



Herzlich Willkommen zu unserem heutigen Webinar!

Dr. Rüdiger Linck

Vizepräsident und Vorsitzender Richter Bundesarbeitsgericht, 5. Senat

**Aktuelle Rechtsprechung 2024 von
A bis Z anhand 14 x BAG + 1 x EuGH**

info@arbeitsrechtstag.com



© Diese Online-Veranstaltung ist urheberrechtlich geschützt, untersagt sind insbesondere die Aufzeichnungen und andere den §§ 15 ff UrhG u.a. zuwider laufende Handlungen.

Das Webinar wird nicht aufgezeichnet, alle Daten werden nach dem Webinar komplett gelöscht.

Aktuelle Rechtsprechung 2024

Übersicht

1. Annahmeverzug – Böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs
2. Arbeit auf Abruf – 20-Stunden-Fiktion
3. Aufstockung von Teilzeit auf Vollzeit - Anpassung der Vergütung
4. Betriebsrat – Schulungsanspruch - Kostentragung
5. Betriebsübergang - Wirtschaftliche Einheit - Unterrichtung
6. Dusch- und Umkleidezeiten – Vergütung
7. Einrichtungsbezogene Impfpflicht – Freistellung und Abmahnung
8. Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit (Symptomlose SARS-CoV-2-Infektion, Beweiswert der AU-Bescheinigung)
9. Entschädigungsanspruch - Benachteiligung wegen des Geschlechts und wegen einer Behinderung
10. Handyverbot während der Arbeitszeit - Mitbestimmung des Betriebsrats
11. Kündigung – Beleidigende WhatsApp-Chats
12. Mehrarbeitszuschläge – Teilzeit
13. Sonderzahlungen – Freiwilligkeitsvorbehalt - Ablösende Betriebsvereinbarung
14. Urlaubsabgeltung - Doppelarbeitsverhältnis nach unwirksamer Kündigung
15. Weisung außerhalb der Arbeitszeit
16. Weisungsrecht – Abberufung als Betriebsbeauftragter für Abfall

Annahmeverzug – Böswillig unterlassener Verdienst - Regelungsziel

1. Regelungsziel:

- **Pflicht des AN zur angemessenen Rücksichtnahme** auf die Belange des AG. Der AN soll seine Annahmeverzugsansprüche nicht ohne Rücksicht auf den AG durchsetzen können.
- § 11 Nr. 2 KSchG enthält wie § 615 Satz 2 BGB eine **Billigkeitsregelung** (*so bereits Motive zum BGB II S. 209*)

Annahmeverzug – Böswillig unterlassener Verdienst - Grundsätze

2. Der AN **unterlässt böswillig anderweitigen Verdienst**, wenn er
 - a) trotz Kenntnis aller objektiven Umstände **vorsätzlich** untätig bleibt, **Schädigungsabsicht** ist nicht erforderlich. (*BAG 24.1.2024 – 5 AZR 331/22*)
 - b) eine ihm nach **Treu und Glauben (§ 242 BGB)** unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit **nicht aufnimmt**,
 - c) die Aufnahme der zumutbaren Arbeit **bewusst verhindert** (*BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23; 12.10.2022 – 5 AZR 30/22*),
 - d) sich im Hinblick auf die Zahlungspflicht des AG **vorsätzlich mit einer zu geringen Vergütung zufrieden gibt**. (*BAG 24.1.2024 – 5 AZR 331/22*)

Annahmeverzug – Böswillig unterlassener Verdienst - Gesamtabwägung

3. Erforderlich ist stets eine **Gesamtabwägung** der beiderseitigen Interessen.
4. Das **schließt es grundsätzlich aus**, einen bei dieser Gesamtabwägung zu berücksichtigenden Umstand losgelöst von den sonstigen Umständen des Einzelfalls gleichsam **absolut** zu setzen. (*BAG 12.10.2022 – 5 AZR 30/22*)

Annahmeverzug – Böswillig unterlassener Verdienst

5. Berücksichtigung **Sozialrechtliche Handlungspflichten** im Rahmen der Gesamtabwägung:

Sozialrechtliche Handlungspflichten bieten **Anknüpfungspunkte**, können aber nicht „eins zu eins“ übernommen werden. *(BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23)*

- § 38 Abs. 1 SGB III: Pflicht, sich innerhalb von drei Tagen nach Erhalt einer außerordentlichen Kündigung bei der AA **arbeitsuchend zu melden**. *(BAG 12.10.2022 - 5 AZR 30/22)*
- § 2 Abs. 5 SGB III: Pflicht zur **aktiven Mitarbeit** bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit. *(BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23; 27.5.2020 - 5 AZR 387/19)*
- Der AN ist bei Abfassen einer Bewerbung gehalten, alle **Bestrebungen zu unterlassen**, die der **Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses nach außen hin erkennbar entgegenlaufen** und den AG veranlassen, ihn schon vor einer persönlichen Vorstellung aus dem Bewerberkreis auszuschneiden. *(BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23; dazu auch BSG 5.9.2006 - B 7a AL 14/05 R)*

Annahmeverzug – Böswillig unterlassener Verdienst

- Meldet sich der AN bei der AA **arbeitssuchend** und geht er deren **Vermittlungsangeboten** nach, wird ihm regelmäßig keine vorsätzliche Untätigkeit vorzuwerfen sein. (*BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23*)
- Aus § 11 Nr. 2 KSchG kann allerdings nicht abgeleitet werden, der AN dürfe in jedem Falle ein zumutbares Angebot der AA abwarten. Vielmehr kann die Abwägung der Interessen im Einzelfall für ihn auch die **Obliegenheit begründen, ein eigenes Angebot abzugeben**, wenn sich ihm eine realistische zumutbare Arbeitsmöglichkeit bietet. (*BAG 22.3.2017 - 5 AZR 337/16*)
- Der AN ist jedoch nicht generell und ohne weiteres verpflichtet, sich **unermüdlich um eine zumutbare Arbeit zu kümmern**. (*BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23; weitergehend LAG Berlin-Brandenburg 30.9.2022 - 6 Sa 280/22*)

Annahmeverzug – Böswillig unterlassener Verdienst

- Der **AG hat die Möglichkeit, dem AN geeignete Stellenangebote**, zB aus Zeitungsannoncen, Selbstinformationseinrichtungen der AA iSd. § 35 Abs. 3 Satz 1 SGB III oder privaten „Jobportalen“ **zu übermitteln**, um ihn aktiv zur Prüfung anderweitiger Beschäftigungsoptionen zu veranlassen. (*BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23; ebenso so bereits BAG 16.5.2000 – 9 AZR 203/99*)

Annahmeverzug – Böswillig unterlassener Verdienst - Unzumutbarkeit

6. **Unzumutbarkeit** einer anderweitigen Arbeit:

Kann ihren Grund in der **Person des AG**, der **Art der Arbeit** oder den sonstigen **Arbeitsbedingungen** haben.

a) Die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Tätigkeit folgt **nicht allein schon aus einem geringeren Verdienst** im Verhältnis zum bisherigen.

§ 11 Nr. 2 KSchG schließt den Fall mit ein, dass der AG eine **vertragswidrige Arbeit anbietet**, weil das Angebot vertragsgerechter Arbeit zur Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrags bereits den Annahmeverzug beenden würde. (*BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23; 19.1.2022 - 5 AZR 346/21*)

Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst - Unzumutbarkeit

b) Stets **Einzelfallprüfung**:

- AN muss eine **erhebliche Verschlechterung** der Arbeitsbedingungen grundsätzlich nicht hinnehmen.
- Die andere Tätigkeit darf auch nicht mit den Pflichten aus dem gekündigten Arbeitsverhältnis kollidieren, weshalb beispielsweise die Aufnahme einer gegen ein **Wettbewerbsverbot** verstoßenden Konkurrenztaetigkeit unzumutbar wäre.
- Tätigkeit, bei der der zu erzielende **Nettoverdienst unter dem ALG I** liegt, ist regelmäßig als nicht zumutbar anzusehen. (*BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23*)

Annahmeverzug – böswillig unterlassener Verdienst - Beweislast

7. Beweislast:

§ 11 Nr. 2 KSchG enthält eine **Einwendung** gegen den Annahmeverzugsanspruch. Hierfür trägt **grundsätzlich der AG die Darlegungs- und Beweislast** (*im Einzelnen BAG 7.2.2024 - 5 AZR 177/23*).

- Der AG hat im **ersten Schritt** konkret darzulegen, dass für den AN im Verzugszeitraum Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden.
- In Bezug auf die Vermittlungsbemühungen der AA hat er ergänzend einen **Auskunftsanspruch** gegen den AN (*BAG 27.5.2020 - 5 AZR 387/19*).
- **AN** hat sich zu den vom AG behaupteten Tatsachen wahrheitsgemäß und vollständig zu erklären (**sekundäre Darlegungslast**). Er hat sich insbesondere zu etwaigen Vermittlungsvorschlägen und seinen hierauf folgenden Bemühungen einzulassen.
- Die **Feststellungslast** hinsichtlich der Fragen, ob diese Vermittlungsvorschläge „zumutbare“ und im Falle einer Bewerbung verwirklichtbare Erwerbschancen dargestellt haben, bleibt beim AG.

