiben.

Ob diese Anreize im großen Umfang wirken, bleibt abzuwarten.

## **(Schein-)Selbstständige: Schnelleres Statusfeststellungsverfahren und Rentenpflicht**

Die Koalitionäre wollen das Statusfeststellungsverfahren zur Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenstatus zügig im Interesse von Selbstständigen, Arbeitnehmern und Unternehmen schneller, rechtssicherer und transparenter machen. So soll die Klärung von Scheinselbstständigkeit beschleunigt werden – inklusive einer Frist mit Genehmigungsfiktion bei Verzögerungen –, was mehr Rechtssicherheit für Auftraggeber und Freelancer bringt. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts hatte – insbesondere auch mit dem im Koalitionsvertrag ausdrücklich benannten „Herrenberg“-Urteil – in diesem Bereich zuletzt für erhebliche Unsicherheiten gesorgt.

Eine erhebliche Neuerung soll es zudem für Solo-Selbstständige geben: Künftig sollen neue Selbstständige ohne anderweitige Pflichtversicherung verpflichtend in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlen (mit Opt-out bei gleichwertiger anderweitiger Vorsorge). So sollen Vorsorgelücken geschlossen und spätere Altersarmut vermieden werden.

## **(Ein bisschen) Bürokratieabbau?**

Die Koalition kündigt ferner einen Bürokratieabbau an. Die Regierung will insbesondere starre Formvorschriften im Arbeitsrecht überprüfen, um digitale Verfahren zu erleichtern. Dies ist ein hehres

Ziel; die zu seiner Erreichung geplanten Maßnahmen drohen angesichts der bisherigen Einigungen indes halbherzig zu bleiben. Erwähnenswert ist insoweit letztlich nur die Streichung der Schriftform für Befristungsabreden. Eine Kündigung per Textform – etwa mittels einer E-Mail oder eines ausgedruckten Scans der unterzeichneten Erklärung – wird daher auch künftig nicht möglich sein.

### **Fazit**

Der Koalitionsvertrag 2025 enthält einige Modernisierungsansätze, der „große Wurf“ bleibt indessen aus.

Marginal flexiblere Regeln für die Betriebspraxis werden durch einen absehbar höheren Mindestlohn und zusätzliche Kollektivrechte teuer erkaufte. Vieles hängt dabei von der konkreten Umsetzung ab. Wir werden die Entwicklung beobachten und Sie unterrichtet halten.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **BAG zum „AGG-Hopping“: kein Entschädigungsanspruch bei Rechtsmissbrauch**

*Der Begriff „AGG-Hopping“ beschreibt die systematische Ausnutzung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) durch sogenannte „Scheinbewerber“, die sich gezielt auf potenziell diskriminierende Stellenanzeigen bewerben, ohne die Absicht, die Stelle tatsächlich anzutreten und nach einer Absage eine Entschädigungsklage einreichen. Mit einem Urteil vom 19. September 2024 (Az. 8 AZR 21/24) setzt das BAG ein klares Zeichen gegen „AGG-Hopper“. Das Gericht hat entschieden, dass ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ausgeschlossen ist, wenn der Kläger rechtsmissbräuchlich handelt.*

#### **Der Sachverhalt**

Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts.

Der Kläger, gelernter Industriekaufmann und nach eigenen Angaben Student des Wirtschaftsrechts, bewarb sich in der Vergangenheit auf zahlreiche im Internet ausgeschriebene Stellen für eine „Sekretärin“. Im Nachgang führte er Entschädigungsprozesse aufgrund einer behaupteten Benachteiligung wegen des Geschlechts. Die Bewerbungsschreiben sowie das vorprozessuale Verhalten passte der Kläger im Laufe der Zeit aufgrund in verschiedenen Prozessen gewonnener Erfahrungen an. Im Januar 2023 bewarb sich der Kläger auf eine bei der Beklagten ausgeschriebene Stelle als „Bürokauffrau/Sekretärin“. Auf seine Bewerbung erhielt der Kläger keine Rückmeldung. Die Stelle wurde von der Beklagten mit einer Frau besetzt. Mit seiner Klage behauptet der Kläger eine Diskriminierung wegen des Geschlechts und fordert eine Entschädigung von mindestens 6.000 EUR.

Das Arbeitsgericht hatte die Klage durch Versäumnisurteil abgewiesen und dieses nach Einspruch des Klägers aufrechterhalten. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

#### **Die Entscheidung des BAG**

Das BAG wies die Revision des Klägers zurück. Dem Entschädigungsanspruch des Klägers stehe der durchgreifende Einwand des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB entgegen.

