

Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis

Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht 2023/2024 (Teil 1)

Rechtsanwalt Jörg Thomas, LL.M. (Universität London), Berlin*

Der Autor stellt im Anschluss an seine jährlichen Darstellungen in der NJ seit 2016¹ die wesentliche Gesetzgebung und veröffentlichte Rechtsprechung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts der letzten Monate vor, erläutert die tragenden Entscheidungsgründe unter komprimierter Darstellung des Sachverhalts und gibt Hinweise für deren Umsetzung in der Praxis.

A. NEUERE GESETZGEBUNG

I. EU-Gesetzgebung

Bessere Arbeitsbedingungen für Beschäftigte bei Plattformen

Das Europäische Parlament und der Rat haben sich auf die von der EU-Kommission im Dezember 2021 vorgeschlagene Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen von „Plattformarbeitern“ geeinigt. Plattformarbeit (auch „Crowdworking“ oder „Gig-Economy“) ist eine Beschäftigungsform, bei der die Arbeit wie Kurier- oder Fahrdienste sowie Reinigungs- oder Betreuungsarbeiten oder Programmierleistungen rein über eine digitale Plattform organisiert wird.

Ziel der Richtlinie sind geregelte Arbeitsbedingungen für Mitarbeiter dieser Plattformen. Sie verpflichtet die EU-Länder, auf nationaler Ebene eine widerlegbare rechtliche Vermutung der Beschäftigung zu etablieren. Hier vorgesehen ist, dass grundsätzlich ein Arbeitsverhältnis vermutet wird, wenn Kontrollen und Weisungen gegeben sind, wobei die Mitgliedstaaten die präzisen Kriterien festlegen sollen. Weiter die Förderung von Transparenz und Fairness bei der sog. algorithmischen Verwaltung (d. h. bei automatisierten Systemen, die Verwaltungsfunktionen unterstützen oder ersetzen). Die neuen Regeln sollen weiter sicherstellen, dass Plattformarbeiter nicht aufgrund einer Entscheidung eines Algorithmus oder eines automatisierten Entscheidungssystems entlassen werden können. Es muss vielmehr gesichert sein, dass Plattformen gewährleisten, dass wichtige Entscheidungen, die sich direkt auf die Personen auswirken, die auf der Plattform arbeiten, einer menschlichen Kontrolle unterliegen. Auch wird vorgegeben, dass verpflichtend persönliche Ansprechpartner für die Plattformtätigen zur Verfügung

stehen müssen. Nach der förmlichen Annahme der Vereinbarung durch das Europäische Parlament und den Rat haben die Mitgliedstaaten zwei Jahre Zeit, um die EU-Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.

II. Nationale Gesetzgebung

1. Höherer Mindestlohn 2024 und 2025

Das Bundeskabinett hat am 15. November 2023 die Vierte Mindestlohnanpassungsverordnung² beschlossen. Damit wird der gesetzliche Mindestlohn zum 1. Januar 2024 zunächst auf 12,41 Euro brutto je Zeitstunde angehoben und steigt in einem weiteren Schritt zum 1. Januar 2025 auf 12,82 Euro brutto je Zeitstunde.

2. Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes³

Im Januar 2023 führte ein Urteil des Bundesgerichtshofs,⁴ in dem es um die Frage der Untreue bei Verstößen gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot ging, in der Praxis vermehrt zu Rechtsunsicherheiten. Nach den Vorschlägen einer Expertenkommission wurden nunmehr Änderungen in §§ 37 und 78 BetrVG beschlossen. Diese sollen einerseits das Ehrenamtsprinzip absichern und andererseits Betriebsräten und Arbeitgebern ermöglichen, die Vergütung und Gehaltsentwicklung von Freigestellten sinnvoll zu regeln.

3. Wieder Krankschreibung per Telefon

Seit dem 7. Dezember 2023 kann man sich wieder per Telefon von seinem Arzt krankschreiben lassen. Seit dem 18. De-

* Der Autor ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei Rosenberger & Koch (mit Niederlassungen in Hamburg, Berlin und Rostock), die neben Wirtschafts- und Medienrecht traditionell einen Schwerpunkt in der Beratung und Vertretung von Arbeitgebern und Führungskräften hat. Er ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht.

1 Vgl. zuletzt *Thomas*, Aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht 2022/2023 (Teil 1), NJ 2023, 436 ff., und (Teil 2), NJ 2023, 476 ff.

2 Vierte Verordnung zur Anpassung der Höhe des Mindestlohns (Vierte Mindestlohnanpassungsverordnung) vom 29. November 2023, BGBl I Nr. 321.

3 Zweites Gesetz zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes vom 24. Juli 2024, BGBl. 2024 I Nr. 248.

4 BGH, Urt. v. 10. Januar 2023 – 6 StR 133/22, NZA 2023, 301.

zember können Eltern auch eine ärztliche Bescheinigung über die Erkrankung ihrer Kinder per Telefon erhalten.

Dies gilt – anders als vorher – nicht nur für Atemwegserkrankungen, sondern auch für andere Krankheiten. Allerdings nur, wenn sie ohne schwere Symptome auftreten und wenn die Erkrankten der Arztpraxis bereits bekannt sind. Die telefonische Krankschreibung ist für maximal fünf Kalendertage möglich.

B. RECHTSPRECHUNG

I. Individualarbeitsrecht

1. Kündigungsschutz/Abmahnung

a) Das BAG will seine bisherige Rechtsprechung, wonach eine fehlerhafte oder fehlende Massenentlassungsanzeige gem. § 17 Abs. 1 und 3 KSchG zur Nichtigkeit der erklärten Kündigung führt, aufgeben. Es besteht jedoch zwischen dem 6. und dem 2. Senat Uneinigkeit über die Rechtsfolge einer fehlerhaften oder fehlenden Massenentlassungsanzeige.

In drei Kündigungsschutzverfahren vor dem 6. Senat des BAG streiten die Arbeitsvertragsparteien jeweils über die Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse durch ordentliche Kündigungen. In zwei Rechtsstreiten hatte der Arbeitgeber der Agentur für Arbeit keine nach § 17 Abs. 3 KSchG erforderliche Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zugeleitet.⁵ Im dritten Rechtsstreit wurde trotz Anzeigepflicht keine Massenentlassungsanzeige erstattet.⁶ Der 6. Senat hat beim 2. Senat des BAG angefragt, ob dieser an seiner bisherigen Rechtsauffassung zur Nichtigkeit (Unwirksamkeit) einer erklärten Kündigung bei fehlender oder fehlerhafter Massenentlassungsanzeige festhält.⁷ Auch der 2. Senat beabsichtigt an seiner bisherigen Rechtsauffassung nicht weiter festzuhalten und hat sich ebenfalls an den EuGH gewandt.⁸

Der 6. Senat hat trotz anhängiger Voranfragen an den EuGH bereits entschieden,⁹ dass ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die Übermittlungspflicht gemäß § 17 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht zur Unwirksamkeit der im Rahmen einer Massenentlassung erklärten Kündigung führt.

