

## Fortbildung im Selbststudium gem. § 15 Abs. 4 FAO

Sehr geehrte Fachanwältin, sehr geehrter Fachanwalt!

Vielen Dank für Ihre Buchung unserer Fortbildung.

Studieren Sie bitte dieses **Skript** über 5 Stunden.

Für die **Lernerfolgskontrolle** füllen Sie den Multiple-Choice-Test online aus. Hierfür verwenden Sie bitte den folgenden Link: <https://15fao.net/5-stunden-kurs/>

Sie erhalten Ihre Bescheinigung nach § 15 Abs. 4 FAO, die Rechnung und die korrigierte Lernerfolgskontrolle innerhalb von 24 Stunden per E-Mail.

Fortbildung Fachanwalt Arbeitsrecht

E-Mail: kontakt@15FAO.net

Webseite: www.15FAO.net

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 20. Juni 2024  
- 8 AZR 91/22 -  
ECLI:DE:BAG:2024:200624.U.8AZR91.22.0

I. Arbeitsgericht  
Berlin

Urteil vom 21. Januar 2021  
- 27 Ca 11237/19 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 18. November 2021  
- 10 Sa 443/21 -

---

Entscheidungsstichworte:

Schadenersatz nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO - Darlegung des Schadens -  
Nichterfüllung des Auskunftsanspruchs nach Art. 15 DSGVO

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 91/22  
10 Sa 443/21  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
20. Juni 2024

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und Revisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und Revisionskläger,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2024 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Spinner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie den ehrenamtlichen Richter Langner und die ehrenamtliche Richterin Lange für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird - unter Zurückweisung der Revision des Klägers - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 18. November 2021 - 10 Sa 443/21 - aufgehoben, soweit es auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 21. Januar 2021 - 27 Ca 11237/19 - teilweise abgeändert hat.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 21. Januar 2021 - 27 Ca 11237/19 - wird insgesamt zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Berufung und des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - über einen Anspruch auf Entschädigung nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO. 1

Der Kläger war langjährig bei der Beklagten als Koch beschäftigt. Mit anwaltlichem Schreiben vom 22. Juli 2019 hat der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 26. August 2019 zur Auskunft nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO zu zwei Vorgängen aufgefordert. Das Aufforderungsschreiben hat auszugsweise folgenden Wortlaut: 2

„Sie sprachen gegenüber unserer Mandantschaft eine Versetzung aus. Diese weisen wir als unzulässig zurück. Über die erfolgte Betriebsratsanhörung nebst Zustimmung ist vollumfänglich Auskunft nach Art. 15 DSGVO zu erteilen. Die Versetzung ist zurückzunehmen.

Des Weiteren sprachen Sie unter dem 29.05.2019 eine Abmahnung aus. Diese erfolgte zu Unrecht und ist nebst dem dazugehörigen Schriftverkehr aus der Personalakte unserer Mandantschaft zu entfernen. Der von Ihnen dargestellte Sachverhalt trifft nicht zu. ...

Auch bezüglich dieses Vorfalles fordern wir Sie gem. Art. 15 DSGVO zur Auskunft über alle unsere Mandantschaft betreffenden Daten auf.“

Darauf antwortete die Beklagte mit Schreiben vom 23. August 2019 unter 3  
Beifügung mehrerer Unterlagen wie folgt:

„...“

Sie machen mit Ihrem Schreiben einen Auskunftsanspruch nach Art. 15 Datenschutzgrundverordnung (i.F.: DSGVO), mit dem Sie bezüglich der ausgesprochenen Versetzung ‚über die erfolgte Betriebsratsanhörung nebst Zustimmung [...] vollumfänglich Auskunft‘ sowie bezüglich der ausgesprochenen Abmahnung für den Vorfall vom 05.05.2019 ‚Auskunft über alle unsere Mandantschaft betreffenden Daten‘ fordern, geltend.

Diesbezüglich erlauben wir uns wie folgt Stellung zu nehmen:

I.

Hinsichtlich der Versetzung Ihres Mandanten in das Objekt P weisen wir Sie daraufhin, dass wir die Versetzung aufrechterhalten. Eine Kopie der Betriebsratsanhörung und der Betriebsratszustimmung liegt unserem Schreiben bei.

II.