Arbeit auf Abruf – 20-Stunden-Fiktion

1. Bei der Vereinbarung von Arbeit auf Abruf ist nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG eine **Mindestarbeitszeit** festzulegen.
2. **Regelungszweck** ist zu verhindern, dass der AG den AN während des bestehenden Arbeitsverhältnisses überhaupt nicht zur Arbeitsleistung heranzieht.
3. Die **fehlende Festlegung** einer bestimmten Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit führt nicht zur Unwirksamkeit der vereinbarten Arbeit auf Abruf. Vielmehr gilt in diesem Fall nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine wöchentliche Arbeitszeit von **20 Stunden** als vereinbart (*BAG 18.10.2023 – 5 AZR 22/23*).

Arbeit auf Abruf – 20-Stunden-Fiktion

4. Arbeitet der AN im Laufe des Arbeitsverhältnisses tatsächlich länger oder kürzer als die fingierten 20 Stunden/Woche, kann von einer abweichenden Vereinbarung im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** nur dann ausgegangen werden, wenn
 - im konkreten Fall die **gesetzliche Regelung nicht sachgerecht** ist und
 - objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, die Parteien hätten **bei Vertragsschluss** übereinstimmend eine andere Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit gewollt.
5. Daneben kommt nach allgemeinen Grundsätzen auch eine **konkludente Vereinbarung** in Betracht. Im Interesse der Rechtssicherheit sind allerdings **strenge Anforderungen** an die Feststellung eines Vertragsschlusses durch schlüssiges Verhalten zu stellen (*BAG 18.10.2023 – 5 AZR 22/23*).

Aufstockung von Teilzeit auf Vollzeit - Anpassung der Vergütung

1. Sowohl bei der Verkürzung der Arbeitszeit als auch bei deren Verlängerung überlässt das Gesetz die Folgen für die **Gegenleistung der Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien**.
2. **§ 9 TzBfG regelt nicht die Höhe der Arbeitsvergütung** bei einer Verlängerung der Arbeitszeit.
3. Lediglich zum **Schutz der teilzeitbeschäftigten AN** untersagt das Gesetz durch § 4 Abs. 1 TzBfG deren Diskriminierung bei der Vergütung. (*BAG 13.12.2023 – 5 AZR 168/23*)

Aufstockung von Teilzeit auf Vollzeit - Anpassung der Vergütung

- 3. Kommt es nicht zu einer vertraglichen Neuregelung** des Arbeitsentgelts, bedarf es der Anpassung der auf die Teilzeitbeschäftigung zugeschnittenen Vergütungsvereinbarung, denn diese ist durch die Aufstockung auf Vollzeit lückenhaft gewordenen. Erforderlich ist in diesem Fall eine **ergänzende Vertragsauslegung**.
- 4. Sofern keine anderweitigen Anhaltspunkte vorliegen**, ist regelmäßig davon auszugehen, dass **redliche Vertragspartner** bei der Aufstockung von Teilzeit auf Vollzeit zum Zeitpunkt der Verlängerung der Arbeitszeit eine **quotale** dem Umfang der Erhöhung der Arbeitszeit entsprechende Erhöhung der Vergütung vereinbart hätten. (*BAG 13.12.2023 – 5 AZR 168/23*)

Betriebsrat - Schulungsanspruch – Schulungsformat

1. Nach § 40 Abs. 1 iVm § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG hat der AG den BR von den Kosten freizustellen, die anlässlich der Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds an einer Schulungsveranstaltung entstanden sind, sofern das bei der Schulung **vermittelte Wissen für die Betriebsratsarbeit erforderlich** und die mit der Teilnahme verbundene **Kostenbelastung angemessen** ist. Dies kann neben den eigentlichen **Seminargebühren** auch notwendige **Reise-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten** umfassen.
2. Bei der Entscheidung über die Entsendung eines seiner Mitglieder auf eine Schulung hat der BR einen gewissen **Beurteilungsspielraum**.
3. Dieser umfasst grundsätzlich auch die **Auswahl des Schulungsformats** - im vorliegenden Fall: Präsenzs Schulung statt inhaltsgleiches Webinar desselben Schulungsanbieters. (*BAG 7.2.2024 - 7 ABR 8/23*)

Betriebsrat - Schulungsanspruch – Schulungsformat

3. Es hält sich innerhalb des Beurteilungsspielraums, wenn der BR bisherige **Erfahrungen seiner Mitglieder mit Präsenz- und Onlineseminaren** sowie die Möglichkeit einer Fortsetzung des **Gedanken- und Erfahrungsaustausches** über die Gremienarbeit unter den Seminarteilnehmern **außerhalb des eigentlichen Seminarprogramms** berücksichtigt.
4. Dabei durfte der BR die **Erfahrungen und subjektiven Bewertungen seiner Mitglieder** mit Online-Seminaren berücksichtigen. Dies gilt zunächst für den von seinen Mitgliedern aufgrund der Andersartigkeit der Schulungssituation wahrgenommenen geringeren Lernerfolg. Dies gilt aber auch für die Einschätzung, es fehle bei einem Webinar an dem mit einem Präsenzseminar vergleichbaren **und außerhalb des eigentlichen Seminarprogramms fortgesetzten Gedanken- und Erfahrungsaustausch** über die Tätigkeit in einer betrieblichen Interessenvertretung unter den Seminarteilnehmern. (*BAG 7.2.2024 - 7 ABR 8/23*)

Betriebsrat - Schulungsanspruch – Schulungsformat

5. Die durch die Teilnahme an dem Präsenzseminar verursachten **Mehrkosten** (Übernachtungs- und Verpflegungskosten) fallen nicht derart ins Gewicht, dass sich der BR für das Webinar hätte entscheiden müssen.

Sie sind mit 184,77 Euro netto pro Person und pro Tag (1.319,26 Euro insgesamt inkl. Ust.) - auch im **Verhältnis zu den Seminargebühren** (1.818,32 Euro inkl. Ust.) - **nicht derart hoch**, dass eine unangemessene Belastung des AG erkennbar wäre. Mehraufwand (Kosten) und Ertrag (nach Einschätzung des BR bessere Kommunikationsmöglichkeiten und dadurch ein höherer Lernerfolg) stehen nicht derart außer Verhältnis, dass die Entscheidung des BR gegen das Webinar das Kostenschonungsinteresse des AG völlig vernachlässigen würde. (*BAG 7.2.2024 - 7 ABR 8/23*)

Betriebsübergang - Wirtschaftliche Einheit

1. Betriebsübergang

- § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass ein „**Betrieb**“ oder ein „**Betriebsteil**“ durch Rechtsgeschäft auf einen neuen Inhaber übergeht.
- Darunter ist der **Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit** im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit zu verstehen.
- Der Begriff der Einheit bezieht sich auf eine **organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen** zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. (*BAG 21.3.2024 - 2 AZR 79/23*)

Betriebsübergang - Wirtschaftliche Einheit

- Entscheidend ist, dass die wirtschaftliche Einheit ihre schon vor der Übernahme bestandene **Identität „bewahrt“**. Nur wenn eine wirtschaftliche Einheit bereits **vor dem Übergang vorhanden** ist, kann sich die Frage der Wahrung ihrer Identität und damit die Frage eines Betriebs(teil)übergangs überhaupt stellen.
- Der Übergang muss dem Erwerber die **dauerhafte Fortsetzung der Tätigkeiten** oder bestimmter Tätigkeiten des Veräußerers erlauben.
- Demnach sind nur solche Fälle erfasst, in denen die übertragene Einheit bereits vor dem Übergang über eine **ausreichende funktionelle Selbständigkeit verfügte**. Unerheblich ist, wie lange die wirtschaftliche Einheit beim Veräußerer vor dem Betriebsübergang bereits bestanden hat. Sie kann auch **allein zum Zweck der Ermöglichung eines Betriebs(teil)übergangs geschaffen werden**, lediglich „betrügerische oder missbräuchliche“ Fälle haben außer Betracht zu bleiben.
(BAG 21.3.2024 - 2 AZR 79/23)

Betriebsübergang - Unterrichtung

2. Unterrichtung über Betriebsübergang - Widerspruchsrecht

- Das **Widerspruchsrecht** nach § 613a Abs. 6 BGB steht nach der Konzeption von § 613a BGB in einem **wechselseitigen Bezug zur Unterrichtungspflicht** nach § 613a Abs. 5 BGB. Die Unterrichtung ist teleologisch auf das Widerspruchsrecht ausgerichtet. Sie soll den AN **in die Lage versetzen, eine sachgerechte Entscheidung darüber zu treffen**, ob er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Betriebs(teil)inhaber widersprechen will.
- Veräußerer und/oder Erwerber den Arbeitnehmer **so zu informieren**, dass dieser sich über den Gegenstand des Betriebs(teil)übergangs und die Person des Übernehmers sowie über die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände **„ein Bild machen“ kann**. Dem AN soll 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.
- Der Inhalt der Unterrichtung richtet sich nach dem **Kenntnisstand des Veräußerers und des Erwerbers zum Zeitpunkt der Unterrichtung**. Ob eine erfolgte Unterrichtung den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen hat, unterliegt im Ausgangspunkt der gerichtlichen Überprüfung. (*BAG 21.3.2024 - 2 AZR 79/23*)