Die Senate sind sich darüber einig, dass Fehler im Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat gem. § 17 Abs. 2 KSchG (z. B. die unterlassene Anhörung des Betriebsrates) nach wie vor zur Unwirksamkeit der individuellen Kündigung führen. Beide Senate sind sich jedoch im Hinblick auf die Rechtsfolgen einer fehlerhaften oder fehlenden Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 und 3 KSchG uneinig. Der 2. Senat vertritt die Auffassung, dass zwischen einer fehlerhaften und einer fehlenden Massenentlassungsanzeige zu unterscheiden ist. Bei einer lediglich fehlerhaften Massenentlassungsanzeige komme es auf die Entscheidung der Agentur für Arbeit an. Wenn die Behörde den Ablauf der Entlassungssperre nach § 18 Abs. 1 und 2 KSchG zu einem konkreten Datum feststelle, sei diese Entscheidung für den Arbeitnehmer unanfechtbar und für die Gerichte für Arbeitsachen bindend. Dies hätte zur Folge, dass sich der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren nicht mehr auf die Fehlerhaftigkeit der Massenentlassungsanzeige berufen könnte. Bei einer fehlenden Massenentlassungsanzeige solle das Arbeitsverhältnis hingegen erst dann wirksam enden, wenn die Massenentlassungsanzeige nachgeholt worden ist. Bis dahin sei dann auch der Lohn zu zahlen.

Der 6. Senat ist hingegen der Auffassung, dass eine fehlende Massenentlassungsanzeige nicht nachgeholt werden kann und muss. Zweck der Massenentlassungsanzeige sei es, dass die Agentur für Arbeit vor Zugang der Kündigung ergründen könne, welche Möglichkeiten bestehen, die negativen Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu begrenzen. Dies sei bei einer Nachholung der Anzeige nach bereits erfolgtem Zugang der Kündigung nicht mehr möglich. Zudem würde die Beendigungswirkung der Kündigung unabsehbar hinausgeschoben. Der 6. Senat schlägt hier eine Hemmung der Kündigungsfrist für die Dauer der Entlassungssperre nach § 18 Abs. 1 oder 2 KSchG vor. Bei fehlerhafter Massenentlassungsanzeige sei die Kündigungsfrist für einen Monat und bei fehlender Anzeige für zwei Monate zu hemmen. Die Wirksamkeit der Massenentlassungsanzeige könnte dann im Kündigungsschutzprozess gerichtlich überprüft werden. Dies würde in der Praxis dazu führen, dass Arbeitgeber nach § 615 BGB die vereinbarte Vergütung für einen bzw. für zwei weitere Monate fortzahlen müsste, auch wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigt.

Unabhängig von diesem Streitpunkt wird eine fehlerhafte oder fehlende Massenentlassungsanzeige auch zukünftig zu Sanktionen für den Arbeitgeber führen. Daher wird man im Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 KSchG und im Anzeigeverfahren bei der Agentur für Arbeit nach § 17 Abs. 1 und 3 KSchG weiterhin sehr sorgfältig arbeiten müssen, um zumindest eine Lohnzahlung ggf. auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden.

b) Zulässige Abmahnung wegen Recht auf Unerreichbarkeit während der Freizeit¹⁰

Die Parteien streiten u. a. über die Entfernung einer Abmahnung. Der Kläger ist als Notfallsanitäter tätig. In dem Betrieb gilt eine Betriebsvereinbarung, die die Erstellung des Rahmendienstplans regelt, aus dem sich die Schichtarten, Schichtlängen und Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit ergeben. Die Mitarbeiter können über das Internet den aktuellen Ist-Dienstplan einsehen. An den in Rede stehenden Tagen (8. April und 15. September 2021) mussten sich die Mitarbeiter in den Fällen, in denen keine weitere Konkretisierung des Dienstes erfolgte, zu Dienstbeginn nicht am zugewiesenen Dienstort einfinden, sondern telefonisch um 7.30 Uhr von zuhause aus ihre Einsatzfähigkeit mitteilen (sog. „unkonkreter Springerdienst“). Am 6. April 2021 endete der Dienst des Klägers um 19.00 Uhr. Zu jenem Zeitpunkt war für den nächsten Arbeitstag des Klägers im Ist-Dienstplan ein unkonkreter Springerdienst für den 8. April 2021 eingetragen. Am 7. April 2021 um 13.20 Uhr teilte die Beklagte dem Kläger für den 8. April 2021 einen Dienst in der Tagschicht in der Rettungswache P. mit Dienstbeginn um

5 BAG, Beschl. v. 23. Mai 2024 – 6 AZR 152/22 (A), NZA 2024, 825; Urt. v. 23. Mai 2024 - 6 AZR 155/21, NJW 2024, 2419.

6 BAG, Beschl. v. 11. Mai 2023 – 6 AZR 157/22 (A), NZA 2023, 1040.

7 BAG, Vorlagebeschl. v. 14. Dezember 2023 – 6 AZR 157/22 (B), NZA 2024, 119.

8 BAG, Vorlagebeschl. v. 1. Februar 2024 – 2 AS 22/23, NZA 2024, 257.

9 BAG, Urt. v. 23. Mai 2024, 6 AZR 155/21, NJW 2024, 2419.

10 BAG, Urt. v. 23. August 2023 – 5 AZR 349/22, NZA 2023, 1607 (Vorinstanz: LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 27. September 2022 – 1 Sa 39 öD/22, NZA-RR 2022, 624).

6.00 Uhr zu und trug dies in den Ist-Dienstplan ein. Versuche, den Kläger telefonisch zu erreichen, schlugen fehl. Die Beklagte übersandte dem Kläger um 13.27 Uhr eine SMS. Am 8. April 2021 zeigte der Kläger erst um 7.30 Uhr telefonisch seine Bereitschaft zur Arbeitsleistung an. Dies wiederholte sich am 15. September 2021. Die Beklagte bewertete dies als unentschuldigtes Fehlen, erteilte dem Kläger eine Abmahnung und zog ihm die Stunden im Arbeitszeitkonto ab. Das LAG sah dies als rechtswidrig an. Dem widersprach nun das BAG. Sei dem Arbeitnehmer auf der Grundlage der betrieblichen Regelungen bekannt, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung für den darauffolgenden Tag in Bezug auf Uhrzeit und Ort konkretisieren wird, sei er verpflichtet, eine solche per SMS mitgeteilte Weisung auch in seiner Freizeit zur Kenntnis zu nehmen. Der Kläger kann sich daher nicht darauf berufen, von der Weisung keine Kenntnis gehabt zu haben. Für den Kläger bestand eine Nebenpflicht aus dem Vertragsverhältnis, die Zuteilung des Dienstes zur Kenntnis zu nehmen. Dieser Pflicht hat er auch außerhalb seiner eigentlichen Dienstzeit als Notfallsanwarter nachzukommen. Jede Partei des Arbeitsvertrags ist zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Dazu gehöre auch die Pflicht, im Zusammenwirken mit dem anderen Teil die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrags zu schaffen, Erfüllungshindernisse nicht entstehen zu lassen oder zu beseitigen und dem anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen zu lassen. Die leistungssichernde Nebenpflicht, Kenntnis von der Zuteilung von konkretisierten Tag- und Spätdiensten zu nehmen, folgt aus der Möglichkeit des Arbeitgebers, unkonkret zugeteilte Springerdienste für den Tag- und Spätdienst noch bis 20.00 Uhr des Vortags vor Dienstbeginn im Dienstplan weiter zu konkretisieren. Der jeweils betroffene Arbeitnehmer muss spätestens ab diesem Zeitpunkt damit rechnen, für den folgenden Dienstbeginn einer konkretisierten Weisung zu unterliegen. Daraus folgt die Pflicht, Mitteilungen von Seiten der Beklagten zur Kenntnis zu nehmen. Es blieb ihm überlassen, wann und wo er von der SMS Kenntnis nehmen wollte. Er hätte dies sogar erst am Morgen des Dienstages tun können. Aufgrund der Zuteilung eines unkonkreten Tagdienstes in dem ihm bekannten Dienstplan war er bereits informiert, dass der späteste Dienstbeginn zwischen 6.00 Uhr und 9.00 Uhr liegen würde. Er hätte lediglich die Nachricht der Beklagten zur Kenntnis nehmen müssen.

