
Datum: 07.01.2025
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 7. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 SLa 78/24
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2025:0107.7SLA78.24.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 15 Ca 2733/23
Schlagworte: Annahmeverzugslohn, Auskunftsanspruch, Scheinbewerbung, böswilliges Unterlassen
Normen: §§ 611a, 615 BGB, § 11 Nr. 2 KSchG
Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob jemand die Aufnahme anderer Arbeit durch schlichte Untätigkeit und mangelnde Bewerbungsbemühungen vereitelt oder sich zwar formal bewirbt, aber durch den Inhalt seiner Bewerbung direkt oder konkludent zum Ausdruck bringt, an einer Arbeitsaufnahme überhaupt nicht interessiert zu sein.
2. Gibt es ausreichende Indizien, dass der Arbeitnehmer solche „Scheinbewerbungen“ abgegeben hat, muss er dem Arbeitgeber, von dem er Annahmeverzugslohn begehrt, auf Verlangen auch Auskunft über den Inhalt seiner Bewerbungen geben.

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 06.12.2023 –15 Ca 2733/23– teilweise abgeändert und klarstellend wie folgt neu gefasst:
 - a. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.360,61 Euro brutto abzüglich erhaltenen Krankengeldes in Höhe von 1.293,66 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2022 zu zahlen.

b. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.147,94 Euro brutto abzüglich erhaltenen Krankengeldes in Höhe von 862,44 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2022 zu zahlen.

c. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten im Wesentlichen über Annahmeverzugslohnansprüche des Klägers. 1 2

Der verheiratete und drei Kindern (zwei Schulkinder, ein Kleinkind) zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist seit dem 28.04.2015 bei der Beklagten als Berufskraftfahrer (Klasse CE) beschäftigt. Die Beklagte gehört zum E-Verbund und übernimmt die Eigentransporte von Waren, die in den E-Märkten verkauft werden sollen. Sie ist nicht als Frachtführer oder Spediteur für Dritte tätig. 3

Bei der Beklagten ist der Kläger ausschließlich Sattelzüge und LKW mit Tandemachsanhänger gefahren. 4 5

Der Kläger war vom 14.07.2022 bis zum 12.08.2022 arbeitsunfähig erkrankt, wobei er für Juli 2022 Krankengeld iHv. 1.293,66 Euro netto und für August 2022 Krankengeld iHv. 862,44 Euro netto bezog. Die Beklagte zahlte dem Kläger für den Monat Juli 2022 ein Arbeitsentgelt von 1.604,91 Euro brutto. Bei voll erbrachter Arbeitsleistung hätte der Kläger in diesem Monat wie auch im Folgemonat einen Gehaltsanspruch von 2.965,52 Euro brutto gehabt. Laut Arbeitsvertrag ist das Gehalt zum Monatsende zu zahlen. 6

Mit Schreiben vom 27.07.2022, das am Folgetag zugegangen ist, kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos, hilfsweise fristgerecht. Mit Urteil vom 14.04.2023 –5 Ca 1492/22– stellte das Arbeitsgericht Köln u.a. fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die vorgenannten Kündigungen nicht beendet wurde. 7

Mit Schreiben vom 03.05.2023 forderte die Beklagte den Kläger u.a. auf, Auskünfte über Vermittlungsvorschläge der Bundesagentur für Arbeit sowie seine Bewerbungsbemühungen zu machen. Auf den genauen Inhalt des Schreibens wird Bezug genommen (Bl. 171 der erstinstanzlichen Hauptakte). 8

Mit Schreiben vom 11.05.2023 teilte der Kläger u.a. Folgendes mit (Bl. 172/173 der erstinstanzlichen Hauptakte): 9