Betriebsübergang - Unterrichtung

3. Darlegungs- und Beweislast zur Unterrichtung:

- Genügt die Unterrichtung zunächst **formal den gesetzlichen Anforderungen** und ist sie nicht offensichtlich fehlerhaft, ist es **Sache des AN**, der sich auf die Unzulänglichkeit der Unterrichtung beruft, einen behaupteten **Mangel näher darzulegen**. Hierzu ist er im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast nach § 138 Abs. 3 ZPO verpflichtet.
- Dem **bisherigen AG und/oder dem neuen Inhaber** obliegt dann die Darlegungs- und Beweislast für die **ordnungsgemäße Erfüllung der Unterrichtungspflicht**, indem mit entsprechenden Darlegungen und Beweisangeboten die Einwände des AN entkräftet werden. Kommt der AN seiner abgestuften Darlegungslast nicht nach, gilt, abgesehen von einer offensichtlichen Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung, das tatsächliche Vorbringen des AG iSv. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden und die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB als rechtsfehlerfrei.
- Eine **offensichtlich fehlerhafte** und damit unzureichende Unterrichtung liegt nur dann vor, wenn sie über die Person des Betriebserwerbers und/oder in Bezug auf einen in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstand fehlt bzw. unverständlich oder auf den ersten Blick mangelhaft ist. (*BAG 21.3.2024 - 2 AZR 79/23*)

Betriebsübergang - Unterrichtung

4. Anforderungen an den Inhalt der Unterrichtung:

- An den Inhalt der Unterrichtung über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs dürfen **keine im praktischen Leben kaum erfüllbaren Anforderungen** dahingehend gestellt werden, wonach das Unterrichtungsschreiben „**keinen juristischen Fehler**“ enthalten darf (so aber die frühere Rechtsprechung).
- **Fehler, die für den Willensbildungsprozess** der AN, ob sie einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen, regelmäßig **ohne Belang** sind, führen nicht dazu, dass die Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginnt. (*BAG 21.3.2024 - 2 AZR 79/23*)

Betriebsübergang - Unterrichtung

- Die Informationspflicht beinhaltet **keine umfassende Rechtsberatung**. Der Inhalt der Unterrichtung soll den AN nicht über alle ihn möglicherweise treffenden individuellen Folgen des Betriebsübergangs informieren. Es obliegt dem AN, diese zu subsumieren oder weitere Erkundigungen einzuholen.
- Eine Unterrichtung über **komplexe Rechtsfragen** ist dann nicht fehlerhaft, wenn der AG nach angemessener Prüfung der Rechtslage eine **rechtlich vertretbare Position** einnimmt (*hier: Hinweise zu dem auf das auch nach dem Betriebsübergang fortbestehende und durch die ursprüngliche Spaltung entstandene betriebsverfassungsrechtliche Übergangsmandat iSv. § 21a BetrVG*).
- Die Annahme, dem AN hätte als juristischen Laien auch erklärt werden müssen, wann ein Anspruch „**entsteht**“ und wann er „**fällig**“ wird, geht deswegen fehl. (*BAG 21.3.2024 - 2 AZR 79/23*)

Dusch- und Umkleidezeiten – Vergütung

1. Körperreinigungszeiten sind als vergütungspflichtige Arbeitszeit anzusehen, wenn sie **mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängen** und deshalb ausschließlich der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dienen.
2. Von einem **unmittelbaren Zusammenhang** mit der eigentlichen Arbeitsleistung ist zunächst auszugehen, wenn die Körperreinigung durch den AG
 - **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. (*BAG 23.4.2024 – 5 AZR 212/23*)

Dusch- und Umkleidezeiten – Vergütung

3. Körperreinigungszeiten gehören aber **auch dann zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit**, wenn sich der AN 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**.
4. Die Ganzkörperreinigung (**Duschen**) gehört nur dann zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit, wenn die Erbringung der **Arbeitsleistung ohne anschließendes Duschen bei wertender Betrachtung nicht möglich** erscheint und der gesamte Vorgang - arbeiten und duschen - deshalb **fremdnützig** ist.
5. **Maßstab** ist dabei nicht das subjektive Empfinden des einzelnen AN, sondern die **objektivierte Sicht eines verständigen AN**. (*BAG 23.4.2024 – 5 AZR 212/23*)

Dusch- und Umkleidezeiten – Vergütung

5. **Nicht jede** im Verlauf eines Arbeitstags auftretende **Verschmutzung** oder Verunreinigung **„erfordert“** damit ein **Duschen**.

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. (*BAG 23.4.2024 – 5 AZR 212/23*)

Dusch- und Umkleidezeiten – Vergütung

6. Für die Abgrenzung und Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls können **arbeitsschutzrechtliche Vorschriften**, wie zB der Anhang der Arbeitsstättenverordnung (Anforderungen und Maßnahmen für Arbeitsstätten nach § 3 Abs. 1 ArbStättV) und die den Anhang konkretisierenden Technischen Regeln für Arbeitsstätten **Orientierungshilfen** bieten.

So dürften Duschzeiten vergütungspflichtig sein, wenn

- der AN **sehr stark schmutzende Tätigkeiten** oder Arbeiten mit stark geruchsbelästigenden Stoffen ausübt,
- er bei seiner Tätigkeit eine **körpergroßflächige persönliche Schutzausrüstung** trägt oder er Tätigkeiten unter besonderen klimatischen Bedingungen oder bei Nässe verrichtet (vgl. Abschnitt 6 - Waschräume Nr. 6.1 Abs. 1 Kategorie C der Technischen Regeln für Arbeitsstätten Sanitärräume ASR A4.1).

Im Hinblick auf das Duschen anders zu beurteilen sein dürften im Einzelfall die Kategorien der **stark (nicht „sehr stark“) schmutzenden** und der nur **mäßig schmutzenden Tätigkeiten** (vgl. Abschnitt 6 - Waschräume Nr. 6.1 Abs. 1 Kategorie B und A der Technischen Regeln für Arbeitsstätten Sanitärräume ASR A4.1).

Hier wird regelmäßig das **Waschen** der verschmutzten Körperteile ausreichen. Die hierfür erforderliche Zeit ist unter denselben Voraussetzungen vergütungspflichtig wie die Duschzeit. (*BAG 23.4.2024 – 5 AZR 212/23*)

Dusch- und Umkleidezeiten – Bemessung der Zeiten – Schätzung

7. Steht fest, dass **Körperreinigungszeiten auf Veranlassung des AG entstanden sind**, kann aber der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast für den zeitlichen Umfang, in dem diese erforderlich waren, nicht in jeder Hinsicht genügen, hat das Gericht die erforderlichen Umkleide- und Körperreinigungszeiten nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO zu **schätzen**.
- Die für eine Schätzung **unabdingbaren Anknüpfungstatsachen** muss derjenige, der den Erfüllungsanspruch geltend macht, darlegen und beweisen.
 - Es gilt ein **modifizierter subjektiver Maßstab**. „Erforderlich“ ist nur die Zeit, die der einzelne AN für das Umkleiden und Reinigen im Rahmen der objektiven Gegebenheiten unter **Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit** benötigt. (BAG 23.4.2024 – 5 AZR 212/23)

Umkleide- und Wegezeiten - Bemessung

8. Der **Zeitaufwand für das An- und Ablegen** der vom AG vorgeschriebenen und nur im Betrieb zu tragenden **Dienstkleidung** ist vergütungspflichtige Arbeitszeit. Das Umkleiden ist in diesem Fall ausschließlich fremdnützig.
9. Die **Wegezeit des AN vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz und zurück** ist ebenso vergütungspflichtige Arbeitszeit. (*BAG 23.4.2024 – 5 AZR 212/23*)

Dusch- und Umkleidezeiten – Bemessung der Zeiten – Darlegungs- und Beweislast

10. Darlegungs- und Beweislast

- Der **AN** hat zunächst zur **Erforderlichkeit der Umkleidezeit** darzulegen, welche Kleidungsstücke er - ggf. differenzierend nach kühlen und warmen Tagen - an- und abzulegen hat und wie viel Zeit er jeweils für den Umkleidevorgang benötigt.
- Auf entsprechenden Vortrag muss der **AG im Rahmen einer gestuften Darlegungslast substantiiert erwidern.**
- Liegt ein ausreichendes Bestreiten nicht vor, ist der Vortrag des AN als zugestanden anzusehen (§ 138 Abs. 3 ZPO), anderenfalls hat das Tatsachengericht auf Antrag der beweisbelasteten Partei **Beweis zu erheben.**