c) Kündigung eines Redakteurs bei der Deutschen Welle wegen antisemitischer Äußerungen wirksam¹¹

Der seit 2005 zunächst als freier Mitarbeiter beschäftigte Redakteur hatte im Zeitraum von 2014 bis 2019 auf seinen privaten Facebook- und Twitter- („X“-) Konten Äußerungen zu Israel und Palästina veröffentlicht, die nach Auffassung des LAG antisemitischen Charakter hatten und das Existenzrecht Israels in Abrede stellten. Im Jahr 2021 schloss er ein befristetes Arbeitsverhältnis mit der Deutschen Welle (DW) ab. Nachdem diese wegen angeblicher antisemitischer Äußerungen anderer Beschäftigter der arabischen Redaktion eine externe Untersuchung veranlasst hatte, löschte er 2022 einige dieser Veröffentlichungen. Das LAG Berlin-Brandenburg hat die von der DW ausgesprochene fristlose Kündigung des

Redakteurs bestätigt. Der Redakteur sei als sog. Tendenzträger verpflichtet gewesen, sowohl bei seiner Arbeitsleistung als auch im außerbetrieblichen Bereich nicht gegen die Tendenz, das heißt die grundsätzlichen Zielsetzungen der DW, zu verstoßen. Dazu gehörten die Grundsätze, das Existenzrecht Israels nicht in Frage zu stellen und sich gegen Antisemitismus sowie jegliche Versuche, diesen zu verbreiten, einzusetzen. Da derartige Äußerungen eines Redakteurs auch im privaten Bereich geeignet seien, den Ruf der DW als Stimme der Bundesrepublik Deutschland im Ausland zu schädigen, liege eine schwerwiegende Verletzung vertraglicher Nebenpflichten vor. Auch wenn der Redakteur nach Begründung des Arbeitsverhältnisses keine zu beanstandenden Äußerungen mehr veröffentlicht habe, hätten sich die zuvor getätigten und auch nach Begründung des Arbeitsverhältnisses noch öffentlich abrufbaren Äußerungen weiter ausgewirkt. Da der Redakteur aufgrund der Rundfunkfreiheit der DW gemäß Artikel 5 Absatz 1 S. 2 GG gehalten sei, die Tendenz zu wahren, könne er sich für antisemitische und das Existenzrecht Israels leugnende Äußerungen auch nicht mit Erfolg auf seine Meinungsfreiheit nach Artikel 5 Abs. 1 S. 1 GG berufen.

d) Arbeitgeber darf Rot als Farbe der Arbeitsschutzhose vorschreiben¹²

Der Kläger ist im Bereich Produktion/Montage beschäftigt. In einer Kleiderordnung ist geregelt, dass die Beklagte für alle betrieblichen Tätigkeiten in Montage, Produktion und Logistik funktionelle Arbeitskleidung zur Verfügung stellt, u. a. rote Arbeitshosen, die in den benannten Bereichen zu tragen sind. Am 4. Oktober 2023 erschien der Kläger mit einer schwarzen Hose. Er wurde angewiesen, ab sofort die rote Arbeitshose zu tragen. Am Folgetag erschien der Kläger erneut nicht in der roten Arbeitshose. Darauf wurde der Kläger unter dem 3. November 2023 abgemahnt. Am 21. November 2023 erschien der Kläger mit einer privaten dunklen Hose. Er wurde angewiesen, am Folgetag die rote Arbeitshose zu tragen. Am Folgetag erschien der Kläger erneut nicht in der roten Arbeitshose. Darauf wurde der Kläger abgemahnt. Auch am Folgetag erschien der Kläger mit einer anderen Arbeitshose. Daraufhin sprach die Beklagte eine ordentliche Kündigung aus. Der Kläger argumentiert, er möge keine roten Hosen und sei der Ansicht, dass das Direktionsrecht des Arbeitgebers sich nicht auf die Farbe der Hose erstrecke. Die Kündigungsschutzklage blieb vor dem LAG ohne Erfolg. Die Arbeitgeberin sei aufgrund ihres Weisungsrechts berechtigt, Rot als Farbe für die Arbeitsschutzhosen vorzuschreiben. Da das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers nur in der Sozialsphäre betroffen war, genügen hierfür sachliche Gründe. Ein maßgeblicher berechtigter Aspekt war die Arbeitssicherheit. Die Arbeitgeberin durfte Rot als Signalfarbe wählen, weil der Kläger auch in Produktionsbereichen arbeitete, in denen Gabelstapler fahren. Aber auch im Übrigen Produktionsbereich erhöhte die Farbe Rot die Sichtbarkeit der Beschäftigten. Weiterer sachlicher Grund war die Wahrung der Corporate Identity. Überwiegende entgegenstehende Gründe vermochte der Kläger, welcher die ro-

11 LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 4. April 2024 – 5 Sa 894/23, NZA-RR 2024, 351.

12 LAG Düsseldorf, Urt. v. 21. Mai 2024 – 3 SLa224/24, BeckRS 2024, 10769.

te Arbeitshose zuvor langjährig getragen hatte, hingegen nicht vorbringen. Sein aktuelles ästhetisches Empfinden betreffend die Hosenfarbe genügte nicht. Die Interessenabwägung fiel zu Lasten des Klägers aus. Nach zwei Abmahnungen und der beharrlichen Weigerung, der Weisung der Beklagten nachzukommen, überwog trotz der langen beanstandungsfreien Beschäftigungsdauer das Beendigungsinteresse der Beklagten.

e) Wirksame Kündigung während der Probezeit wegen Hochladens eines Videos über die Berichterstattung seines Arbeitgebers¹³