Bewerbung	Firma		10
Ergebnis			

26.08.22	O	Keine Antwort	11
----------	---	---------------	----

26.08.22	H	Keine Antwort	12
31.08.22	G	Keine Antwort	13
02.09.22	R	Keine Antwort	14
12.09.22	B	Keine Antwort	15
12.09.22	R	Keine Antwort	16
12.09.22 Antwort	W	Keine	17
14.09.22	E	Ablehnung wegen	18
Fernverkehr			
14.09.22	K	Ablehnung wegen Fernverkehr	19
14.09.22	S	Ablehnung wegen Fernverkehr	20
14.09.22	J	Keine Antwort	21
14.09.22	P	Keine Antwort	22
16.09.22	Ge	Keine Antwort	23
19.09.22	Sv	Keine Antwort	24
22.09.22 Antwort	M	Keine	25
03.10.22	Es	Keine Antwort	26
05.10.22	F	Keine Antwort	27
05.10.22	T	Keine Antwort	28
05.10.22	D	Keine Antwort	29
05.10.22		Keine Antwort	30
05.10.22	T	Fehlende Erfahrung	31
Bauverkehr			
05.10.22	Ab	Keine Antwort	32
17.10.22	Tr	wg KSch-Verf nicht genommen	33
17.10.22	A	Keine Antwort	34
			35

12.01.23	Sc	Stelle bereits besetzt		
05.10.23	F		Keine Antwort	36
05.10.23	Pe		Keine Antwort	37
05.10.23	Ger		Fehlende Erfahrung	38
Gerüstbau				
	Pa	Voraussetzungen nicht erfüllt (ADR)		39
	He		Ablehnung wegen Fernverkehr	40
	V		Ablehnung wegen Fernverkehr	41
	p	Ablehnung wg		42
Taxidienst				
		Dem Schreiben waren zwei Anlagen beigefügt auf deren Inhalt ebenfalls Bezug genommen wird (Bl. 174-182 der erstinstanzlichen Hauptakte). Anlage 1 umfasst 40 Einträge über Vermittlungsvorschläge der Bundesagentur für Arbeit. Bei sechs Vermittlungsvorschlägen ist in der Rubrik „Rückmeldung Arbeitgeber“ „Nicht vorgestellt/beworben“ erfasst. Bei einem Vermittlungsvorschlag ist in der Rubrik „Konsolidierung Mitarbeiter“ „Nicht vorgestellt/beworben“ erfasst.		44
		In der Anlage 2 (Nachweis von Eigenbemühungen) sind 65 Bewerbungen aufgelistet, wobei in 62 Fällen als Ergebnis „keine Antwort“ notiert ist.		45
		Der Kläger wird seit dem 15.05.2023 von der Beklagten weiterbeschäftigt.		46
		Mit seiner Klage hat der Kläger weiteres Entgelt und Annahmeverzugslohn für den Zeitraum Juli 2022 bis Mai 2023 begehrt.		47
		Der Kläger ist der Auffassung gewesen, ihm stünde ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn in der geltend gemachten Höhe zu. Die vom BAG geforderte Auskunft über Vermittlungsbemühungen der Bundesagentur für Arbeit sowie seine Eigenbemühungen bei der Bewerbung habe er vollumfänglich erfüllt.		48
		Die angebotene Tätigkeit bei der Firma A GmbH habe er nach seiner Auffassung ablehnen dürfen. Er habe dort Gliederfahrzeuge fahren sollen. Sattelzüge und Tandemzüge verhielten sich beim Rangieren sehr ähnlich. Gliederzüge verhielten sich hingegen anders und seien wesentlich schwieriger zu rangieren. Er könne diese nicht ohne weiteres fahren.		49
		Ferner ist er der Auffassung gewesen, dass ihm eine Tätigkeit als Fernfahrer aufgrund seiner familiären Situation ebenfalls nicht zugemutet werden könne. Aus diesem Grund habe er die angebotenen Tätigkeiten abgelehnt.		50
				51

Der Kläger hat darüber hinaus die Ansicht vertreten, dass das Wettbewerbsverbot in einem bestehenden Arbeitsverhältnis sowie der Arbeitsvertrag, der bei Nebenbeschäftigung die Erlaubnis der Beklagten fordere, einer anderweitigen Beschäftigung ebenfalls entgegenstünden.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt: 52