Dusch- und Umkleidezeiten – Bemessung der Zeiten – Darlegungs- und Beweislast

- Den Parteien stehen hierbei die allgemeinen Beweismittel, einschließlich des Beweises durch **Augenschein** nach § 371 ZPO oder durch Vernehmung von **Zeugen** nach § 373 ZPO zur Verfügung. Ist Beweis angeboten, handelt das Gericht **ermessensfehlerhaft**, wenn es anstatt zunächst den angebotenen Beweis zu erheben, unmittelbar eine **Schätzung** vornimmt.
- Der **Schätzung** nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO unterliegt im Anschluss an eine Beweisaufnahme insbesondere, ob und inwieweit **unterschiedliche Privat- und Arbeitskleidung und sonstige Gegebenheiten** zu unterschiedlichen Zeiten führen können, die ggf. die Annahme einer - geschätzten - arbeitstäglichen **Durchschnittszeit** rechtfertigen. (*BAG 23.4.2024 – 5 AZR 212/23*)

Einrichtungsbezogener Impfnachweis – unbezahlte Freistellung

1. Betreiber von Pflegeeinrichtungen iSd. vormaligen § 20a Abs. 1 IfSG aF durften in der Zeit vom 16.3.2022 bis zum 31.12.2022 nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpfte AN **ohne Fortzahlung der Vergütung von der Arbeit freistellen.**
2. Nach § 20a IfSG aF, der der verfassungsrechtlichen Überprüfung durch das BVerfG standhielt, war nicht nur das Gesundheitsamt berechtigt, einer Person, die den Immunitätsnachweis nicht vorgelegt hatte, **zu untersagen, die jeweilige Einrichtung zu betreten und dort tätig zu werden.**
3. AG als Betreiber von Pflegeeinrichtungen und Krankenhäusern hatten die rechtliche Möglichkeit, **im Wege des Weisungsrechts** nach § 106 Satz 1 GewO die Vorgaben des § 20a IfSG aF **umzusetzen** und die Vorlage eines Immunitätsnachweises für den begrenzten Zeitraum vom 16.3. bis zum 31.12.2022 zur **Tätigkeitsvoraussetzung** zu machen. (*BAG 19.7.2024 - 5 AZR 192/23*)

Einrichtungsbezogener Impfnachweis – unbezahlte Freistellung

4. Dass sich in den Jahren danach Zweifel an der Effektivität dieser Maßnahme ergaben, steht der Wirksamkeit der Weisungen nicht entgegen. Maßgeblich ist insoweit der **Zeitpunkt der Weisung**. Anfang des Jahres 2022 entsprach es ganz überwiegender wissenschaftlicher und auch der vom Bundesministerium für Gesundheit und dem Robert-Koch-Institut vertretenen Auffassung, dass eine Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 vor einer Übertragung des Virus schützt. Hiervon konnte auch der Beklagte ausgehen. (*BAG 19.7.2024 - 5 AZR 192/23*)

Einrichtungsbezogener Impfnachweis - Abmahnung wegen Nichtvorlage eines Impfnachweises

5. In der unterlassenen Vorlage eines Immunitätsnachweises (§ 20a Abs. 2 IfSG aF) liegt danach **keine abmahnfähige Pflichtverletzung**. Das in Art. 2 Abs. 1 GG wurzelnde Selbstbestimmungsrecht der im Pflegebereich Tätigen, in freier Entscheidung eine Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 abzulehnen, sowie deren Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) hatten die AG als **höchstpersönliche Entscheidung der AN** zu respektieren.
6. Wegen des vom Beklagten zu achtenden besonderen Charakters dieser grundrechtlich geschützten Entscheidung der Klägerin erweist sich die Abmahnung als **ungeeignetes Mittel zur Verhaltenssteuerung**. Aufgrund der mit ihr verbundenen Gefährdung des Bestands des Arbeitsverhältnisses ist sie – anders als der vorübergehende Verlust der Entgeltansprüche für die befristete Dauer der Freistellung – eine unangemessene Druckausübung und damit **unverhältnismäßig**. (*BAG 19.7.2024 - 5 AZR 192/23*)

Entgeltfortzahlung bei einer symptomlosen SARS-CoV-2-Infektion

1. Die SARS-CoV-2-Infektion stellt einen **regelwidrigen Körperzustand** und damit eine Krankheit dar, die zur Arbeitsunfähigkeit führt.
2. Eine **Absonderungsanordnung** nach dem IfSG ist **keine eigenständige, parallele Ursache** für Arbeitsunfähigkeit.
3. Das aus der Absonderungsanordnung resultierende **Tätigkeitsverbot** für einen AN, der nicht im Homeoffice arbeiten kann, **beruht gerade auf der Infektion** (Monokausalität). Diese ist die **nicht hinwegzudenkende Ursache** für die nachfolgende Absonderungsanordnung. (*BAG 20.3.2024 – 5 AZR 234/23*)

Entgeltfortzahlung bei einer symptomlosen SARS-CoV-2-Infektion

3. Das **Unterlassen der empfohlenen Corona-Schutzimpfung** für die SARS-CoV-2-Infektion ist grundsätzlich **nicht ursächlich** für die Arbeitsunfähigkeit.
 - Die **Gefahr von Impfdurchbrüchen** ist in die Kausalitätsprüfung einzubeziehen.
 - Die wöchentlichen Lageberichte des RKI und dessen Einschätzung der Impfeffektivität ließen - so das LAG in dem entschiedenen Fall - nicht den Schluss zu, dass Ende Dezember 2021/Anfang Januar 2022 die beim Kläger aufgetretene Corona-Infektion durch die Inanspruchnahme der Schutzimpfung mit der nach **§ 286 ZPO erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit** hätte verhindert werden können. (*BAG 20.3.2024 – 5 AZR 234/23*)

Beweiswert der AU-Bescheinigung

1. Grundsatz:

Der **AN trägt die Darlegungs- und Beweislast** für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG.

2. Einer ordnungsgemäß ausgestellten AU-Bescheinigung kommt ein **hoher Beweiswert** zu.

3. Der AG kann diesen daher **nicht durch einfaches Bestreiten mit Nichtwissen erschüttern**, sondern nur indem er Umstände vorträgt und im Bestreitensfall beweist, die ernsthafte Zweifel an der Erkrankung des AN begründen. *(st. Rspr. zuletzt BAG 13.12.2023 - 5 AZR 137/23)*

Beweiswert der AU-Bescheinigung

4. **Bedeutung der AU-Richtlinie** (s. § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 SGB V):
Diese ist für **AN und AG als Parteien des Arbeitsverhältnisses nicht verbindlich**.
5. Verstöße gegen Regelungen der Richtlinie, die auf **medizinischen Erkenntnissen zur sicheren Feststellbarkeit der Arbeitsunfähigkeit** beruhen, können gleichwohl nach den Umständen des Einzelfalls geeignet sein, den Beweiswert einer AU-Bescheinigung im Rahmen der nach **§ 286 ZPO vorzunehmenden Beweiswürdigung** zu erschüttern.
6. **Unbeachtlich** sind hingegen Verstöße gegen **formale Vorgaben**, die in erster Linie für das kassenrechtliche Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse von Bedeutung sind. (*BAG 28.6.2023 – 5 AZR 335/22*)

Erschütterung des Beweiswerts der AU-Bescheinigung

1. Für die Beurteilung des Beweiswerts einer **AU-Bescheinigung, die nach Ausspruch einer Kündigung ausgestellt** worden ist, ist **nicht entscheidend**, ob die Kündigung **vom AG erklärt** wurde oder es sich um eine **Eigenkündigung des AN** handelt. (*BAG 13.12.2023 - 5 AZR 137/23*)
2. Der **Beweiswert** einer AU-Bescheinigung kann auch bei einer Kündigung durch den AG **erschüttert** sein, wenn der AN eine nach Zugang der Kündigung ausgestellte Bescheinigung vorlegt und nach den **Gesamtumständen** des zu würdigenden Einzelfalls Indizien bestehen, die **ernsthafte Zweifel** an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers begründen. (*BAG 8.9.2021 - 5 AZR 149/21; 13.12.2023 - 5 AZR 137/23*)

Erschütterung des Beweiswerts der AU-Bescheinigung

- 3. Ernsthafte Zweifel am Beweiswert** einer AU-Bescheinigung können **auch dann** bestehen, wenn für die Dauer der Kündigungsfrist **mehrere Bescheinigungen** vorgelegt werden.

Insoweit ist zu beachten, dass nach **§ 5 Abs. 4 Satz 1 der AU-Richtlinien** die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit im Grundsatz **nicht für einen mehr als zwei Wochen im Voraus** liegenden Zeitraum bescheinigt werden soll. (*BAG 13.12.2023 – 5 AZR 137/23*)

Beweiswert der AU-Bescheinigung- neue Fragen

1. Seit dem 1.1.2023 gilt **§ 5 Abs. 1a EFZG** für in einer gesetzlichen Krankenkasse versicherte AN.
2. Nach **§ 109 Abs. 1 S. 1 SGB IV** hat die gesetzliche Krankenkasse nach Eingang der vom Arzt an sie übermittelten Arbeitsunfähigkeitsdaten (§ 295 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V) eine **Meldung zum Abruf für den AG** zu erstellen, die insbesondere die folgenden Daten enthält:

Beweiswert der AU-Bescheinigung- neue Fragen

- den **Namen** des Beschäftigten,
- **Beginn und Ende** der Arbeitsunfähigkeit,
- das **Datum der ärztlichen Feststellung** der Arbeitsunfähigkeit,
- die Kennzeichnung als **Erst- oder Folgemeldung** und
- die Angabe, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Arbeitsunfähigkeit auf einem **Arbeitsunfall oder sonstigen Unfall** oder auf den Folgen eines Arbeitsunfalls oder sonstigen Unfalls beruht.