Rechtsmissbrauch sei anzunehmen, wenn sich aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ergibt, dass der Bewerber sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm darum ging, nur den formalen Status als Bewerber im Sinne des AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, Ansprüche auf Entschädigung geltend machen zu können.

Es sei unter Berücksichtigung aller Umstände davon auszugehen, dass der Kläger systematisch und zielgerichtet versuche, sich durch Entschädigungsansprüche einen lukrativen Gewinn zu verschaffen, ohne echtes Interesse an der ausgeschriebenen Stelle der Beklagten zu haben.

Dafür sprächen objektiv mehrere Indizien, wie etwa die mangelnde Bereitschaft zum Umzug, das Vollzeitstudium, die Vielzahl der Bewerbungen auf in verschiedenen Bundesländern ausgeschriebene Stellen für eine „Sekretärin“ sowie die Vielzahl an Entschädigungsklagen. Vor allem aber das mit der Zeit stetig „optimierte“ Vorgehen des Klägers aufgrund der in Vorprozessen gewonnenen Erfahrungen. Vor diesem Hintergrund stelle sich das Verhalten des Klägers als Teil eines systematischen und zielgerichteten Vorgehens im Rahmen der Entwicklung eines Geschäftsmodells „in zweiter Generation“ dar. Dieses sei darauf gerichtet gewesen, mit der Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen nach § 15 Abs. 2 AGG zusätzliche Einnahmen zu generieren.

Die Berücksichtigung des anderweitigen Bewerbungs- und Prozessverhaltens infolge der Nachfrage durch die Beklagte bei anderen beklagten Arbeitgebern unterfalle keinem Sachverwertungsverbot. Die Erhebung der entsprechenden Daten durch die Beklagte sei unter Berücksichtigung der Vorgaben der DS-GVO rechtmäßig erfolgt.

### **Praxishinweis**

Der Entscheidung des BAG ist vollumfänglich zuzustimmen. Der im Streit stehende Sachverhalt ist ein Paradebeispiel für das Vorliegen der Voraussetzungen eines Rechtsmissbrauchs. Das Urteil stärkt den Arbeitgeber in seiner Position gegenüber missbräuchlichen Klagen und setzt klare Grenzen für den Missbrauch des AGG. Das AGG schützt vor Diskriminierung – aber es toleriert keinen Missbrauch.

Der Arbeitgeber kann sich auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs berufen, wenn Bewerbungen offensichtlich nur zur Erlangung von Entschädigungsansprüchen eingereicht werden. Bei begründetem

Verdacht des Vorliegens einer Klage durch einen AGG-Hopper darf der Arbeitgeber sich bei anderen verklagten Arbeitgebern Informationen über andere Bewerbungen und Klagen auf Entschädigung verschaffen. Sein berechtigtes Interesse an der Verhinderung von Betrug macht die Verarbeitung von personenbezogenen Daten nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO rechtmäßig

Dennoch ist es unbedingt anzuraten, sorgfältig darauf zu achten, Stellenausschreibungen diskriminierungsfrei zu formulieren. Auf geschlechtsspezifische und andere diskriminierende Formulierungen (z.B. „jung und dynamisch“) sollte gänzlich verzichtet werden. Auf diese Weise können Streitigkeiten mit abgelehnten Bewerbern vermieden werden.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **Außerordentliche Kündigung aufgrund von Arbeitszeitbetrug durch einen Betriebsratsvorsitzenden**

*Anstelle der Arbeitsleistung sind freigestellte Betriebsratsmitglieder zur Verrichtung von oder Bereithaltung für Betriebsratstätigkeiten am Sitz des Arbeitgebers verpflichtet. Mit einem Beschluss zur Entsendung zu einer Schulungs- und Bildungsveranstaltung wird dies zu einer Teilnahmepflicht konkretisiert, die Vorrang vor anderen Aufgaben hat. Für ein Verlassen der Veranstaltung müssen gewichtige Gründe vorliegen. Eine Täuschung über das Vorliegen solcher Gründe kann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen (Az. 13 TaBV 40/23).*

#### **Der Sachverhalt**

Die Parteien streiten um die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer beabsichtigten außerordentlichen (Verdachts-) Kündigung.