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.360,61 Euro brutto abzüglich erhaltenen Krankengeldes in Höhe von 1.293,66 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2022 zu zahlen. 534
- 2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.965,52 Euro brutto abzüglich erhaltenen Krankengeldes in Höhe von 862,44 Euro netto und abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.009,66 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2022 zu zahlen. 536
- 3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.965,52 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.594,20 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2022 zu zahlen. 538
- 4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.965,52 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.594,20 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2022 zu zahlen. 539
- 5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.441,52 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.580,70 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2022 zu zahlen. 632
- 6. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.965,52 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.584,60 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2023 zu zahlen. 634
- 7. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.019,41 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.594,20 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2023 zu zahlen. 636
- 8. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.019,41 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1594,20 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2023 zu zahlen. 638
- 9. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.019,41 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.594,20 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2023 zu zahlen. 639

- 10. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.019,41 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.580,40 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2023 zu zahlen. 72
- 11. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.620,47 Euro brutto abzüglich gezahlter abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 743,96 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2023 zu zahlen. ~~73~~4
- 12. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 300,00 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2023 zu zahlen. ~~75~~6

Die Beklagte hat beantragt, 77

die Klage abzuweisen. 78

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dem Kläger sei in voller Höhe der Klageforderung böswillig unterlassener Zwischenverdienst anzurechnen. Der Kläger habe den Auskunftsanspruch des BAG (Urteil vom 27.05.2020 – 5 AZR 387/19, juris) bereits nicht vollständig erfüllt, da er nicht zu allen Punkten Angaben gemacht habe. Ferner ist die Beklagte der Auffassung gewesen, der Kläger sei verpflichtet, die Bewerbungsunterlagen vorzulegen, damit die Beklagte diese auf Ernsthaftigkeit überprüfen könne. Darüber hinaus hat die Beklagte mit Nichtwissen bestritten, dass sich der Kläger bei den Firmen, von denen er keine Rückmeldung erhalten hat, auch beworben habe. Es sei nach ihrer Auffassung unrealistisch, dass der Kläger bei den zahlreich behaupteten Bewerbungen lediglich auf einen Bruchteil seiner Bewerbungen eine Rückmeldung erhalten haben will. Darüber hinaus ist sie der Ansicht gewesen, der Kläger habe die Tätigkeit, bei der er im Fernverkehr hätte eingesetzt werden sollen, nicht ablehnen dürfen. Selbiges gelte für die Tätigkeit bei der A GmbH aus K, bei der der Kläger „Gliederzüge“ habe fahren sollen. 79

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Urteil vom 06.12.2023 stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht zustehe, da der Kläger den Auskunftsanspruch durch die Auskunft mit Schreiben vom 11.05.2023 erfüllt habe. Der Kläger sei nicht verpflichtet, die Bewerbungsunterlagen vorzulegen, damit die Beklagte diese auf Ernsthaftigkeit oder Fehler prüfen kann. Dies würde eine Auskunftspflicht aus Treu und Glauben überspannen. 80

Eine Fernfahrertätigkeit müsse er nicht ausüben, da dies ein ganz anderes Arbeitsumfeld darstelle. Die Tätigkeit bei der Firma A GmbH habe er ausschlagen dürfen, da „Gliederzüge“ schwieriger zu handhaben seien und einer gewissen Übung bedürften. 81

Gegen dieses ihr am 19.01.2024 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 16.02.2024 Berufung eingelegt und diese am 18.03.2024 begründet. 82

Sie hält das Urteil für fehlerhaft. Der Kläger sei seiner Auskunftspflicht nicht ausreichend nachgekommen. Es gebe konkrete Hinweise auf Scheinbewerbungen. Sie mache daher ein Zurückbehaltungsrecht in Hinblick auf die begehrte Auskunft geltend, wie und mit welchem Inhalt der Kläger sich auf die 62 Stellen, bei denen er keine Antwort erhalten habe, beworben habe, sowie auf die Vorlage der entsprechenden Bewerbungsanschreiben. Berufskraftfahrer würden händeringend gesucht. Wenn ein Berufskraftfahrer dennoch behaupte, bei 62 Unternehmen auf seine ernsthaft gemeinte 83

Bewerbung hin nicht einmal eine Antwort bekommen zu haben, sei das vollkommen lebensfremd und spricht dafür, dass die Bewerbung einen so schlechten Eindruck gemacht haben müsse, dass eine Antwort darauf schon als vergebens angesehen wurde.