Nicht: Name des Arztes.

Beweiswert der AU-Bescheinigung – Neue Fragen

3. Den AN trifft nach § 5 Abs. 1a S. 2 EFZG die **Obliegenheit**, sich vom behandelnden Arzt eine **ärztliche Bescheinigung** nach § 5 Abs. 1 S. 2 oder 4 EFZG aushändigen zu lassen.
 - **Gesetzesbegründung:** Damit bleibt dem AN die **Papierbescheinigung als gesetzlich vorgesehene Beweismittel** mit dem ihr von der Rechtsprechung zugebilligten hohen Beweiswert erhalten, um insbesondere in Störfällen das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit als Voraussetzung der Entgeltfortzahlung außerprozessual und prozessual nachzuweisen (*BT-Drs. 19/13959, 37*).

Beweiswert der AU-Bescheinigung – Neue Fragen

4. Fragen:

- Hat die von der Krankenkasse übermittelte **Meldung der Arbeitsunfähigkeit einen Beweiswert?**
- Kann der AG vom AN die **Vorlage der Papierbescheinigung ohne weiteres verlangen?**
- Welche Bedeutung kommt **§ 275 Abs. 1a S. 3 SGB V** noch zu?
- Entspricht die elektronische Meldung der Arbeitsunfähigkeit den **Anforderungen des § 7 Abs. 1 EFZG?**

Beweiswert der AU-Bescheinigung – Neue Fragen

5. Welche Bedeutung kommt **§ 92 Abs. 4a SGB V** zu?

„Der Gemeinsame Bundesausschuss beschließt (in den AU-Richtlinien) Regelungen zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der ausschließlichen **Fernbehandlung** in geeigneten Fällen. Bei der Festlegung der Regelungen nach Satz 1 ist zu beachten, dass im Falle der **erstmaligen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit** im Rahmen der ausschließlichen Fernbehandlung diese nicht über einen Zeitraum von **bis zu drei Kalendertagen** hinausgehen und ihr keine Feststellung des Fortbestehens der Arbeitsunfähigkeit folgen soll. ... In Ergänzung der nach Satz 1 beschlossenen Regelungen beschließt der Gemeinsame Bundesausschuss **bis zum 31.1.2024** in den Richtlinien Regelungen zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bei Erkrankungen, die keine schwere Symptomatik vorweisen sowie ausschließlich bezogen auf in der jeweiligen ärztlichen Praxis bekannte Patientinnen und Patienten auch nach **telefonischer Anamnese**.“

Beweiswert der AU-Bescheinigung – Neue Fragen

6. Die neue AU-Richtlinie vom 7.12.2023 zur **Videosprechstunde**:
- Nach § 4 Abs. 5 S. 4 bis 6 der AU-Richtlinie soll im Fall einer Videosprechstunde die erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit für Versicherte, die dem Arzt aufgrund früherer Behandlung **nicht unmittelbar persönlich bekannt** sind, über einen Zeitraum von **bis zu drei Kalendertagen** nicht hinausgehen.
 - Ist der Versicherte hingegen **unmittelbar persönlich bekannt**, kann eine erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Wege einer Videosprechstunde für einen Zeitraum von **bis zu sieben Kalendertagen** erfolgen.
 - Die **Feststellung des Fortbestehens der Arbeitsunfähigkeit** im Rahmen der Videosprechstunde soll **nur** erfolgen, wenn bei der oder dem Versicherten **bereits zuvor aufgrund unmittelbar persönlicher Untersuchung** durch den Vertragsarzt Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit festgestellt worden ist.

Beweiswert der AU-Bescheinigung – Neue Fragen

7. Die neue AU-Richtlinie vom 7.12.2023 zur **telefonischen Anamnese (§ 4 Abs. 5a AU-Richtlinie)**:

„Sofern die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit **im Rahmen einer Videosprechstunde nicht möglich** ist, kann diese bei Versicherten mit Erkrankungen, die **keine schwere Symptomatik** vorweisen, entsprechend der **Vorgaben nach Absatz 5** auch nach telefonischer Anamnese mit der Maßgabe erfolgen, dass die **erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit** über einen **Zeitraum von bis zu fünf Kalendertagen nicht hinausgehen** soll. Dies gilt nicht für Versicherte nach Absatz 5 Satz 4 (= nicht unmittelbar persönlich bekannte Versicherte).“

Beweiswert der AU-Bescheinigung – Neue Fragen



Nur: All diese einschränkenden Voraussetzungen für die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit sind **weder der elektronischen Meldung** der Krankenkasse **noch** der in § 5 Abs. 1a S. 2 EFZG aufgeführten **AU-Bescheinigung zu entnehmen.**

Beweiswert der AU-Bescheinigung – Neue Fragen



Weiter: Abweichende Rechtsprechung des BSG zum Anspruch auf Krankengeld:

*„§ 46 S. 1 Nr. 2 SGB V setzt unabdingbar sowohl bei der Erstfeststellung der AU als auch bei nachfolgenden Feststellungen die **persönliche Untersuchung** des Versicherten durch einen Arzt voraus. **Eine telefonische Befragung genügt nicht.** Dies folgt schon aus der durch das **Wirtschaftlichkeitsgebot** des § 12 Abs. 1 SGB V vorgegebenen Notwendigkeit, Krankengeld nur auf der Grundlage einer **bestmöglich fundierten ärztlichen Einschätzung** zu gewähren.“ (BSG 16.12.2014 - B 1 KR 25/14 R – Rn. 13)*

Entschädigungsanspruch - Schwerbehinderter Bewerber

1. Das **Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG** untersagt im Anwendungsbereich des AGG eine **Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes**, ua. wegen des Geschlechts und wegen einer Behinderung.
2. Zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund bzw. zwischen der Benachteiligung und der Schwerbehinderung muss ein **Kausalzusammenhang** bestehen. (*BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22*)

Entschädigungsanspruch - Schwerbehinderter Bewerber - Darlegungs- und Beweislast

3. Darlegungs- und Beweislast:

- Grundsätzlich trägt die **Person, die einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend macht**, die Darlegungslast für das Vorliegen seiner Voraussetzungen.
- § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen **im Hinblick auf den Kausalzusammenhang** jedoch eine **Erleichterung der Darlegungslast**, eine **Absenkung des Beweismaßes** und eine **Umkehr der Beweislast** vor.
- Wenn im Streitfall die eine Partei **Indizien beweist**, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. einer Schwerbehinderung vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.
- Es bedarf des **Vortrags von Indizien, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen**, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. wegen der Schwerbehinderung erfolgt ist. Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen. (*BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22*)

Entschädigungsanspruch - Begriff des Geschlechts

4. Der Begriff des Geschlechts in § 1 AGG bezieht sich auf die biologische Zuordnung zu einer Geschlechtsgruppe und erfasst auch die **geschlechtliche Identität von Menschen**, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind.

Damit werden **intersexuelle, zweigeschlechtliche bzw. intergeschlechtliche Menschen** vor geschlechtsbezogenen Benachteiligungen **geschützt**. (*BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22*)

Entschädigungsanspruch - Stellenausschreibung

5. Stellenausschreibung:

- Schreibt der AG eine Stelle entgegen § 11 AGG unter **Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG** aus, kann dies die **Vermutung iSv. § 22 AGG begründen**, dass die sich erfolglos bewerbende Person im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Merkmals iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde.
- Zur Vermeidung der Vermutungswirkung in Bezug auf das in § 1 AGG enthaltene Merkmal „Geschlecht“ hat eine **Ausschreibung daher geschlechtsneutral** zu erfolgen. Sie muss sich an **Menschen jedweden Geschlechts** richten, nicht nur an Männer und Frauen.
- Aus der **Verwendung des Gendersterns** bei der Stellenausschreibung („Fallmanager*innen“) kann **nicht geschlossen** werden, dass nicht eingestellte **zweigeschlechtliche Menschen** im Auswahlverfahren wegen ihres Geschlechts **benachteiligt** wurden.
- Durch die Verwendung des Gendersterns als symbolhaftes Sonderzeichen wird **typischerweise mitgeteilt**, dass sich die Ausschreibung an jede die Anforderungen erfüllende Person richtet und **das Geschlecht - gleich welches - bei der Auswahlentscheidung keine Rolle spielen wird.** (BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22)