Der 20-jährige Kläger begann beim Axel Springer Konzern am 1. September 2023 eine Ausbildung zum Mediengestalter Bild und Ton. § 2 seines Vertrages regelt eine viermonatige Probezeit. Am 7. Oktober 2023 hisste die Beklagte auf dem Vorplatz des Hauptsitzes auch die Flagge Israels und bekundete im Intranet: „Wir stehen an der Seite von Israel.“ Der Kläger richtete sich über Teams an die Redaktion mit der Frage, aus welchen Gründen dies erfolge. Am 12. Oktober 2023 repostete der Kläger unter dem Beitrag folgendes: „Meine Frage an Redaktion C via Teams ist immer noch unbeantwortet: Warum unterstützt die A Israel?“ Es fanden dann mehrere Gespräche mit dem Kläger statt. Am 17. Oktober 2023 änderte der Kläger sein Profil auf G Teams und fügte folgenden Profilsatz ein: „I don't stand with Israel“. Die Geschäftsführung fasste am 17. Oktober den Beschluss, das Ausbildungsverhältnis innerhalb der Probezeit zu beenden. Am 18. Oktober 2023 veröffentlichte der Kläger auf seinem Youtube-Kanal ein Video namens „Wie entsteht eine Lüge“, in dem es um die Berichterstattung geht, dass es zur Köpfung von Kindern durch die Hamas gekommen sei. In dem Video nutzte der Kläger Bildmaterial verschiedenster Nachrichtensender - unter anderem seines Ausbildungsbetriebes - sowie Schlagzeilen von I. Aussagen des Videos sind unter anderem, dass die Meldung, die Hamas habe Babys enthauptet, eine Lüge sei, die Taktik der israelischen Regierung mit der Propaganda der Nazis unter Josef Goebbels vergleichbar sei und die Medien, insbesondere auch die Publikationen von A, B und I diese Lügen als Tatsachen verbreiten und sich zu eigen machten. Das ArbG hat die Probezeitkündigung für wirksam erachtet. Das Ausbildungsverhältnis könne während der Probezeit jederzeit und ohne Verpflichtung zur Angabe eines Grundes gekündigt werden. Die Kündigung stelle auch keine Maßregelung dar, sondern eine berechnete Wahrnehmung der unternehmerischen Interessen. Die grundgesetzlich geschützte Meinungsfreiheit rechtfertigt das bei Youtube eingestellte Video nicht.

f) Kündigung einer TV-Moderatorin wegen Wettbewerbstätigkeit wirksam¹⁴

Die 1968 geborene Klägerin war jahrelang für die Beklagte im Bereich Finanz- und Börsenberichterstattung tätig. Nach dem Arbeitsvertrag bedarf jede entgeltliche oder unentgeltliche Nebentätigkeit der vorherigen Zustimmung der Gesellschaft. Die Klägerin hatte einen Antrag auf Genehmigung einer Nebentätigkeit zum Verfassen einer wöchentlichen Kolumne für die BILD gestellt. Diese wurde verweigert. Am 29. September 2022 wurde dennoch ihre Kolumne unter der Überschrift "Ein Ausblick von BILD-Börsen-Kolumnistin C F" veröffentlicht. Die Beklagte hat der Klägerin deswegen am 4. Oktober 2022 eine Abmahnung erteilt. Am 7. Okto-

ber 2022 hat die Klägerin beim Arbeitsgericht einen Antrag anhängig gemacht, festzustellen, dass die Nebentätigkeit zum Verfassen einer wöchentlichen Kolumne für BILD von der Beklagten zu genehmigen ist. Dieser wurde vom Gericht abgelehnt. In der Folgezeit führte die Klägerin gemeinsam mit anderen Finanzexperten einen Live-Stream unter dem Titel "L: „So schützt du dein Geld in 2023““ auf Social Media Plattformen durch. Am 1. Januar 2023 wurde auf Bild.de ein weiterer Artikel der Klägerin veröffentlicht. Die Beklagte kündigte der Klägerin mehrfach. Das Arbeitsgericht sah die außerordentliche fristlose Kündigung wegen der Kolumne als wirksam an. Bei der Online-Kolumne handele es sich um eine Wettbewerbstätigkeit, da sowohl der Arbeitgeber als auch der Zeitungsverlag Unternehmen sind, die sowohl im Bereich der TV- wie auch der Onlineberichterstattung aktiv seien. Zudem betreffe die Börsenkolumne der Klägerin den fachlichen Kernbereich ihrer Tätigkeit für die Beklagte. Gerade in Bezug auf diese Themen habe die Klägerin sich in der Vergangenheit eine große Reputation aufgebaut, mit der sie bislang für die Beklagte in der Öffentlichkeit in Erscheinung getreten ist. Ein Arbeitnehmer, der während des bestehenden Arbeitsverhältnisses Wettbewerbstätigkeiten entfaltet, verstoße gegen seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers. Dies könne eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen. Hier sei der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar. Das Vertrauen der Beklagten in einen störungsfreien Verlauf des Arbeitsverhältnisses sei nach den bewussten, fortgesetzten und groben Pflichtverletzungen der Klägerin gänzlich aufgebraucht.

g) Die bloße Teilnahme am „Potsdamer Treffen“ rechtfertigt keine außerordentliche Kündigung¹⁵

Die dreiundsechzigjährige Klägerin ist bei der Beklagten seit 1. Juli 2000 beschäftigt und im Umwelt- und Verbraucherschutzamt tätig. Im Oktober 2023 lud Herr M auf dem Briefkopf des „Düsseldorfer Forums“ die Klägerin zu einem Treffen am 25. November 2023 ein. Während des Treffens im Landhotel in Potsdam wurden Vorträge gehalten, u. a. einer in dem es u.a. um „Remigration“ ging. Die Zusammenkunft wurde durch Recherchen von Compact bekannt, das das Ergebnis seiner Recherche am 10. Januar 2024 auf seiner Website unter der Überschrift „Geheimplan gegen Deutschland“ veröffentlichte. Die Berichterstattung von Compact rief in der Öffentlichkeit ein großes Echo hervor und führte zu Massenprotesten. Der Amtsleiter sprach die Klägerin auf ihre Teilnahme an dem Treffen an. Sie antwortete, zum Essen eingeladen worden zu sein und von einem Treffen zuvor nichts gewusst zu haben. Mit E-Mail der Beklagten vom 17. Januar wurde die Klägerin angehört. Die Klägerin antwortete, dass der Grund für die Teilnahme „privat“ sei. Das ArbG hat entschieden, dass die im Zusammenhang mit der Teilnahme einer Mitarbeiterin an dem sogenannten „Potsdamer Treffen“ von der Stadt Köln ausgesprochenen Kündigungen unwirksam sind. Ein wichtiger Grund

13 ArbG Berlin, Urt. v. 22. Mai 2024 – 37 Ca 12701/23, BeckRS 2024, 10954.

14 ArbG Köln, Urt. v. 11. Oktober 2023 – 9 Ca 5402/22, BeckRS 2023, 35003, m. Anm. Sura, NZA-RR 2024, 220 (die Berufung ist beim LAG Köln unter dem Az. 4 Ca 655/23 anhängig).