Soweit in den vorgelegten Unterlagen Arbeitgeber behauptet haben, dass keine Bewerbung eingegangen sei, hätte der Kläger konkreter vortragen müssen. 84

Die Beklagte beantragt: 85

- 1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 06.12.2023 – 15 Ca 2733/23 wird aufgehoben. ~~887~~
- 2. Die Klage wird abgewiesen. ~~889~~

Der Kläger beantragt, 90

die Berufung zurückzuweisen. 91

Er ist der Ansicht, dass er seiner Auskunftspflicht ausreichend nachgekommen sei. Ein Zurückbehaltungsrecht stehe der Beklagten nicht zu. Weshalb er auf seine Bewerbungen keine Reaktion erhalten habe, wisse er nicht. Soweit Auskünfte der Agentur für Arbeit von der Auskunft des Klägers abwichen, seien die Auskünfte der Agentur für Arbeit falsch. 92

Er habe zudem keine Erfahrung mit einem Gliederzug mit Drehschemelanhänger und den Umgang lerne man nicht in einer halben Stunde auf dem Betriebshof. Ein Angebot für einen Lehrgang zum Erwerb der notwendigen Fertigkeiten habe der Kläger von niemandem erhalten. 93

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen. 94

Entscheidungsgründe 95

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). 96

Das Rechtsmittel hat in der Sache auch überwiegend Erfolg. 97

I. Die Berufung ist begründet soweit sich die Beklagte gegen den geltend gemachten Anspruch auf Annahmeverzugslohn für den Zeitraum vom 13.08.2022 bis zum 14.05.2023 wendet. Denn insoweit ist die Klage derzeit unbegründet. Der Kläger hat – jedenfalls derzeit– keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Vergütung wegen Annahmeverzugs für den streitgegenständlichen Zeitraum aus § 615 Satz 1 BGB iVm. § 611a Abs. 2 BGB. 98

1. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs in dem Zeitraum vom 13.08.2022 bis zum 14.05.2023 liegen vor. 99

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Kammer anschließt, gerät der unwirksam kündigende Arbeitgeber gemäß §§ 293 ff. BGB in 100

Annahmeverzug, ohne dass es eines - auch nur wörtlichen - Arbeitsangebots des Arbeitnehmers bedarf. Denn in der Kündigung des Arbeitgebers liegt zugleich die Erklärung, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. bei der fristlosen Kündigung nach deren Zugang nicht mehr anzunehmen (vgl. BAG, Urteil vom 29. März 2023 – 5 AZR 255/22 –, Rn. 13, juris, mwN.)

Vom 28.07.2022 (Zugang der fristlosen Kündigung) bis zum 12.08.2022 befand sich die Beklagte hingegen nicht in Annahmeverzug, weil der Kläger aufgrund seiner unstreitig bestehenden Arbeitsunfähigkeit nicht leistungsfähig war. 101

Der Arbeitgeber gerät unbeschadet der sonstigen Voraussetzungen nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außer Stande ist, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken. Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des Arbeitnehmers sind vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen (BAG, Urteil vom 29. März 2023 – 5 AZR 255/22 –, Rn. 15, juris). 102

Der Annahmeverzug endete am 14.05.2023, weil der Kläger ab dem 15.05.2023 weiterbeschäftigt wurde. 103

2. Die geltend gemachten Annahmeverzugslohnansprüche sowie die aufgrund von Anspruchsübergängen nach § 115 SGB X vorgenommenen Abzüge stehen zwischen den Parteien rechnerisch nicht in Streit. 104

3. Eine Anrechnung von böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienst iSd. § 11 Nr. 2 KSchG scheidet weder an einem „Wettbewerbsverbot“ noch an dem Erfordernis einer Nebentätigkeitsgenehmigung nach § 10 des Arbeitsvertrages. 105

Der Kläger geht zutreffend davon aus, dass die andere Tätigkeit nicht mit den Pflichten aus dem gekündigten Arbeitsverhältnis kollidieren darf, weshalb beispielsweise die Aufnahme einer gegen ein Wettbewerbsverbot verstößenden Konkurrenztaetigkeit unzumutbar wäre (BAG, Urteil vom 7. Februar 2024 – 5 AZR 177/23 –, Rn. 23, juris; BeckOGK/Bieder Stand 1. Juli 2022 BGB § 615 Rn. 94; Schubert/Jörgensen BB 2023, 55, 58; MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. § 76 Rn. 76). 106