Bei der Arbeitgeberin ist ein 17-köpfiger Betriebsrat eingerichtet. Der Betriebsratsvorsitzende, welcher seit Mitte 2017 bei der Arbeitgeberin als Versandmitarbeiter vollzeitbeschäftigt und seit Ende Mai 2022 freigestelltes Betriebsratsmitglied ist, reiste gemeinsam mit weiteren Betriebsratsmitgliedern vom 08.11. bis 10.11.2022 zum Betriebsräte-tag. Die Reise erfolgte auf Beschluss des Betriebsrats als Entsendung zu einer Schulungs- und Bildungsveranstaltung im Sinne von § 37 Abs. 6 und 7 BetrVG. Die Kosten wurden von der Arbeitgeberin getragen.

Am 08.11.2022 besuchten die teilnehmenden Betriebsratsmitglieder gemeinsam den Betriebsrätetag und nahmen an diversen Vorträgen teil. Am 09.11.2022 sahen sich der Betriebsratsvorsitzende und die weiteren Betriebsratsmitglieder nicht. Der Vorsitzende nahm an diesem Tag weder digital noch in Präsenz teil und befand sich auch nicht am Veranstaltungsort. Stattdessen fuhr er mit dem Zug in eine andere Stadt, wo er sich mit seiner geschiedenen Ehefrau traf und dort auch übernachtete. Am Morgen des 10.11.2022 reiste er mit dem Zug zurück zum Veranstaltungsort und trat – ohne den Betriebsrätetag erneut zu besuchen – vom Hotel aus die Rückreise mit den weiteren Reiseteilnehmern an. In einem von der Arbeitgeberin angeforderten Arbeitszeitnachweis gab der Betriebsratsvorsitzende an, am 09.11. sechs Stunden und am 10.11. vier Stunden Betriebsratsarbeit geleistet zu haben.

Mit Schreiben vom 24.11.2022 beantragte die Arbeitgeberin beim Betriebsrat die Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung mit der Begründung, dieser habe weder am 09.11. noch am 10.11.2022 am Betriebsrätetag teilgenommen, sondern stattdessen Sightseeing betrieben und seine ehemalige Lebensgefährtin besucht. Darüber hinaus habe er keine Betriebsratsarbeit geleistet, diese aber gleichwohl im Arbeitszeitnachweis angegeben und damit Arbeitszeitbetrug begangen. Jedenfalls bestehe der dringende Verdacht des vollständigen Fernbleibens und des Arbeitszeitbetrugs durch falsche Angaben. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung. Die Arbeitgeberin hat im Wege des Beschlussverfahrens die Ersetzung der Zustimmung beantragt. Das Arbeitsgericht hat dem Antrag stattgegeben.

### **Die Entscheidung des Gerichts**

Die hiergegen gerichteten Beschwerden des Betriebsrats und des Betriebsratsvorsitzenden gegen die erstinstanzliche Entscheidung wies das LAG Niedersachsen zurück. Die verweigerte Zustimmung sei zu ersetzen gewesen. Das betroffene Betriebsratsmitglied habe bewusst einen unzutreffenden Arbeitszeitnachweis erstellt und damit arbeitsvertragliche Pflichten verletzt. Ein Ausschlussverfahren in § 23 Abs. 1 BetrVG käme nur in Betracht, wenn dem Betriebsratsmitglied ausschließlich eine Amtspflichtverletzung vorzuwerfen sei. Hier läge allerdings eine Vertragspflichtverletzung vor.

Dem Betriebsratsmitglied stehe zwar grundsätzlich ein Beurteilungsspielraum zu, welche Tätigkeit zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist. Dabei müssen aber immer auch die Interessen des Betriebs und des Betriebsrates gegeneinander abgewogen werden. Mit dem Beschluss zur Entsendung zu einer Schulungs- und Bildungsveranstaltung konkretisierte der Betriebsrat die dem entsandten Mitglied obliegende Betriebsratsstätigkeit für den fraglichen Zeitraum, sodass die Veranstaltung grundsätzlich Vorrang vor anderen Betriebsratsaufgaben habe. Für ein Verlassen des Veranstaltungsortes bedürfe es daher gewichtiger Gründe. Eine angebliche „Vernetzung“ bzw. ein „fachlicher Austausch“ mit der geschiedenen Frau im Privatbereich seien keine erforderlichen Betriebsratsaufgaben und erst recht keine wichtigen Gründe.

Nach der Beweisaufnahme gelangte die Kammer demnach zu der Überzeugung, dass der Betriebsratsvorsitzende gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstoßen habe, die aufgrund der Gesamtumstände eine außerordentliche Kündigung rechtfertigten.