15 ArbG Köln, Urt. v. 3. Juli 2024 – 17 Ca 543/24, BeckRS 2024, 18237.

sei nicht gegeben. Die Klägerin träfe aufgrund ihrer konkreten Tätigkeit nur eine sogenannte einfache und keine gesteigerte politische Treuepflicht. Das Maß an Loyalität und Treue zum öffentlichen Arbeitgeber sei von Stellung und Aufgabenkreis des betroffenen Arbeitnehmers abhängig. Danach schulde ein Arbeitnehmer lediglich ein solches Maß an politischer Loyalität, das für die funktionsgerechte Verrichtung seiner Tätigkeit unabdingbar sei. Diese einfache Treuepflicht werde erst durch ein Verhalten verletzt, das in seinen konkreten Auswirkungen darauf gerichtet sei, verfassungsfeindliche Ziele aktiv zu fördern oder zu verwirklichen. Allein die Teilnahme an dem Treffen rechtfertige nicht den Schluss, dass sich die Klägerin in innerer Übereinstimmung mit dem Inhalt der Beiträge befunden habe. Ein Eintreten für verfassungsfeindliche Ziele, z.B. durch Wortbeiträge im Rahmen des Treffens, habe die Beklagte nicht behauptet.

2. Betriebsübergang

Beginn der Widerspruchsfrist nach § 613 a Abs. 6 S. 1 BGB trotz Fehler bei der Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 BGB¹⁶

Der Kläger rügte verschiedene Fehler bei der Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 BGB, weswegen er dem mitgeteiltem Betriebsübergang auch noch Ablauf der Monatsfrist widersprechen könne. Dem widersprach das BAG. Das Widerspruchsrecht nach § 613 a Abs. 6 BGB stehe in einem wechselseitigen Bezug zur Unterrichtungspflicht nach § 613 a Abs. 5 BGB. Danach ist ein von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform über die in § 613 a Abs. 5 Nr. 1 bis Nr. 4 BGB aufgeführten Umstände zu unterrichten. Die Unterrichtung soll den Arbeitnehmer in die Lage versetzen, eine sachgerechte Entscheidung darüber zu treffen, ob er widersprechen will. Deshalb ist er so zu informieren, dass er sich über den Gegenstand des Betriebsübergangs und die Person des Übernehmers sowie über die in § 613 a Abs. 5 BGB genannten Umstände "ein Bild machen" kann. Dem Arbeitnehmer soll auch die Möglichkeit eröffnet werden, sich weitergehend zu erkundigen und ggf. beraten zu lassen, um dann auf dieser Grundlage über einen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu entscheiden. Die vom Kläger behaupteten Mängel begründeten keine Fehlerhaftigkeit des Unterrichtungsschreibens, die ein Nichtanlaufen der Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB zur Folge hätte. Das Unterrichtungsschreiben sei nicht deswegen fehlerhaft, weil aus ihm nicht hervorgehe, welche geschäftliche Tätigkeit der Betriebserwerberin und welche der Konzernobergesellschaft zuzuordnen ist. Das Unterrichtungsschreiben ist auch nicht deswegen fehlerhaft, weil die Beklagte den Kläger nicht ausreichend über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs unterrichtet habe. Jedenfalls fehlt es an der Ursächlichkeit eines etwaigen Unterrichtungsmangels für die Willensbildung betreffend die Ausübung des Widerspruchsrechts. Denn an den Inhalt der Unterrichtung über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs dürften keine im praktischen Leben kaum erfüllbaren Anforderungen dahingehend gestellt werden, wonach das Unterrichtungsschreiben "keinen juristischen Fehler" enthalten darf. Fehler, die für den Willensbildungsprozess der Arbeitnehmer, ob sie einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen, regelmäßig ohne Belang sind, führten nicht dazu, dass die Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginnt. Im Unterrichtungs-

schreiben vom 25. Juli 2019 hat die Beklagte auf den gesetzlichen Eintritt der Betriebserwerberin in die Rechte und Pflichten aus dem im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisses nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB hingewiesen und auch über die Haftungsverteilung nach § 613 a Abs. 2 BGB informiert. Dies ermöglichte dem Kläger, im Bedarfsfall Rechtsrat darüber einzuholen, wer und ggf. in welchem Umfang für die Ansprüche aus dem übergehenden Arbeitsverhältnis haftet. Die Informationspflicht beinhaltet darüber hinaus keine umfassende Rechtsberatung. Der Inhalt der Unterrichtung soll den Arbeitnehmer nicht über alle ihn möglicherweise treffenden individuellen Folgen des Betriebsübergangs informieren. Die Annahme der Revision, dem Kläger hätte als juristischem Laien auch erklärt werden müssen, wann ein Anspruch "entsteht" und wann er "fällig" wird, geht deswegen fehl.

3. Zeugnisse

a) Grundsätzlich keine Dankes- und Wunschformel¹⁷

Die Klägerin verlangt u. a. als Abschlusssatz ihres Zeugnisses aufzunehmen: „Frau D verlässt unser Unternehmen auf eigenen Wunsch. Wir danken ihr für ihre wertvolle Mitarbeit und bedauern es, sie als Mitarbeiterin zu verlieren. Für ihren weiteren Berufs- und Lebensweg wünschen wir ihr alles Gute und auch weiterhin viel Erfolg.“ Einen solchen Anspruch verneinte das BAG. Ein Arbeitnehmer habe aus § 109 Abs. 1 Satz 3 GewO, der den Arbeitgeber zu einer Beurteilung der Leistung und des Verhaltens des Arbeitnehmers verpflichtet, keinen Anspruch auf eine Dankes- und Wunschformel. Auch das in § 241 Abs. 2 BGB verankerte Rücksichtnahmegebot verpflichtet den Arbeitgeber nicht, dem Arbeitnehmer über den von ihm nach § 109 Abs. 1 Satz 3 GewO geschuldeten Zeugnisinhalt hinaus Dank zu bezeugen und Wünsche für dessen berufliche Zukunft zu formulieren. Im konkreten Fall wurde der Anspruch wegen eines Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot dennoch bejaht. Der Arbeitgeber hatte diese Formel in seinen ersten Zeugnisfassungen eingefügt und dann erst nach zahlreichen Änderungswünschen der Klägerin in der zuletzt erteilten Fassung gestrichen.

Für jede arbeitsrechtliche Einigung mit der Verpflichtung, ein qualifiziertes Arbeitszeugnis zu erteilen, bedeutet dies zwingend, eine solche Verpflichtung ausdrücklich zu vereinbaren.

b) Zeugnis ist auf Firmenbögen/mit Briefköpfen auszustellen und darf nicht wie ein Entwurf wirken¹⁸

Die Parteien haben sich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem 30. September 2022 geeinigt. Die Schuldnerin hat sich verpflichtet, der Gläubigerin unter dem Datum des 30. September 2022 ein Zeugnis zu erteilen. Die Gläubigerin soll danach berechtigt sein, einen Zeugnisentwurf zu übersenden, von dem die Schuldnerin nur aus wichtigem Grund abweichen dürfe. Die Beklagte hatte der Klägerin unter dem Datum des 15. Oktober 2022 bereits ein Zeugnis erstellt. Ein weiteres Zeugnis erstellte die Beklagte der Klägerin unter dem Datum des 15. Mai 2023 nach

¹⁶ BAG, Urt. v. 21. März 2024 – 2 AZR 79/23, NZA 2024, 829.

¹⁷ BAG, Urt. v. 6. Juni 2023 – 9 AZR 272/22, NZA 2024, 194.