Der Kläger ist vorliegend grundsätzlich nicht an einer Arbeitsaufnahme bei anderen Speditionen und Logistikdienstleistern gehindert, weil diese nicht in einem Konkurrenzverhältnis zur Beklagten stehen. Denn die Beklagte ist Teil des E-Verbundes und erbringt ausschließlich für diesen Logistikdienstleistungen. Es ist weder ersichtlich noch vorgetragen, dass die Unternehmen, bei denen sich der Kläger beworben hat, ebenfalls für den E-Verbund tätig sind oder sonst eine Konkurrenz für die Beklagte darstellen könnten. 107

Die Klausel in § 10 des Arbeitsvertrages ist bereits in der vorliegenden Konstellation nicht anwendbar, da es sich nicht um eine Nebentätigkeit handeln würde. Eine Nebentätigkeit ist dadurch gekennzeichnet, dass sie regelmäßig neben der Haupttätigkeit ausgeübt werden soll. Vorliegend würde die Tätigkeit im Annahmeverzugszeitraum jedoch statt der Haupttätigkeit ausgeübt werden. Selbst wenn man von einem Genehmigungserfordernis ausginge, ist zu unterstellen, dass diese Genehmigung erteilt worden wäre, weil sie den Interessen der Beklagten entspräche. 108

4. Dem Kläger kann nicht entgegengehalten werden, dass er böswillig iSd. § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst unterlassen hat, indem der Tätigkeiten im LKW Fernverkehr 109

und als Fahrer eines „Gliederzuges“ mit Drehschemelanhänger abgelehnt hat.

Ein Arbeitnehmer unterlässt böswillig iSd. § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme bewusst verhindert. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, sie kann etwa ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falles vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen (BAG, Urteil vom 29. März 2023 – 5 AZR 255/22 –, Rn. 27, juris). 110

Diese vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen ergibt, dass die Ablehnung von Tätigkeiten im LKW Fernverkehr und als Fahrer eines „Gliederzuges“ mit Drehschemelanhänger nicht böswillig war. 111

Das Arbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei einer Fahrtätigkeit im Fernverkehr um ein komplett anderes Arbeitsumfeld handelt. 112

Eine Fahrtätigkeit im Nah- und Regionalverkehr ist dadurch gekennzeichnet, dass grundsätzlich die Touren nach einem Arbeitstag abgeschlossen sind und eine Heimkehr an den Wohnort möglich ist. Eine Fahrtätigkeit im Fernverkehr ist hingegen von mehrtägigen bis mehrwöchigen Touren gekennzeichnet, die regelmäßig ein geordnetes Familienleben erschweren. 113

Der Kläger ist verheiratet und hat drei unterhaltsberechtigende Kinder, ein Kleinkind und zwei Schulkinder. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Kläger zur Gewährleistung seines Familienlebens eine Tätigkeit im Fernverkehr abgelehnt hat. 114

Der Kläger ist im Rahmen der Prüfung des § 11 Nr. 2 KSchG insbesondere nicht verpflichtet, sein komplettes Leben umzustellen und seine Familie zu vernachlässigen, nur um der Beklagten, die rechtswidrig gekündigt hat, Annahmeverzugslohn zu ersparen. 115

Ebenfalls ist es nicht als böswillig anzusehen, dass der Kläger eine Tätigkeit als Fahrer eines „Gliederzuges“ mit Drehschemelanhänger ablehnt hat. Unstreitig hat der Kläger in seiner Tätigkeit bei der Beklagten solche Gespanne nicht gefahren. Ebenfalls unstreitig fahren sich LKW mit Drehschemelanhänger – insbesondere beim Rückwärtsfahren – anders als LKW mit Sattelaufleger oder Tandemachsanhänger. 116