Entschädigungsanspruch - Stellenausschreibung

6. Würdigung des Gesamtzusammenhangs

- Die **Ansprache „schwerbehinderter Bewerberinnen und Bewerber“** im weiteren Text der Stellenausschreibung indiziert keine Benachteiligung zweigeschlechtlicher Menschen. Die Formulierung bezieht sich zwar nur auf Männer und Frauen. Aus dem **Gesamtzusammenhang der Ausschreibung** ergibt sich jedoch, dass auch schwerbehinderte zweigeschlechtliche Menschen zu einer Bewerbung aufgefordert werden sollen. Schon der voranstehend verwendete Genderstern verdeutlicht die Geschlechtsneutralität.
- Die **unterlassene Verwendung der gewünschten Anrede „Sehr geehrte* Herm“** stellt keine Benachteiligung wegen des Geschlechts. Die Nichtberücksichtigung dieses Wunsches lässt nicht auf eine Benachteiligung schließen, weil der AG auch aus Gründen des Diskriminierungsschutzes nicht gehalten ist, eine eher unbekannte und unübliche Ausdrucksweise zu verwenden. Zudem hat er in einer weiteren E-Mail wunschgemäß die Anrede „Herm“ verwendet. (*BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22*)

Schwerbehinderter Bewerber - Sonderregelungen

7. Nach § 165 Satz 3 SGB IX werden schwerbehinderte Menschen, die sich auf einen Arbeitsplatz bei einem **öffentlichen Arbeitgebers** beworben haben, **zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen**. Insoweit ist der schwerbehinderte bzw. diesem gleichgestellte Bewerber im Bewerbungsverfahren besser gestellt als nicht schwerbehinderte Konkurrenten.
- Schwerbehinderte Bewerber sollen durch das in § 165 Satz 3 SGB IX genannte Vorstellungsgespräch ihre **Chancen im Auswahlverfahren verbessern können**. Nach § 165 Satz 4 SGB IX ist eine Einladung nur **entbehrlich**, wenn die fachliche Eignung **offensichtlich fehlt**.
 - Ein **individueller Anspruch** bzw. ein individuelles Recht des schwerbehinderten Bewerbers auf eine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch **besteht nicht**. (*BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22*)

Schwerbehinderter Bewerber - Sonderregelungen

- Der **Verstoß** des öffentlichen Arbeitgebers gegen die in § 165 Satz 3 SGB IX geregelte Pflicht zur Einladung begründet aber regelmäßig die **Vermutung einer Benachteiligung** wegen der (Schwer)Behinderung. Dies setzt jedoch voraus, dass dem AG die Schwerbehinderung des Bewerbers **bekannt war oder er diese kennen musste**.
- Ein Bewerber, der seine Schwerbehinderung bei der Behandlung seiner Bewerbung berücksichtigt wissen will, muss aufgrund der ihn nach § 241 Abs. 2 iVm. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB treffenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Interesse des AG an einem ordnungsgemäßen Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren und an einer möglichst zügigen Entscheidung über die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle den **potentiellen AG rechtzeitig in Kenntnis setzen**. (*BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22*)

Schwerbehinderter Bewerber - Vorstellungstermin

8. Die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch nach § 165 Satz 3 SGB IX ist **nicht mit dem Anbieten eines einzigen Vorstellungstermins erfüllt**, wenn der schwerbehinderte Mensch seine Verhinderung vor der Durchführung des Termins unter Angabe eines **hinreichend gewichtigen Grundes** mitteilt und dem AG bei Vornahme einer Gesamtschau das Anbieten eines **Ersatztermins** in zeitlicher und organisatorischer Hinsicht **zumutbar**. Maßgeblich sind die Umstände des **Einzelfalls**.
- **Informiert der schwerbehinderte Bewerber den öffentlichen Arbeitgeber** unter Angabe von Gründen über das beabsichtigte Nichterscheinen, ist der AG verpflichtet, das Angebot eines Ersatztermins zu prüfen, falls die Absage ein weiterhin bestehendes Interesse an einer Vorstellung erkennen lässt.
 - Insbesondere bei einer **kurzfristigen Erkrankung** wird eine Verschiebung der Vorstellung bei organisatorischer Machbarkeit regelmäßig zumutbar sein. Gleiches gilt, falls der Bewerber seine Verhinderung **mit Ortsabwesenheit oder einer zeitlichen Kollision mit einem anderen Termin** begründet und belegt, zB gebuchte Urlaubsreise, Arztbesuch. (*BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22*)

Schwerbehinderter Bewerber - Vorstellungstermin

- Eine Einschätzung der Situation ist dem AG dagegen nicht möglich, wenn der Bewerber zu einem angebotenen Vorstellungstermin **ohne Absage nicht erscheint** oder die Absage **keine nachvollziehbare Begründung** anführt. Es ist dann schon nicht ausgeschlossen, dass der Bewerber kein Interesse an der Bewerbung mehr hat.
- Im Rahmen der wechselseitigen Rücksichtnahmepflichten ist es **Sache des Bewerbers, seine Beweggründe zu kommunizieren** und damit für Klarheit zu sorgen.
- Dem AG ist es **nicht zuzumuten, die Hintergründe des Nichterscheinens bzw. der Absage zu eruieren**. Es besteht daher weder eine Verpflichtung des Arbeitgebers zu gesonderter Kontaktaufnahme mit dem Bewerber noch ist ein Ersatztermin veranlasst. (*BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22*)

Schwerbehinderter Bewerber - Vorstellungstermin

- **Hier:** Aus der E-Mail der klagenden Partei und dem darin enthaltenen Hinweis auf einen „anderen Termin in Brandenburg“ ergab sich **nichts zur Bedeutung und Verschiebbarkeit** dieses Termins. Demgegenüber bestanden näher beschriebene **organisatorische Schwierigkeiten** für den AG bei Ermöglichung eines Ersatztermins infolge von über 200 durchzuführenden Stellenbesetzungsverfahren im Jahr 2019 und die **Dringlichkeit der konkreten Stellenbesetzung**.

Diese wechselseitigen Interessen hat das LAG abgewogen und angenommen, dass die Interessen des beklagten AG am Festhalten an dem vorgesehenen Termin für das Vorstellungsgespräch die Interessen der klagenden Partei an der Ermöglichung eines Ersatztermins überwiegen. (BAG 23.11.2023 - 8 AZR 164/22)

Handyverbot während der Arbeitszeit - Mitbestimmung des Betriebsrats

1. Das nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige **Ordnungsverhalten** ist berührt, wenn die arbeitgeberseitige Maßnahme darauf gerichtet ist, das kollektive Miteinander der AN zu gestalten oder die Ordnung des Betriebs zu gewährleisten und aufrechtzuerhalten.
2. Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar abgefordert oder konkretisiert wird und die daher das **Arbeitsverhalten** betreffen, unterliegen hingegen nicht der Mitbestimmung des BR.
3. Dazu gehören auch Anweisungen des AG, die darauf abzielen, die **ordnungsgemäße Erbringung der zu verrichtenden Tätigkeiten** durch die AN sicherzustellen. (*BAG 17.10.2023 – 1 ABR 24/22*)

Handyverbot während der Arbeitszeit - Mitbestimmung des Betriebsrats

4. Wirkt sich eine Weisung des AG **nicht nur auf das Arbeitsverhalten, sondern auch auf das Ordnungsverhalten** aus, unterliegt sie nicht schon deshalb der Mitbestimmung des BR. Das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts hängt vielmehr vom **überwiegenden Regelungszweck** der Maßnahme ab. Dieser ist objektiv im Weg einer qualitativen Gewichtung der Einzelfallumstände zu bestimmen.
5. Das **Verbot eines AG, Mobiltelefone** und Smartphones während der Arbeitszeit **zu privaten Zwecken zu benutzen**, um die ordnungsgemäße Erledigung der vertraglich geschuldeten Arbeit sicherzustellen, betrifft überwiegend das **Arbeitsverhalten** und unterliegt deshalb nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.
6. Für das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts ist es **unerheblich**, ob die arbeitgeberseitige Maßnahme **individualrechtlich zulässig** oder - etwa wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts - unzulässig ist. (*BAG 17.10.2023 – 1 ABR 24/22*)

Außerordentliche Kündigung – Beleidigende WhatsApp-Chats

1. **Grobe Beleidigungen** des AG oder seiner Vertreter oder von Arbeitskollegen, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeuten, stellen eine **erhebliche Pflichtverletzung** dar, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen kann.
2. Bei der rechtlichen Würdigung der ehrverletzenden Äußerungen sind die **Umstände zu berücksichtigen, unter denen sie gefallen sind**. Geschah dies in einem **vertraulichen Austausch unter Arbeitskollegen**, vermögen sie eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen. Entscheidend ist, ob der AN sicher davon ausgehen durfte, dass seine Kollegen die Äußerungen für sich behalten würden.