### **Praxishinweis**

Für die Praxis kann diese Entscheidung – insbesondere aufgrund der ausführlichen Leitsätze – als Leitfaden herangezogen werden, um die vergütungstechnischen Fragen eines freigestellten Betriebsratsmitglieds zu beantworten.

Eine Freistellung nach § 38 Abs. 1 BetrVG gewährt einem Betriebsratsmitglied keine unbegrenzten Freiheiten, sondern verpflichtet es dazu Leistungen zu erbringen, die als erforderliche Betriebsratsarbeit anzusehen sind. Bleibt das Betriebsratsmitglied dem Betrieb dennoch fern, stellt dies eine Verletzung sowohl der gesetzlichen als auch der arbeitsvertraglichen Pflichten dar. Versucht das freigestellte Betriebsratsmitglied diese Zeiten trotzdem anrechnen zu lassen, stellt dies einen schwerwiegenden Betrugs(-versuch) dar, der eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **BAG zum Annahmeverzugslohn nach unwirksamer Kündigung und das böswillige Unterlassen anderweitigen Verdienstes**

*Bei einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung befindet sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug und muss grundsätzlich rückwirkend den vollständigen Lohn zahlen (§ 615 BGB). Diesem Anspruch auf Zahlung des Annahmeverzugslohns kann der Arbeitgeber jedoch entgegenhalten, dass sich der Arbeitnehmer gem. § 11 Nr. 2 KSchG das anrechnen lassen muss, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Der Arbeitgeber trägt die Beweislast für ein böswilliges Unterlassen des Arbeitnehmers. Nachträglich eingebrachte Stellenangebote genügen nicht als Beweis. Dies hat das BAG in einem Urteil vom 15.01.2025 (Az. 5 AZR 273/24) entschieden.*

#### **Der Sachverhalt**

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs und dabei darüber, ob der Kläger böswillig anderweitigen Verdienst unterlassen hat.

Der Kläger war seit Februar 2014 bei der Beklagten beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2021. Das Arbeitsgericht stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden war. Der Kläger hatte sich nach Zugang der Kündigung arbeitsuchend gemeldet und im Zeitraum von Juli 2021 bis August 2022 Arbeitslosengeld bezogen. Er erhielt von der Agentur für Arbeit keine Vermittlungsangebote. Grund war, dass er von Anfang an ihr gegenüber deutlich gemacht hatte, auf seinen Arbeitsplatz zurückkehren zu wollen. Eigenständige Bemühungen zum Erhalt eines anderen Arbeitsplatzes unternahm er nicht.

Der Kläger verlangt Annahmeverzugslohn für den Zeitraum Juli 2021 bis August 2022. Die Beklagte meint, der Kläger habe es böswillig unterlassen, anderweitigen Verdienst zu erzielen. Sie stützt sich auf Stellenangebote, die sie im Laufe des Verfahrens nachträglich eingebracht hat. Der Kläger bestreitet, dass Bewerbungen auf die von der Beklagten angeführten Stellen erfolgreich gewesen wären.

ArbG und LAG hatten der Klage stattgegeben und dem Kläger für den gesamten Zeitraum einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn zugesprochen.

## Die Entscheidung des Gerichts

Die Revision der Beklagten blieb erfolglos. Die Beklagte habe den Kläger in der Zeit von Juli 2021 bis August 2022 nicht beschäftigt und sich aufgrund ihrer unwirksamen Arbeitgeberkündigung im Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB befunden.

Eine fiktive Anrechnung anderweitigen Verdienstes gem. § 11 Nr. 2 KSchG scheidet jedenfalls deshalb aus, weil die Beklagte nicht ausreichend substantiiert dargelegt habe, dass es eine für den Kläger geeignete und ihm zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit gab, auf die er sich mit Erfolg hätte bewerben können.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Einwendung nach § 11 Nr. 2 KSchG trage grundsätzlich der Arbeitgeber. Er habe konkret darzulegen, dass für den Arbeitnehmer im Verzugszeitraum Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden, sei es aufgrund von Vermittlungsvorschlägen der Agentur für Arbeit, sei es aufgrund vom Arbeitgeber übermittelter Stellenangebote.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Darlegungs- und Beweislast abzustufen, wenn der Arbeitnehmer durch sein Verhalten veranlasst, dass ihm die Agentur für Arbeit tatsächlich keine Vermittlungsvorschläge unterbreitet, oder wenn feststeht, dass vom Arbeitgeber zeitnah übermittelte Stellenangebote Dritter geeignete und zumutbare Arbeit beinhaltet haben, der Arbeitnehmer sich aber nicht – im zumutbaren Rahmen – auf derartige Stellen beworben hat.