Hinsichtlich der Abmahnung vom 29.05.2019 weisen wir Sie darauf hin, dass der von Ihrem Mandanten geschilderte Sachverhalt unzutreffend ist. Zudem wurde in der ausgesprochenen Abmahnung entgegen Ihrer Behauptung eine ‚Wohnbereichsleiterin‘ mit keinem Wort erwähnt, sondern lediglich die ‚Wohnbereichsleitung‘. Obgleich die Wohnbereichsleiterin am 05.05.2019 tatsächlich nicht im Dienst war, ändert dies nichts an dem Umstand, dass es am besagten Tag dennoch eine Wohnbereichsleitung gab. Ferner verkennen Sie, dass Herr F in der Abmahnung nicht als Zeuge benannt wurde, sondern lediglich auf seine Stellungnahme Bezug genommen wurde. Eine Kopie der Stellungnahme einschließlich des Logbucheintrags - welchen wir jedoch aus datenschutzrechtlichen Gründen um die nicht den Vorfall vom 05.05.2019 betreffenden Passagen geschwärzt haben - liegt unserem Schreiben bei. ...“

Der Kläger hat - unter Bezugnahme auf sein ursprüngliches Auskunfts- 4  
verlangen und ohne inhaltliche Rüge der bereits erteilten Auskünfte - die Ansicht

vertreten, die Beklagte habe die ihm nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO zustehenden Informationsansprüche bis heute nicht vollständig erfüllt. Durch die jahrelang verspätete Auskunft bleibe er weiterhin über wesentliche Faktoren der Datenverarbeitung im Dunkeln und ihm sei die Prüfung verwehrt, ob und wie die Beklagte seine personenbezogenen Daten verarbeite. Die Beklagte schulde ihm deshalb immateriellen Schadenersatz nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO. Der Anspruch werde hilfsweise aus vertraglicher, hierzu hilfsweise vertragsähnlicher, hierzu hilfsweise deliktischer Haftung geltend gemacht. Eine Entschädigung iHv. insgesamt 8.000,00 Euro sei angesichts der langen Dauer des Verstoßes jedenfalls angemessen.

Der Kläger hat, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, beantragt, 5

die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aber einen Betrag iHv. 8.000,00 Euro nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 6

Das Arbeitsgericht hat die Klage insoweit abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und der Klage auf Schadenersatz iHv. 2.000,00 Euro stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger eine 2.000,00 Euro übersteigende Entschädigung, die Beklagte begehrt die teilweise Aufhebung des Berufungsurteils und die vollständige Zurückweisung der Berufung des Klägers. 7

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist zulässig und begründet. Die zulässige Revision des Klägers hat hingegen keinen Erfolg. 8

- I. Die Revision des Klägers und die Revision der Beklagten sind aufgrund der Zulassung im Tenor des Berufungsurteils statthaft und auch im Übrigen zulässig. Dem steht nicht entgegen, dass das Landesarbeitsgericht in den Urteilsgründen ausgeführt hat, eine Zulassung der Revision komme nicht in Betracht, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten. Nach § 72 Abs. 1 Satz 2 ArbGG iVm. § 64 Abs. 3a Satz 1 ArbGG ist die Entscheidung, ob die Revision zugelassen wird oder nicht, in den Urteilstenor aufzunehmen. Die Regelung ist aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfolgt. Dadurch steht im Zeitpunkt der Verkündung der Entscheidung fest, ob die unterlegene Partei das Urteil mit der Revision angreifen kann und die obsiegende Partei noch mit der Durchführung eines Revisionsverfahrens rechnen muss (vgl. BAG 19. März 2003 - 5 AZN 751/02 - zu II 2 der Gründe, BAGE 105, 308). Eine im Tenor ausgesprochene Zulassung der Revision kann in den Entscheidungsgründen nicht mehr wirksam eingeschränkt oder ausgeschlossen werden (vgl. BAG 2. Oktober 2018 - 5 AZR 376/17 - Rn. 11 mwN, BAGE 163, 326). Im Übrigen begegnen die Revisionen keinen Zulässigkeitsbedenken. 9
- II. Die Revision der Beklagten ist begründet, die des Klägers hingegen unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat das arbeitsgerichtliche Urteil auf die Berufung des Klägers zu Unrecht teilweise abgeändert und der Klage iHv. 2.000,00 Euro zzgl. Zinsen stattgegeben. Die zulässige Klage ist insgesamt nicht begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz eines immateriellen Schadens nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO. Insoweit kann dahinstehen, ob Art. 15 Abs. 1 DSGVO durch das Recht auf Einsicht in die Personalakte nach § 83 Abs. 1 BetrVG im Arbeitsverhältnis verdrängt wird (vgl. dazu Franzen NZA 2020, 1593, 1596), ob eine Verletzung des Auskunftsanspruchs aus Art. 15 Abs. 1 und Abs. 3 DSGVO überhaupt einen Anspruch aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO zu begründen vermag (vgl. BAG 5. Mai 2022 - 2 AZR 363/21 - Rn. 11) und ob der Kläger eine Verletzung seines Auskunftsanspruchs nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO, mit Blick auf die erteilten Auskünfte, überhaupt dargelegt hat. Der Kläger hat vorliegend - entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts - jedenfalls keinen Schaden iSv. Art. 82 Abs. 1 DSGVO dargelegt. 10