Zwar mag es sein, dass man die notwendige Fahrpraxis in einem Wochenendseminar erlernen kann, es ist aber nicht ersichtlich, woraus sich die Verpflichtung des Klägers ergeben sollte, dieses auf eigene Kosten zu besuchen. Dass dem Kläger von dritter Seite die Kostenübernahme für ein solches Seminar angeboten wurde, behauptet selbst die Beklagte nicht. 117

5. Dem Anspruch des Klägers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs der Beklagten steht jedoch die Einwendung nach § 11 Nr. 2 KSchG entgegen, weil der Kläger seiner Auskunftspflicht noch nicht ausreichend nachgekommen ist (vgl. zur über § 13 Abs. 1 Satz 5 KSchG erfolgenden Geltung von § 11 KSchG: BAG v. 07.02.2024 - 5 AZR 177/23 - Rn. 13; 118

zur Rechtsnatur von § 11 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG als Einwendungen: BAG v. 27.05.2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 27, Rn. 39; BAG v. 13.07.2022 - 5 AZR 498/21 - Rn. 20).

Die Beklagte kann von dem Kläger im vorliegenden Einzelfall auch Auskunft über Form und Inhalt der von ihm abgegebenen Bewerbungen verlangen, da hieran ein berechtigtes Interesse besteht. Diesen geltend gemachten Auskunftsanspruch hat der Kläger bislang nicht erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). Die Beklagte kann bis zur Erfüllung ihres Auskunftsbegehrens die Leistung der Annahmeverzugsvergütung verweigern. 119

a) Grundlage des Auskunftsbegehrens ist eine Nebenpflicht des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis gemäß § 242 BGB (vgl. BAG v. 27.05.2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 28 ff.). 120

b) Die Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs nach § 242 BGB (vgl. BAG v. 27.05.2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 32 ff.) - (1) das Vorliegen einer besonderen rechtlichen Beziehung, (2) die dem Grunde nach feststehende oder (im vertraglichen Bereich) zumindest wahrscheinliche Existenz eines Leistungsanspruchs des Auskunftsforders gegen den Anspruchsgegner, (3) die entschuldbare Ungewissheit des Auskunftsforders über Bestehen und Umfang seiner Rechte, (4) die Zumutbarkeit der Auskunftserteilung durch den Anspruchsgegner sowie (5) das nicht erfolgende Unterlaufen der allgemeinen Beweisgrundsätze durch die Zuerkennung des Auskunftsanspruchs - sind gegeben. 121

aa) Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis und damit die erforderliche Sonderrechtsbeziehung. Die Beklagte erhebt gegen die vom Kläger geltend gemachten vertraglichen Entgeltansprüche nach unwirksamer Kündigung aus § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB Einwendungen nach § 11 Nr. 2 KSchG, für die sie darlegungs- und beweispflichtig ist. Die Beklagte ist durch die vom Kläger erhobene Zahlungsklage in ihren vertraglichen Rechten betroffen, weil die Anrechnung anderweitig erzielten oder böswillig unterlassenen Verdienstes ipso iure erfolgt. Die Anrechnung hindert bereits die Entstehung des Annahmeverzugsanspruchs und führt nicht nur zu einer Aufrechnungslage. Die Beklagte ist hiervon ausgehend in einer Lage, in der sie die begehrten Auskünfte benötigt, um die ihr materiell-rechtlich durch § 11 Nr. 2 KSchG eröffnete Einwendung des böswilligen Unterlassens anderweitiger zumutbarer Arbeit in den Prozess einzuführen und so die Zahlungsansprüche des Klägers abwehren zu können (vgl. BAG v. 27.05.2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 39). 122

bb) Die geforderte Wahrscheinlichkeit, dass die Einwendung böswillig unterlassener anderweitiger Arbeit begründet ist, besteht. 123

Der Kläger hatte sich nach der Kündigung zwar bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend gemeldet und sich auf zahlreiche Stellenangebote beworben. Hierüber hat er auch eine entsprechende Auskunft erteilt (Bl. 172-182 der erstinstanzlichen Hauptakte). Die Beklagte vermutet aber, dass es sich um „Scheinbewerbungen“ gehandelt habe, weil sich aus der Anlage 2 der vom Kläger erteilten Auskunft ergibt, dass er auf die dort niedergelegten 65 Bewerbungen in 62 Fällen keine Reaktion erhalten habe. 124