Dem Arbeitnehmer sei dann die Darlegungs- und Beweislast dafür aufzuerlegen, dass und aus welchen Gründen eine Bewerbung erfolglos geblieben wäre. Trage er dazu nichts Substantiiertes vor, gelte die Behauptung des Arbeitgebers, eine Bewerbung des gekündigten Arbeitnehmers auf eine ihm zumutbare Stelle bei einem Dritten hätte zur Erzielung von Zwischenverdienst iSd. § 11 Nr. 2 KSchG geführt, als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Anders sei dies allerdings, wenn der Arbeitgeber – wie im vorliegend Fall – den Arbeitnehmer nicht zeitnah im Kontext des Kündigungsschutzprozesses auf anderweitige freie Stellen hingewiesen hat. Dann müsse er im Prozess nicht nur konkrete Stellen benennen, die unter Berücksichtigung der Verdienstmöglichkeiten eine zumutbare Tätigkeitsmöglichkeit dargestellt hätten. Er trage vielmehr auch die Darlegungs- und Beweislast für den Erfolg etwaiger Bewerbungen, weil der Arbeitnehmer keine Kenntnis von den vom Arbeitgeber als

zumutbar angesehenen anderweitigen Stellen hatte und sich darauf nicht bewerben konnte.

Die Beklagte habe vorliegend nicht ausreichend dargelegt, dass es für den Kläger im Streitzeitraum eine zumutbare anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit gegeben hätte. Nachträglich eingebrachte Stellenangebote, von denen der Arbeitnehmer während des Zeitraums des Annahmeverzugs keine Kenntnis hatte, würden der Darlegungs- und Beweislast nicht genügen.

Außerdem habe sie zu keiner der von ihr benannten Stellen substantiierten Sachvortrag dazu geleistet, aus welchen Gründen gerade der Kläger anderen Bewerbern vorgezogen worden wäre, zumal er wegen seiner vom Kündigungsschutzgesetz gebilligten Absicht, zum kündigenden Arbeitgeber zurückkehren zu wollen, einem neuen Arbeitgeber nur für einen begrenzten Zeitraum zur Verfügung gestanden hätte und dies im Bewerbungsverfahren auch hätte offenlegen dürfen.

### **Praxishinweis**

Das Risiko, einen Annahmeverzugslohn zahlen zu müssen, ist bei jedem Kündigungsstreit allgegenwärtig. Gerade bei längeren Kündigungsfristen kann das finanzielle Risiko enorm sein. Wer die Risiken des Annahmeverzugs minimieren will, ist gut beraten, geeignete Stellenangebote, sofern vorhanden, aktiv an den Arbeitnehmer zu kommunizieren.

Arbeitgeber tragen die Beweislast dafür, dass während des Verzugszeitraums zumutbare Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden und dem Mitarbeiter bekannt waren. Um dies nachweisen zu können, sollten Stellenanzeigen gesichert, Eckdaten dokumentiert und Nachweise der Übermittlung archiviert werden.

## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 221 650 65-129  
[detlef.grimm@loschelder.de](mailto:detlef.grimm@loschelder.de)



Dr. Martin Brock  
+49 221 650 65-233  
[martin.brock@loschelder.de](mailto:martin.brock@loschelder.de)



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 221 650 65-263  
[sebastian.pelzer@loschelder.de](mailto:sebastian.pelzer@loschelder.de)



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 221 650 65-263  
[arne.gehrke@loschelder.de](mailto:arne.gehrke@loschelder.de)



Dr. Stefan Freh  
+49 221 650 65-129  
[stefan.freh@loschelder.de](mailto:stefan.freh@loschelder.de)



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 221 65065-263  
[farzan.daneshian@loschelder.de](mailto:farzan.daneshian@loschelder.de)



Dr. Sebastian Krülls, LL.M.  
+49 221 65065-129  
[sebastian.kruells@loschelder.de](mailto:sebastian.kruells@loschelder.de)



Dr. Baris Güzcel  
+49 221 65065-129  
[baris.guezel@loschelder.de](mailto:baris.guezel@loschelder.de)

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

[info@loschelder.de](mailto:info@loschelder.de)

[www.loschelder.de](http://www.loschelder.de)