1. Das Erfordernis eines Schadens und die entsprechende Darlegungslast der Klagepartei ist durch die jüngsten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union hinreichend geklärt (*vgl. hierzu BAG 25. April 2024 - 8 AZR 209/21 (B) - Rn. 5 f.*) 11
- a) Aus dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 DSGVO geht klar hervor, dass das Vorliegen eines „Schadens“ eine der Voraussetzungen für den in dieser Bestimmung vorgesehenen Schadenersatzanspruch darstellt, ebenso wie das Vorliegen eines Verstoßes gegen die Datenschutz-Grundverordnung und eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Schaden und dem Verstoß, wobei diese drei Voraussetzungen kumulativ sind (*EuGH 25. Januar 2024 - C-687/21 - [MediaMarktSaturn] Rn. 58; 14. Dezember 2023 - C-340/21 - [Natsionalna agentsia za prihodite] Rn. 77; 4. Mai 2023 - C-300/21 - [Österreichische Post] Rn. 32*). Der Schadenersatzanspruch hat, insbesondere im Fall eines immateriellen Schadens, eine Ausgleichsfunktion, da eine auf Art. 82 Abs. 1 DSGVO gestützte Entschädigung in Geld ermöglichen soll, den konkret aufgrund des Verstoßes gegen diese Verordnung erlittenen Schaden vollständig auszugleichen, und erfüllt keine Abschreckungs- oder Straffunktion (*EuGH 25. Januar 2024 - C-687/21 - [MediaMarktSaturn] Rn. 50; 21. Dezember 2023 - C-667/21 - [Krankenversicherung Nordrhein] Rn. 87*). Der Schaden muss keinen bestimmten Grad an Erheblichkeit erreicht haben (*EuGH 14. Dezember 2023 - C-456/22 - [Gemeinde Ummendorf] Rn. 16 und - C-340/21 - [Natsionalna agentsia za prihodite] Rn. 78; 4. Mai 2023 - C-300/21 - [Österreichische Post] Rn. 51*). 12
- b) Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast hat der Gerichtshof der Europäischen Union klargestellt, dass die Person, die auf der Grundlage von Art. 82 Abs. 1 DSGVO den Ersatz eines immateriellen Schadens verlangt, nicht nur den Verstoß gegen Bestimmungen dieser Verordnung nachweisen muss, sondern auch, dass ihr durch diesen Verstoß ein solcher Schaden entstanden ist (*EuGH 11. April 2024 - C-741/21 - [juris] Rn. 35; 25. Januar 2024 - C-687/21 - [MediaMarktSaturn] Rn. 60 f.*). Da der 85. Erwägungsgrund der Datenschutz-Grundverordnung ausdrücklich den „Verlust der Kontrolle“ zu den Schäden zählt, die durch eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten verursacht werden 13



können, hat der Gerichtshof entschieden, dass der - selbst kurzzeitige - Verlust der Kontrolle über solche Daten einen „immateriellen Schaden“ iSv. Art. 82 Abs. 1 DSGVO darstellen kann, der einen Schadenersatzanspruch begründet, sofern die betroffene Person den Nachweis erbringt, dass sie tatsächlich einen solchen Schaden - so geringfügig er auch sein mag - erlitten hat (*EuGH 11. April 2024 - C-741/21 - [juris] Rn. 42; 25. Januar 2024 - C-687/21 - [MediaMarktSaturn] Rn. 66*). Dabei kann die durch einen Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung ausgelöste Befürchtung einer betroffenen Person, ihre personenbezogenen Daten könnten von Dritten missbräuchlich verwendet werden, für sich genommen einen „immateriellen Schaden“ iSv. Art. 82 Abs. 1 DSGVO darstellen (*EuGH 25. Januar 2024 - C-687/21 - [MediaMarktSaturn] Rn. 65; 14. Dezember 2023 - C-340/21 - [Natsionalna agentsia za prihodite] Rn. 79 ff.*). Ein rein hypothetisches Risiko der missbräuchlichen Verwendung durch einen unbefugten Dritten kann jedoch nicht zu einer Entschädigung führen (*EuGH 25. Januar 2024 - C-687/21 - [MediaMarktSaturn] Rn. 68*). Das angerufene nationale Gericht muss vielmehr prüfen, ob die Befürchtung der missbräuchlichen Datenverwendung unter den gegebenen besonderen Umständen und im Hinblick auf die betroffene Person als begründet angesehen werden kann (*EuGH 14. Dezember 2023 - C-340/21 - [Natsionalna agentsia za prihodite] Rn. 85*).