Es kann rechtlich keinen Unterschied machen, ob jemand die Aufnahme anderer Arbeit durch schlichte Untätigkeit und mangelnde Bewerbungsbemühungen vereitelt oder sich zwar formal bewirbt, aber durch den Inhalt seiner Bewerbung direkt oder konkludent zum Ausdruck bringt, an einer Arbeitsaufnahme überhaupt nicht interessiert zu sein. So entspräche beispielsweise ein ungefragter Hinweis auf ein laufendes Gerichtsverfahren mit dem bisherigen Arbeitgeber schon vor einem Vorstellungsgespräch nicht dem Verhalten einer tatsächlich um eine Beschäftigung bemühten Person (vgl. BAG, Urteil vom 7. Februar 2024 – 125

In der sozialrechtlichen Rechtsprechung ist es anerkannt, dass eine Bewerbung „in unangemessener Form“ einer Nichtbewerbung gleichzusetzen ist. Eine solche Gleichsetzung ist gerechtfertigt, wenn ein Bewerbungsschreiben allein schon wegen seines objektiven Inhalts bzw. seiner Form von Arbeitgebern gemeinhin von vornherein als unbeachtlich oder offensichtlich unernst gemeint behandelt wird. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Inhalt oder die Form des Bewerbungsschreibens so abschreckend oder widersprüchlich ist, dass der Bewerber schon allein wegen des Schreibens aus der Auswahl für den Arbeitgeber ausscheidet (BSG, Urteil vom 5. September 2006 – B 7a AL 14/05 R –, BSGE 97, 73-80, SozR 4-4300 § 144 Nr 15, Rn. 19). 126

Hätte der Kläger „Scheinbewerbungen“ abgegeben, wäre er dem Einwand des böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs ausgesetzt. 127

Es gibt im vorliegenden Einzelfall ausreichende Indizien, die die geforderte Wahrscheinlichkeit begründen. 128

Dies ist zunächst die sehr hohe Anzahl von fehlenden Reaktionen gleich welcher Art auf Bewerbungen in einer Branche, in der unstreitig ein großer Arbeitskräftemangel herrscht und für die der Kläger die notwendige Qualifikation mitbringt. Allein die in der Anlage 2 der erteilten Auskunft angegebenen 65 Bewerbungen sollen in 62 Fällen ohne jegliche Reaktion geblieben sein. Dies entspricht einer erstaunlich hohen Quote von über 95 %. Dies kann darauf hindeuten, dass mit den Bewerbungen etwas nicht stimmt, zumal unter den potentiellen Arbeitgebern auch namhafte Unternehmen sind, von denen man auf eine ernstgemeinte Bewerbung zumindest eine Reaktion erwarten würde. 129

Ein weiteres gewichtiges Indiz ergibt sich aus der vom Kläger unter dem 11.05.2023 erteilten Auskunft, in der er als Ergebnis auf seine Bewerbung bei der Fa. Tr GmbH & Co. KG „wg KSch-Verf nicht genommen“ angibt. Hierdurch drängt sich die Frage auf, woher dieses Unternehmen von dem Kündigungsschutzverfahren gewusst hat. Naheliegend ist, dass der Kläger dies in seiner Bewerbung proaktiv mitgeteilt hat. Dies entspräche aber nicht dem Verhalten einer tatsächlich um eine Beschäftigung bemühten Person (vgl. BAG, Urteil vom 7. Februar 2024 – 5 AZR 177/23 –, Rn. 36, juris). 130

cc) Die Beklagte ist auch in entschuldbarer Weise über Form und Inhalt der Bewerbungen des Klägers im Ungewissen und kann sich die notwendigen Informationen nicht selbst auf zumutbare rechtmäßige Weise beschaffen (vgl. BAG v. 27.05.2020 – 5 AZR 387/19 - Rn. 41 ff.). Insbesondere ist es nicht erfolgversprechend, dass die Beklagte bei den genannten Unternehmen nachfragt und die Bewerbungsunterlagen erbittet. Denn insoweit ist anzunehmen, dass diese Unternehmen in Hinblick auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen keine Auskunft erteilen. Zudem hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung angegeben, bei einigen Unternehmen nachgefragt und aufgrund des Datenschutzes keine Auskunft erhalten zu haben. 131