BAG 24.08.2023 – 2 AZR 17/23

Außerordentliche Kündigung – Beleidigende WhatsApp-Chats

3. Bei **ehrverletzenden Äußerungen über nicht anwesende Dritte** besteht in besonders engen Lebenskreisen eine beleidigungsfreie Sphäre, wenn die Äußerung Ausdruck des besonderen Vertrauens ist und keine begründete Möglichkeit ihrer Weitergabe besteht.
4. Der **Kreis möglicher Vertrauenspersonen** ist dabei nicht auf Ehegatten oder Eltern beschränkt, sondern erstreckt sich auf ähnlich enge - auch rein freundschaftliche - Vertrauensverhältnisse.
5. Entscheidend für den grundrechtlichen Schutz der Vertrauensbeziehung ist allerdings, dass ein Verhältnis zwischen den an der Kommunikation beteiligten Personen besteht, das dem **Verhältnis vergleichbar ist, wie es in der Regel zu nahestehenden Familienangehörigen besteht**.
6. Allein der Umstand, dass **Äußerungen in einer privaten Chatgruppe** erfolgt sind, führt nicht dazu, ihnen von vornherein eine Vertragspflichtwidrigkeit abzusprechen, wenn sie auf Vorgesetzte und Kollegen und damit auf betriebliche Umstände bezogen sind.

BAG 24.08.2023 – 2 AZR 17/23

Außerordentliche Kündigung – Beleidigende WhatsApp-Chats

7. Maßgeblich ist damit, ob der **AN sicher davon ausgehen durfte**, dass seine Kollegen die **Äußerungen für sich behalten** würden.
8. Der **AN hat im Prozess dazulegen**, warum er angesichts der Größe und Zusammensetzung des beteiligten Personenkreises berechtigt erwarten durfte, seine Äußerungen würden von keinem Beteiligten an Dritte weitergegeben.
9. Ein **Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot** kommt nur in Betracht, wenn die Nichtberücksichtigung von Vorbringen oder eines Beweismittels wegen einer durch Unionsrecht oder Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Rechtsposition des AN zwingend geboten ist.
10. Wegen des Anspruchs auf **rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG** kommt ein solches Verbot nur dann in Betracht, wenn dies wegen einer grundrechtlich geschützten Position einer Prozesspartei zwingend geboten ist.

BAG 24.08.2023 – 2 AZR 17/23

Mehrarbeitszuschläge - Teilzeitarbeit

1. § 4 Nr. 1 Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG ist dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung, die die Zahlung einer **zusätzlichen Vergütung für Teilzeitbeschäftigte und für vergleichbare Vollzeitbeschäftigte** einheitlich daran knüpft, dass dieselbe Zahl Arbeitsstunden bei einer bestimmten Tätigkeit wie dem Flugdienst eines Flugzeugführers überschritten wird, eine „**schlechtere**“ **Behandlung der Teilzeitbeschäftigten** im Sinne dieser Vorschrift darstellt. (*EuGH 19.10.2023 - C-660/20 [Lufthansa CityLine]*)

Mehrarbeitszuschläge - Teilzeitarbeit

2. § 4 Nrn. 1 und 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81 ist dahin auszulegen, dass er einer **nationalen Regelung entgegensteht**, die die Zahlung einer zusätzlichen Vergütung für Teilzeitbeschäftigte und für vergleichbare Vollzeitbeschäftigte einheitlich daran knüpft, dass dieselbe Zahl Arbeitsstunden bei einer bestimmten Tätigkeit wie dem Flugdienst eines Flugzeugführers überschritten wird, um eine **besondere Arbeitsbelastung bei dieser Tätigkeit** auszugleichen. (*EuGH 19.10.2023 - C-660/20 [Lufthansa CityLine]*)

Mehrarbeitszuschläge - Teilzeitarbeit

3. Eine Regelung, die vorsieht, dass die Zahlung von Überstundenzuschlägen an Teilzeitbeschäftigte nur erfolgt, wenn diese über die regelmäßige Arbeitszeit Vollzeitbeschäftigter hinaus arbeiten, kann **nicht dadurch gerechtfertigt** werden, dass hierdurch der **AG davon abgehalten** werden soll, für AN Überstunden anzuordnen, die über die individuell in ihren Arbeitsverträgen vereinbarte Arbeitszeit hinausgehen.

Grund: Eine solche Regelung bewirkt in Wirklichkeit einen **Anreiz** für den Arbeitgeber, Überstunden **eher bei Teilzeitbeschäftigten** anzuordnen als bei Vollzeitbeschäftigten. (*EuGH 29.7.2024 - C-184/22 und C-185/22 [KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation]*)

Mehrarbeitszuschläge - Teilzeitarbeit

4. Eine solche Regelung kann nach Auffassung des EuGH auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass hierdurch eine **Schlechterstellung Vollzeitbeschäftigter verhindert** werden soll.

Grund: Die **Prämisse**, wonach es einer **schlechteren Behandlung von Vollzeitbeschäftigten** gleichkommt, weil Teilzeitbeschäftigte für die gleiche Zahl geleisteter Stunden ein höheres Entgelt erhalten, ist nach Auffassung des EuGH **fehlerhaft**.

Abzustellen ist danach **nicht auf die Zahl der geleisteten Stunden**, sondern darauf, dass **mehr als vereinbart** gearbeitet wird.

Mehrarbeitszuschläge - Teilzeitarbeit

5. Eine **mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts** liegt auch dann vor, wenn
- erwiesen ist, dass die in Frage stehende Regelung einen **signifikant höheren Anteil von Personen weiblichen Geschlechts** als Personen männlichen Geschlechts benachteiligt.
 - **Nicht zwingend erforderlich** ist, dass die Gruppe der durch diese Regelung **nicht benachteiligten AN** – hier die Vollzeitbeschäftigten – **gleichzeitig aus erheblich mehr Männern als Frauen** besteht.

Hier: 35 % der männlichen AN, die der in Rede stehenden Regelung unterliegen, sind teilzeitbeschäftigt und von dieser Regelung nachteilig betroffen sind. Der Anteil der weiblichen Arbeitnehmer des Beklagten, die teilzeitbeschäftigt und nachteilig von dieser Regelung betroffen sind, ist erheblich höher.

Sonderzahlungen - Freiwilligkeitsvorbehalt

1. Die Klausel in einem Arbeitsvertrag

"Diese Sonderzahlung sowie die Gewährung sonstiger Leistungen durch den AG, insbesondere in Form sonstiger Gratifikationen, Prämien oder Sondervergütungen erfolgt stets freiwillig. Auch durch mehrmalige Zahlungen in gleicher Höhe wird ein Rechtsanspruch für die Zukunft weder dem Grunde noch der Höhe nach begründet."

ist **unangemessen benachteiligend (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB)**.

- Die Klausel stellt **nicht** auf den **Entstehungsgrund** etwaiger Ansprüche ab. Damit lässt sie die Auslegung zu, dass der Vorbehalt auch spätere Individualabreden über die Zahlung sonstiger Leistungen erfasst. Nach § 305b BGB haben **individuelle Vertragsabreden jedoch Vorrang vor AGB**. Mit diesem Vorrang der Individualabrede ist ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt nicht zu vereinbaren. (*BAG 15.11.2023 – 10 AZR 288/22*)

Sonderzahlungen - Freiwilligkeitsvorbehalt

2. Steht der **Freiwilligkeitsvorbehalt im Kontext mit einer Regelung, die einen Anspruch auf die Sonderzahlung begründet**

„Du erhältst einen leistungsabhängigen Zielbonus von 15% des brutto Basisjahresgehaltes, der im freien Ermessen von N steht und jederzeit geändert oder ergänzt werden kann“,

erweist sich die Klausel als **intransparent** iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

- Der **Freiwilligkeitsvorbehalt** will **ausschließen**, dass durch die Zahlung ein **Rechtsanspruch für die Zukunft** begründet wird. Das steht im **Widerspruch** zu der Abrede, die einen **Anspruch auf einen Bonus vermittelt**. Sie ist deshalb nicht klar und verständlich iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. (*BAG 15.11.2023 – 10 AZR 288/22*)

Sonderzahlungen – Gewährung nach freiem Ermessen

3. Eine vertragliche Vereinbarung, die dem AG bei der Gewährung eines Bonus **freies Ermessen einräumt**, weicht vom gesetzlichen Leitbild des § 315 Abs. 1 BGB ab, weil das Korrektiv der vollen gerichtlichen **Kontrolle der Leistungsbestimmung** fehlt.