¹⁸ LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28. November 2023 – 26 Ta 1198/23, NJ 2024, 42.

einem Entwurf der Klägerin. Darin heißt es u. a.: „i.A. des Arbeitsgerichts, Berlin 15.05.2023“. In der letzten Zeile ist folgender Zusatz eingefügt: „(Zeugnis erstellt durch Rechtsanwältin A)“. Das Schreiben ist nicht mit dem Briefkopf der Schuldnerin versehen. Das LAG ließ dies nicht genügen. Die „Arbeitszeugnisse“ genüchten bereits in formeller Hinsicht nicht den im Geschäftsleben üblichen Mindestanforderungen. Dazu zählt jedenfalls, dass ein Arbeitszeugnis mit einem ordnungsgemäßen Briefkopf ausgestaltet sein muss, aus dem der Name und die Anschrift des Ausstellers erkennbar sind. Da im Berufszweig der Schuldnerin üblicherweise im geschäftlichen Verkehr Firmenbögen verwandt werden und die Schuldnerin einen solchen besitzt und benutzt, ist ein Zeugnis nicht ordnungsgemäß ausgestellt, wenn es nur mit einer Unterschrift des Geschäftsführers versehen ist. Unter diesen Umständen wird ein Zeugnis auch nicht als ordnungsgemäß im vorbezeichneten Sinne ausgestellt angesehen, wenn es nur mit einem Firmenstempel und nicht mit dem Briefkopf der Schuldnerin versehen ist. Nicht ausreichend ist es zudem, wenn ein als Zeugnis bezeichnetes Schriftstück bei einem Dritten den Eindruck erwecken kann, der Arbeitgeber habe lediglich einen Zeugnisentwurf der Arbeitnehmerin unterzeichnet, ohne sich wirklich mit dem Inhalt der Erklärung zu identifizieren.

4. Lohn/ /Schadenersatz/Annahmeverzug

a) Doch Anrechnung von Entgeltforderungen im Rahmen der Berechnung des Annahmeverzugsentgelts wegen Beteiligung als Kommanditist?¹⁹

Die Klägerin wurde bei der Beklagten ab dem 1. Januar 1999 zunächst als leitende kaufmännische Angestellte und ab 1. August 2002 bis zu ihrer Abberufung als Geschäftsführerin tätig. Auch nach ihrer Abberufung war die Klägerin zunächst weiter für die Beklagte tätig. Das Gehalt von zuletzt 7.000,00 EUR brutto blieb unverändert. Die Klägerin war im hier interessierenden Zeitraum mit dem Geschäftsführer der Beklagten verheiratet. Die Beklagte kündigte das bestehende Dienstverhältnis und stellte die Klägerin mit sofortiger Wirkung von der Arbeit frei. Die Beklagte sprach weitere fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigungen aus. Das Arbeitsgericht entschied rechtskräftig, dass die letzte Kündigung wirksam ist. Am 13. März 2014 wurde die ABC GmbH gegründet. Alleiniger Gesellschafter war der damalige Lebensgefährte der Klägerin. Die Klägerin wurde als einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der ABC GmbH im Handelsregister eingetragen. Die ABC GmbH wurde dann persönlich haftende Gesellschafterin der am 19. Februar 2015 im Handelsregister eingetragenen ABC GmbH & Co. KG. An dieser ist die Klägerin als Kommanditistin beteiligt. Für ihre Geschäftsführertätigkeit erhielt die Klägerin keine Vergütung, sondern nur eine Gewinnbeteiligungszusage. In einer Bescheinigung der Steuerberater der ABC Unternehmen wird bestätigt, dass die Klägerin keine Vergütung erhalten hat. Ferner wird unter Hinweis auf die Anlaufverluste darauf hingewiesen, dass weder an die Klägerin noch an andere Gesellschafter Ausschüttungen erfolgt seien. Das LAG gab ihrer Klage auf Entgeltzahlung aus Annahmeverzug statt. Die Klägerin müsse sich keinen anderweitigen Verdienst nach § 11 Nr. 1 KSchG, § 615 Satz 2 BGB anrechnen lassen. Unstreitig hat die Klägerin im maßgeblichen Zeitraum Mai bis September 2014 keine anderweitigen Einkün-

te gehabt. Für ihre Geschäftsführertätigkeit für die ABC GmbH hat sie keine Vergütung erhalten. Wegen der erwirtschafteten Verluste erfolgte auch keine Ausschüttung aus der Gewinnbeteiligungszusage. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es nicht möglich, den Wert ihrer späteren Kommanditistenbeteiligung gegenzurechnen. Dies beurteilte das BAG anders: Das LAG habe hinsichtlich der Frage, was die Klägerin gemäß § 11 Nr. 1 KSchG durch anderweitige Arbeit verdient hat, die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast rechtsfehlerhaft angewendet. Das LAG habe nicht berücksichtigt, dass bei der Übernahme einer unentgeltlichen Tätigkeit die Anrechnung böswillig unterlassenen Erwerbs den Nachweis einer Schädigungsabsicht nicht erfordert und die ursprüngliche Tätigkeit der Klägerin als angestellte Fremdgeschäftsführerin bei der ABC GmbH gerade nicht dem Aufbau einer selbständigen Tätigkeit gleichzusetzen ist. Es verwies an das LAG zurück. Sollte das LAG ein böswilliges Unterlassen bejahen, wird es – ggf. nach Schätzung gemäß § 287 ZPO – zu prüfen und festzustellen haben, in welcher Höhe die Klägerin einen anrechenbaren Verdienst hätte erzielen können. Dabei wird zu beachten sein, dass auch bei einem neu gegründeten Unternehmen kein die Sittenwidrigkeit auslösendes Missverhältnis zwischen der Leistung eines Fremdgeschäftsführers einer GmbH und der Gegenleistung der GmbH bestehen darf. Der Kommanditanteil könnte als solcher eine anderweitige Vergütung darstellen.

b) Höhe einer Zulage nach Aufstockung der Arbeitszeit der Klägerin auf Vollzeit²⁰

Die Klägerin war im Krankenhaus der Beklagten zuletzt in Teilzeit (50 %) beschäftigt. Arbeitsvertraglich wurde die Geltung des Bundes-Angestellten-Tarifvertrags in kirchlicher Fassung (BAT-KF) und eine Vergütung nach dessen Entgeltgruppe 14 vereinbart. Darüber hinaus erhielt die Klägerin seit Beginn des Arbeitsverhältnisses monatlich 250,00 EUR brutto, die in den Gehaltsabrechnungen als "Leistungszulage" ausgewiesen werden. Ab dem 1. Mai 2022 arbeitet die Klägerin wieder Vollzeit. Die Beklagte vergütet die Klägerin auf der Basis einer Vollzeittätigkeit nach dem BAT-KF, lehnte aber deren Verlangen, die Zulage von 250,00 EUR brutto auf 500,00 Euro brutto monatlich zu erhöhen, ab. Das BAG entschied, dass die Klägerin einen Anspruch auf 500 EUR hat. Der Anspruch auf Anpassung der vereinbarten Vergütung an die Aufstockung der Arbeitszeit folgt aus § 611 Abs 2 a BGB, da die Zulage Teil der von der Beklagten der Klägerin für deren Arbeitsleistung geschuldeten Vergütung ist. Mit der Aufstockung auf Vollzeit gerät das auf die bisherige Teilzeitbeschäftigung zugeschnittene Synallagma von Leistung und Gegenleistung außer Balance und bedarf der Neujustierung. Diese obliegt zuvörderst den Arbeitsvertragsparteien. Dementsprechend hat die Beklagte der Klägerin unstreitig einen neuen, auf die Vollzeitbeschäftigung zugeschnittenen schriftlichen Arbeitsvertrag angeboten. Diesen nahm die Klägerin aber nicht an, weil ihr die Erhöhung der streitgegenständlichen Zulage fehlte. Können sich wie im Streitfall die Arbeitsvertragsparteien bei der Aufstockung der Arbeitszeit auf Vollzeit über die dafür geschuldete Vergütung

19 BAG, Urt. v. 24. Januar 2024 – 5 AZR 331/22, NZA 2024, 408 = BeckRS 2024, 890 (Vorinstanz: LAG Thüringen, Urt. v. 6. September 2022 – 1 Sa 427/20).