Ob der Kläger bei den Unternehmen ausdrücklich um unwiderrufliche Löschung seiner Daten gebeten hat, wie es die L Lo im Antwortschreiben (Bl. 206 der erstinstanzlichen Hauptakte) angegeben hat, ist unerheblich. 132

dd) Der Kläger kann die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben. Er weiß wie und mit welchem Inhalt er sich bei den angegebenen Unternehmen beworben hat. Der Auskunftserteilung stehen auch keine schützenswerten 133

Interessen des Klägers entgegen, die dafür sprechen könnten, diese Informationen geheim zu halten, um so der von Gesetzes wegen nach § 615 Satz 2 BGB und § 11 Nr. 2 KSchG eintretenden Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes zu entgehen. Der Kläger hat solche Umstände nicht vorgetragen, sie sind auch ansonsten nicht ersichtlich.

ee) Durch die Gewährung eines Auskunftsanspruchs über Form und Inhalt der Bewerbungen wird die Darlegungs- und Beweissituation im Prozess nicht unzulässig verändert. Denn allein durch die Informationen ist nicht zwangsläufig der Einwand der Böswilligkeit des Unterlassens anderweitiger zumutbarer Arbeit begründet. Dieser Einwand ist auf den nach der Auskunft erfolgenden Vortrag des Arbeitgebers noch zu prüfen. Deshalb wird mit dem Auskunftsanspruch auch nicht der Ausnahmecharakter des § 11 Nr. 2 KSchG infrage gestellt. Vielmehr ist es nach Erteilung der Auskunft noch immer am Arbeitgeber, diese Einwendung so substantiell zu begründen, dass sich der Arbeitnehmer im Wege abgestufter Darlegungs- und Beweislast hierzu einlassen kann (vgl. BAG v. 27.05.2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 46). Die Auskunft versetzt die Beklagte erst in die Lage zu prüfen, ob „Scheinbewerbungen“ abgegeben wurden. 134

c) Da der Kläger die verlangte Auskunft nicht erteilt hat, kann die Beklagte die Zahlung hinsichtlich des gesamten Annahmeverzugslohnzeitraums (vgl. zur Gesamtberechnung: BAG v. 24.02.2016 - 5 AZR 425/15 - Rn. 16; BAG v. 16.05.2012 - 5 AZR 251/11 - Rn. 29 mwN) solange verweigern, bis sie die Auskunft erhält (LAG Köln v. 16.02.2022 - 11 Sa 524/21 - Rn. 24). Das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten (§ 273 Abs. 1 BGB) hat zur Folge, dass der Anspruch des Klägers jedenfalls zurzeit unbegründet ist (LAG Köln v. 16.02.2022 - 11 Sa 524/21 - Rn. 24). 135

II. Die Berufung ist jedoch unbegründet soweit sich die Beklagte gegen den geltend gemachten Vergütungsanspruch für den Zeitraum bis zum 12.08.2022 wendet. Denn insoweit ist die Klage begründet. Denn der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Vergütung für seine geleistete Arbeit (bis zum 13.07.2022) aus § 611a Abs. 2 BGB und auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (14.07.2022 bis 12.08.2022) aus § 3 Abs. 1 EFZG in der titulierten und rechnerisch zwischen den Parteien unstreitigen Höhe. Wie oben bereits dargelegt, schließen sich Annahmeverzug und Leistungsunfähigkeit aufgrund einer Erkrankung aus. Selbst ein etwaig böswillig unterlassener anderweitiger Verdienst wäre auf den Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht anrechenbar, da das Gesetz eine solche Anrechnung nicht vorsieht. Dementsprechend steht der Beklagten wegen der fehlenden Auskünfte insoweit auch kein Leistungsverweigerungsrecht zur Seite. 136

III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 92 Abs. 2 ZPO. 137

Gründe für eine Revisionszulassung sind nicht gegeben, da die Entscheidung auf den Umständen des vorliegenden Einzelfalls beruht. 138