Darin liegt eine **unangemessene Benachteiligung** des AN iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 iVm. Abs. 2 Nr. 1 BGB. (*BAG 15.11.2023 – 10 AZR 288/22*)

Sonderzahlungen – Betriebsvereinbarungen

4. Die Betriebsparteien können einen Bonusanspruch, der auch Entgeltcharakter hat, **nicht davon abhängig machen**, dass das **Arbeitsverhältnis bis zum Ende des Fiskaljahres besteht**.
- Die von den Betriebsparteien zu wahrenen **Grundsätze des Rechts (§ 75 Abs. 1 BetrVG)** erstrecken sich auf die geltende Rechtsordnung, die das Arbeitsverhältnis gestaltet und auf dieses einwirkt.
 - Dazu zählt auch **§ 611a Abs. 2 BGB**, nach dem der AG zur Erbringung der vereinbarten Gegenleistung verpflichtet ist, soweit der **vorleistungsverpflichtete AN** die ihm obliegende Arbeitsleistung erbracht hat. Die Auszahlung verdienten Entgelts ist daher nicht davon abhängig, dass weitere Zwecke erfüllt werden. Diese gesetzliche Wertung bindet auch die Betriebsparteien.
 - Diesen Anforderungen genügt eine **Stichtagsregelung** nicht, die einen Bonusanspruch davon abhängig macht, dass das Arbeitsverhältnis bis zum Ende des Fiskaljahres besteht. Sie **entzieht den betroffenen AN Vergütung, die durch Arbeitsleistung bereits verdient wurde**, und erschwert dadurch das Kündigungsrecht in unverhältnismäßiger Weise. (*BAG 15.11.2023 – 10 AZR 288/22*)

Sonderzahlung - Gesamtzusage - ablösende Betriebsvereinbarung

1. Eine **Gesamtzusage** ist die an alle AN des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete ausdrückliche **Willenserklärung des AG**, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen. Das in der Zusage liegende **Angebot wird gemäß § 151 Satz 1 BGB angenommen** und ergänzender Inhalt des Arbeitsvertrags.
2. Die AN - **auch die nachträglich in den Betrieb eintretenden** - erwerben einen einzelvertraglichen Anspruch auf die zugesagten Leistungen, wenn sie die Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Dabei wird die Gesamtzusage bereits dann wirksam, wenn sie gegenüber den AN in einer Form verlautbart wird, die den einzelnen **AN typischerweise in die Lage versetzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen**. Auf dessen konkrete Kenntnis kommt es nicht an. (*BAG 24.1.2024 – 10 AZR 33/23*)

Sonderzahlung - Gesamtzusage - ablösende Betriebsvereinbarung

3. Eine Gesamtzusage kann wie jede vertragliche Regelung „**betriebsvereinbarungsoffen**“ gestaltet sein.
 - Erforderlich ist ein **ausdrücklicher oder stillschweigender Vorbehalt** der Ablösung durch eine spätere Betriebsvereinbarung.
 - Eine solche Vereinbarung kommt namentlich bei **betrieblichen Einheitsregelungen (AGB) und Gesamtzusagen** in Betracht. (*BAG 24.1.2024 – 10 AZR 33/23*)

Sonderzahlung - Gesamtzusage - ablösende Betriebsvereinbarung

4. Mit der Verwendung von AGB und Gesamtzusagen macht der AG für den AN erkennbar deutlich, dass **im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen**. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde dem entgegen.
5. Da AGB ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine **Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände** gerichtet sind, kann aus Sicht eines verständigen und redlichen AN nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom AG gestellten Arbeitsbedingungen um solche handelt, die einer, möglicherweise auch verschlechternden **Änderung durch Betriebsvereinbarung** zugänglich sind.
6. Etwas anderes gilt nur dann, wenn AG und AN ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen. (*BAG 30.1.2019 – 5 AZR 442/17*)

Urlaubsabgeltung - Doppelarbeitsverhältnis nach unwirksamer Kündigung

1. Für das Entstehen des Urlaubsanspruchs ist ohne Bedeutung, dass der AN in einem **Kündigungsschutzprozess** den Fortbestand seines gekündigten Arbeitsverhältnisses geltend macht und währenddessen ein **anderes Arbeitsverhältnis eingeht**.
2. Wird der **Kündigungsschutzklage stattgegeben**, bestehen zunächst in **beiden Arbeitsverhältnissen Urlaubsansprüche**, obwohl der AN die Pflichten aus beiden Arbeitsverhältnissen nicht gleichzeitig erfüllen konnte. (*BAG 5.12.2023 – 9 AZR 230/22*)

Urlaubsabgeltung - Doppelarbeitsverhältnis nach unwirksamer Kündigung

3. Um die **Verdoppelung von Urlaubsansprüchen** und die damit einhergehende Besserstellung des gekündigten AN zu vermeiden, ist der vom neuen AG gewährte Urlaub in **analoger Anwendung von § 11 Nr. 1 KSchG** auf die Urlaubsansprüche gegen den ursprünglichen AG anzurechnen, wenn der AN die Arbeitspflichten aus beiden Arbeitsverhältnissen **nicht hätte kumulativ erfüllen** können.
4. Die Anrechnung ist **kalenderjahresbezogen** vorzunehmen. Nur so wird gewährleistet, dass der AN auch bei kalenderjahresübergreifenden Sachverhalten seinen gesetzlichen Mindesturlaub erhält.
5. Die Anrechnung führt dazu, dass in dem Augenblick, in dem der neue AG dem AN **Urlaub gewährt**, der Urlaubsanspruch gegen den kündigenden AG **in eben diesem Maße gemindert wird.** (*BAG 5.12.2023 – 9 AZR 230/22*)

Urlaubsabgeltung - Doppelarbeitsverhältnis nach unwirksamer Kündigung

6. Ist die **Urlaubsvergütung**, die der AN von seinem **neuen AG** bezogen hat, **geringer** als die Urlaubsvergütung beim alten AG, ist von der **Gesamtvergütung**, die der unwirksam kündigende AG nach § 11 Nr. 1 KSchG schuldet, ein geringerer Betrag **in Abzug zu bringen**.
7. **Konsequenz:** Der AN kann dann den AG des Ausgangsarbeitsverhältnisses auf die Zahlung einer **höheren Annahmeverzugsvergütung** in Anspruch nehmen. Dadurch ist gewährleistet, dass der AN für jeden Urlaubstag beim neuen AG im Ergebnis zugleich die gewöhnliche Vergütung – als Annahmeverzugsvergütung – beim vorherigen AG erhält. (*BAG 5.12.2023 – 9 AZR 230/22*)

Direktionsrecht – Weisung außerhalb der Arbeitszeit

1. Ist der AG nach den betrieblichen Regeln berechtigt, die **Arbeitsleistung für den darauffolgenden Tag hinsichtlich Zeit und Ort zu konkretisieren**, besteht für den AN eine **Nebenpflicht** aus dem Vertragsverhältnis, die per SMS mitgeteilte Weisung zur Kenntnis zu nehmen, auch wenn diese den AN in seiner **Freizeit** erreicht.
2. **Begründung:** Nach **§ 241 Abs. 2 BGB** ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dazu gehört 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. (*BAG 23.8.2023 - 5 AZR 349/22*)

Direktionsrecht – Weisung außerhalb der Arbeitszeit

3. Die Kenntnisnahme einer solchen Weisung in der Freizeit stellt **keine Arbeitszeit im arbeitsschutzrechtlichen Sinne** dar.
 - a) Unter den Begriff Arbeitszeit fallen solche Zeitspannen, während deren dem AN Einschränkungen von solcher Art auferlegt werden, dass sie seine **Möglichkeit, die Zeit frei zu gestalten und sich seinen eigenen Interessen zu widmen, objektiv gesehen ganz erheblich beeinträchtigen**.
 - b) **Erreichen die Einschränkungen keinen solchen Intensitätsgrad** und erlauben diese es dem AN, über seine Zeit zu verfügen und sich ohne größere Einschränkungen seinen eigenen Interessen zu widmen, liegt **keine Arbeitszeit** für die Zwecke der Anwendung der Richtlinie vor. (*BAG 23.8.2023 - 5 AZR 349/22*)

Direktionsrecht – Weisung außerhalb der Arbeitszeit

- c) **Konkret:** Die Ruhezeit wird durch die Kenntnisnahme **nicht unterbrochen**, denn
- der Kläger kann **frei wählen**, zu welchem Zeitpunkt er die Weisung zur Kenntnis nimmt
 - der eigentliche Moment der Kenntnisnahme der SMS stellt sich als **zeitlich** derart **geringfügig** dar, dass auch insoweit von einer ganz erheblichen Beeinträchtigung der Nutzung der freien Zeit nicht ausgegangen werden kann
 - Auch der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zu den Fällen der Rufbereitschaft nicht thematisiert, dass der „**Ruf**“ **zur Arbeitsleistung** Arbeitszeit im Sinne der Richtlinie sei.

Weisungsrecht – Abberufung eines Betriebsbeauftragten für Abfall

1. Bestellt ein AG einen AN im bestehenden Arbeitsverhältnis zum Funktionsbeauftragten - hier zum Betriebsbeauftragten für Abfall -, wird regelmäßig der **Arbeitsvertrag** nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen um die mit diesem Amt verbundenen Aufgaben **erweitert**.
2. Das für diese Änderung und Anpassung des Arbeitsvertrags erforderliche **Einverständnis des AN** kann (konkludent) durch die Übernahme der entsprechenden Tätigkeit erklärt werden, mit der der AN auch seiner Bestellung durch den Arbeitgeber zustimmt.
3. Die in § 60 Abs. 3 KrWG iVm. § 55 BImSchG vorausgesetzte **einseitige Abberufung** des Abfallbeauftragten durch den AG unterliegt in solchen Fällen einer Überprüfung am **Maßstab der Billigkeit nach § 315 BGB**. Sie stellt eine einseitige Leistungsbestimmung des AG dar, die die Anpassung des Arbeitsvertrags wieder rückgängig machen soll.
(BAG 18.10.2023 – 5 AZR 68/23)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Herzlichen Dank für Ihre Teilnahme!

Und noch einen sehr guten Freitag 😊

info@arbeitsrechtstag.com