20 BAG, Urt. v. 13. Dezember 2023 – 5 AZR 168/23, NZA 2024, 471.

nicht einigen, wird der auf die bisherige Teilzeitarbeit zugeschnittene Arbeitsvertrag insoweit lückenhaft. Weil das Schicksal der Vergütung bei Aufstockung von Teilzeit auf Vollzeit nicht gesetzlich geregelt ist, kann die Lücke nicht durch dispositives Recht geschlossen werden. Es bedarf daher der Anpassung der Vergütung für den erhöhten zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung. Für diese ist maßgeblich, was die Parteien für einen solchen Fall bei einer angemessenen Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vereinbart hätten. Entsprechend der im Arbeitsleben herrschenden Anschauung und durchweg geübten Praxis, die Höhe der Vergütung auch am zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung zu bemessen, hätten redliche Vertragspartner bei der Aufstockung von Teilzeit auf Vollzeit zumindest eine quotale dem Umfang der Erhöhung der Arbeitszeit entsprechende Erhöhung der Vergütung vereinbart. Anhaltspunkte für ein von den Parteien gewolltes "Abweichen vom Üblichen" liegen nicht vor. Vielmehr hat die Beklagte entsprechend der im Arbeitsleben gängigen Praxis in dem von ihr entworfenen und der Klägerin für die Vollzeitbeschäftigung angebotenen neuen Arbeitsvertrag eine dem Umfang der Erhöhung der Arbeitszeit entsprechende quotale Erhöhung der Vergütung vorgesehen. Sie hat dabei lediglich verkannt, dass auch die streitgegenständliche Zulage ein Vergütungsbestandteil ist.

c) Abweichung von § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG im Wege ergänzender Vertragsauslegung²¹

Der von der Klägerin mit der P GmbH geschlossene Arbeitsvertrag vom 20. Juli 2009 lautet auszugsweise:

„1.

Frau A wird zum 22.07.2009 als Mitarbeiterin auf Abruf eingestellt.

2.

Die Tätigkeit umfasst die Bereiche Einlage/Verpackung/Post.

3.

Die Erbringung der Arbeitsleistung erfolgt auf Abruf. Dabei wird die Lage der Arbeitszeit jeweils mindestens 4 Kalendertage im voraus mitgeteilt.

Die Arbeitsleistung ist auch ohne Einhaltung der Ansagefrist zu erbringen, soweit die Mitarbeiterin im Einzelfall hierauf verzichtet hat.

4.

Die Vergütung ist abhängig von der Dauer des jeweiligen Arbeitseinsatzes und erfolgt nach Tariflohngruppe II mit € 13,28 brutto pro Stunde.

5. ...

Das Arbeitsverhältnis unterliegt im Übrigen den geltenden Betriebsvereinbarungen sowie den Tarifverträgen für die gewerblichen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der Druckindustrie in der jeweils geltenden Fassung.“

Im Zeitraum Januar 2017 bis Dezember 2019 zog die Beklagte die Klägerin nach Bedarf in unterschiedlichem Umfang zur Arbeit heran. Nachdem seit Januar 2020 die Samstagsarbeit entfallen war, verringerte sich der Umfang des Abrufs der Arbeitsleistung der Klägerin. Diese klagte auf Bezahlung von wöchentlich 20 Stunden. Das BAG gewährte diese Zahlung aus Annahmeverzug. Obwohl § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG – wie zuvor schon § 4 Abs. 1 Halbs. 1

BeschFG 1985 – vorschreibt, dass bei der Vereinbarung einer Arbeit auf Abruf eine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festgelegt werden muss, haben die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten dies bei Abschluss des Arbeitsvertrags im Jahr 2009 unterlassen und eine bestimmte Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht vereinbart. Auch eine Festlegung der Dauer der Arbeitszeit durch konkludente Vereinbarung sei nicht erfolgt. Für eine bei Vertragsschluss konkludent getroffene Vereinbarung einer bestimmten Dauer der Arbeitszeit, zumal einer solchen von durchschnittlich 103,2 Stunden monatlich, fehlt nach dem Sachvortrag der Klägerin jeglicher Anhaltspunkt. Allein das Abrufverhalten der Beklagten in den weit nach Vertragsbeginn liegenden Jahren 2017 bis 2019 lässt einen Rückschluss auf den mutmaßlichen Willen der Klägerin und der Rechtsvorgängerin der Beklagten bei Vertragsschluss nicht zu. Wird wie im Streitfall die durch den Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG entstandene anfängliche Regelungslücke mit dem Beginn des Abrufarbeitsverhältnisses durch die Fiktion des § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG geschlossen, gilt fortan kraft Gesetzes eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart. Eine nachträgliche Regelungslücke kann deshalb nicht mehr entstehen.

d) Vergütung für Umkleide-, Wege- und Körperreinigungszeiten²²

Die Parteien streiten über Vergütung für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten. Der Kläger arbeitet seit Februar 2008 als Mechaniker. Nach Betreten des Betriebsgeländes zieht er die von der Beklagten gestellte Arbeitskleidung an und verstaut seine private Kleidung im Spind. Danach loggt sich der Kläger ein und gibt weisungsgemäß die von der Beklagten bestimmte Uhrzeit des Schichtbeginns ein. Danach begibt er sich an seinen Arbeitsplatz und nimmt seine Tätigkeit auf, die das Abschleifen rostiger und schadhafter Stellen und eine entsprechende Nachlackierung an Containern umfasst. Bei solchen Arbeiten kann der Kläger von der Beklagten gestellte Handschuhe, Schutzbrille und Atemmaske tragen. Nach der Arbeit wäscht oder duscht er sich vor Ort. Die verunreinigte Arbeitskleidung lässt er im Betrieb zur Reinigung. Danach begibt er sich zum Zeiterfassungsterminal und gibt weisungsgemäß die von der Beklagten bestimmte Uhrzeit des Endes der Schicht ein. Mit seiner Klage hat der Kläger die Zahlung von Vergütung für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten – ausgehend von zusätzlich zu vergütender Arbeitszeit von arbeitstäglich 55 Minuten – geltend gemacht. Das LAG hat die Beklagte – ausgehend von arbeitstäglich 21 Minuten vergütungspflichtiger Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten – verurteilt, an den Kläger 2.387,70 EUR brutto nebst Zinsen zu zahlen. Das BAG akzeptierte dies nicht: Grds. gelte, dass eine Vergütung für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten gemäß § 611 a Abs. 2 BGB dem Grunde nach in Betracht kommt. Der Arbeitgeber verspricht die Vergütung aller Dienste, die er dem Arbeitnehmer aufgrund seines arbeitsvertraglich vermittelten Weisungsrechts abverlangt. Um vergütungspflichtig

²¹ BAG, Urt. v. 18. Oktober 2023 – 5 AZR 22/23, NZA 2024, 128.

²² BAG, Urt. v. 23. April 2024 – 5 AZR 212/23, BeckRS 2024, 20630 (Vorinstanz LAG Nürnberg, Urt. v. 6. Juni 2023 – 7 Sa 275/22). Vgl. hierzu auch BAG, Urt. v. 13. Oktober 2021 – 5 AZR 291/20, BeckRS 2021, 46645.

ge Arbeitszeit handelt es sich etwa regelmäßig bei dem An- und Ablegen einer vom Arbeitgeber vorgeschriebenen und nur im Betrieb zu tragenden Dienstkleidung. Das Umkleiden ist in diesem Fall ausschließlich fremdnützig. Auch die Wegezeit des Klägers vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz und zurück ist Teil der von der Beklagten geschuldeten vergütungspflichtigen Arbeitszeit. Gemäß § 611 a Abs. 2 BGB können dann auch Körperreinigungszeiten vergütungspflichtige Arbeitszeit sein. Die Vergütungspflicht von Körperreinigungszeiten bedarf hierbei jedoch einer differenzierten Beurteilung. Von einem unmittelbaren Zusammenhang mit der eigentlichen Arbeitsleistung ist zunächst auszugehen, wenn die Körperreinigung durch den Arbeitgeber ausdrücklich angeordnet wird oder wenn zwingende arbeitsschutzrechtliche Hygienevorschriften eine solche verlangen, weil der Arbeitnehmer beispielsweise bei der Arbeit mit gesundheitsgefährdenden Stoffen oder verunreinigten Gegenständen in Berührung kommt. Körperreinigungszeiten gehören aber auch dann zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit, wenn sich der Arbeitnehmer bei seiner geschuldeten Arbeitsleistung so sehr verschmutzt, dass ihm ein Anlegen der Privatkleidung, das Verlassen des Betriebs und der Weg nach Hause ohne eine vorherige Reinigung des Körpers im Betrieb nicht zugemutet werden kann. Die Ganzkörperreinigung (Duschen) gehört nur dann zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit, wenn sie mit der eigentlichen Tätigkeit und der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt. Das ist dann der Fall, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung ohne anschließendes Duschen bei wertender Betrachtung nicht möglich erscheint und der gesamte Vorgang deshalb fremdnützig ist. Nicht jede im Verlauf eines Arbeitstags auftretende Verschmutzung oder Verunreinigung „erfordert“ damit ein Duschen in dem hier maßgeblichen Sinn, das in unmittelbarem Zusammenhang mit den vom Arbeitgeber zugewiesenen Tätigkeiten steht. Das Waschen, das erforderlich ist, um die übliche Verunreinigung, Schweiß- und Körpergeruchsbildung des Tages zu beseitigen, dient der Befriedigung privater Bedürfnisse; es ist nicht ausschließlich fremdnützig und damit nicht vergütungspflichtig. Es ist also aufzuklären, ob es dem Arbeitnehmer wegen der eingetretenen Verschmutzung in der Regel unzumutbar ist, sich nach der Arbeit ungeduscht in der Öffentlichkeit zu bewegen oder in seinen PKW zu steigen. Dies wird das LAG nochmals aufklären müssen.

e) Erschütterung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und Rückforderung der Entgeltzahlung²³

Die Parteien streiten um die Rückzahlung gewährter Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Die Beklagte beschäftigte den Kläger seit dem 15. November 2021 als Produktionsleiter. Am 26. Oktober 2022 kündigte der Geschäftsführer das Arbeitsverhältnis mündlich. Am 27. Oktober 2022 meldete sich der Kläger arbeitsunfähig krank. Am 28. Oktober erhielt er die schriftliche Kündigung. Der Kläger übersandte der Beklagten ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen als Erstbescheinigung über die Feststellung einer Arbeitsun-

fähigkeit am 27. Oktober 2022 seit diesem Tag bis zum 10. November 2022 und als Folgebescheinigung vom 9. November 2022 über eine Arbeitsunfähigkeit bis zum 30. November 2022. Am 12. November 2022 war der Kläger im Rahmen eines Handballspiels als Spieler aktiv. Am 19. November 2022 war der Kläger bei einem Handballspiel Schiedsrichter. Die Beklagte hat die Rückzahlung der für Oktober und November 2022 geleisteten Entgeltfortzahlung gerichtlich geltend gemacht. Das LAG gab der Klage statt. Der die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zurückverlangende Arbeitgeber trägt die Behauptungs- und Beweislast für das Fehlen eines Entgeltfortzahlungsanspruchs und damit die Abwesenheit einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss der Arbeitgeber durch von ihm darzulegende und ggf. zu beweisende Umstände in ihrem Beweiswert erschüttern. Erklärt sich der Arbeitnehmer nicht zu den konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen und deren Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit, so gilt die Behauptung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer sei nicht infolge Krankheit arbeitsunfähig gewesen, und damit die Rechtsgrundlosigkeit der Entgeltfortzahlung als zugestanden. Was die Erschütterung des Beweiswerts der Bescheinigung angeht, so sind in der Rechtsprechung die passgenau zur Kündigungsfrist erfolgende Krankschreibung und die Missachtung bestimmter Vorgaben aus der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses als Indizien anerkannt. Ein solches Indiz kann sich auch aus beobachteten Freizeit- oder Sportaktivitäten oder dem Erkranken unmittelbar nach dem Zugang der Kündigung ergeben. Was das Ausüben von Freizeitsport während der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit angeht, so ist zwar auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Im Allgemeinen werden begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit zu verneinen sein. In Anwendung dieser Grundsätze und Überlegungen nahm das LAG vorliegend eine Erschütterung des Beweiswerts der ärztlichen Bescheinigungen an. Die Bescheinigungen decken die nach der seitens der Beklagten ausgesprochenen Kündigung noch verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses passgenau ab. Die erste Bescheinigung ist an dem Tag nach dem Ausspruch der mündlichen Kündigung ausgestellt. Dem Kläger wurde eine Arbeitsunfähigkeit für die kommenden 20 Tage bescheinigt worden und somit die Maßgabe aus der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie missachtet. Außerdem stützen die beobachteten Aktivitäten des Klägers im Zusammenhang mit dem Handballsport die Zweifel an einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit. Dies umso mehr, als das wettkampfmäßige Betreiben des Handballsports wohl eine robuste körperliche Verfassung voraussetzt und der Kläger keine Erläuterungen abgegeben hat, weshalb seine Aktivitäten mit einer Arbeitsunfähigkeit vereinbar gewesen sein sollen.

(Wird fortgesetzt)

²³ LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5. Juli 2024 – 12 Sa 1266/23, BeckRS 2024, 19362.