c) Vor dem Hintergrund dieser aktuellen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zum Erfordernis eines Schadens und der entsprechenden Darlegungslast der Klagepartei kommt es nach Auffassung des Senats auf die Vorlage des Bundesgerichtshofs vom 26. September 2023 (- VI ZR 97/22 - Rn. 30 ff.) nicht an. Der Bundesgerichtshof hat dem Gerichtshof der Europäischen Union die Frage gestellt, ob Art. 82 Abs. 1 DSGVO dahin gehend auszulegen ist, dass für die Annahme eines immateriellen Schadens bloße negative Gefühle wie zB Ärger, Unmut, Unzufriedenheit, Sorge und Angst genügen oder ob für die Annahme eines Schadens ein über diese Gefühle hinausgehender Nachteil für die betroffene natürliche Person erforderlich ist. Diese Frage ist durch die nach der Vorlage des Bundesgerichtshofs ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union jedenfalls bezogen auf die Sorge vor Datenverlust bzw. unrechtmäßiger Datenverwendung beantwortet (*aA Rombach/*

14

*Hoeren WuB 2024, 28, 32; Scharpf jurisPR-ITR 8/2024 Anm. 5 unter C; vgl. auch BGH 12. Dezember 2023 - VI ZR 277/22 - Rn. 6).*

aa) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union können negative Gefühle („Befürchtung“) in solchen Konstellationen einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens begründen. Das bloße Berufen auf eine bestimmte Gefühlslage reicht aber nicht aus, denn das Gericht hat, wie dargestellt, zu prüfen, ob das Gefühl unter Berücksichtigung der konkreten Umstände „als begründet angesehen werden kann“ (*EuGH 14. Dezember 2023 - C-340/21 - [Natsionalna agentsia za prihodite] Rn. 85*). Dies setzt zwingend die Anwendung eines objektiven Maßstabs voraus (*idS auch Halder/Maluszczyk jurisPR-ITR 3/2024 Anm. 4 unter D; Sorber/Lohmann BB 2023, 1652, 1655; Peisker/Zhou BB 2024, 308, 310; aA Rudkowski NZA 2024, 1, 7*). Dabei ist ua. die objektive Bestimmung des Missbrauchsrisikos der Daten von Bedeutung (*vgl. Arning/Dirkers DB 2024, 381, 383*). 15

bb) Dem steht nicht entgegen, dass Art. 82 Abs. 1 DSGVO nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht verlangt, dass ein erlittener Nachteil spürbar oder eine Beeinträchtigung objektiv sein muss (*EuGH 14. Dezember 2023 - C-456/22 - [Gemeinde Ummendorf] Rn. 17*). Damit hat der Gerichtshof nur klargestellt, dass es keine „Bagatellgrenze“ gibt. Der objektive Maßstab bzgl. des Vorliegens eines Schadens als solchen ist hiervon zu unterscheiden. Besteht der Schaden in negativen Gefühlen, die für sich genommen nicht beweisbar sind, hat das nationale Gericht die Gesamtsituation und letztlich auch die Glaubwürdigkeit der jeweiligen Klagepartei auf der Grundlage eines substantiierten Sachvortrags zu beurteilen. Steht ein Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung iSv. Art. 82 Abs. 1 DSGVO nach richterlicher Beweiswürdigung iSv. § 286 Abs. 1 ZPO zum Nachteil der Klagepartei als geschützter Person fest, mindert sich das Beweismaß bzgl. der Entstehung und der Höhe des Schadens nach § 287 Abs. 1 ZPO (*vgl. BAG 5. Mai 2022 - 2 AZR 363/21 - Rn. 14*). 16

2. Der Kläger hat geltend gemacht, durch die jahrelang verspätete Auskunft bleibe er weiterhin über wesentliche Faktoren der Datenverarbeitung im Dunkeln und ihm sei die Prüfung verwehrt, ob und wie die Beklagte seine personenbezogenen Daten verarbeite. Ausgehend von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hat der Kläger damit keinen immateriellen Schaden dargelegt. 17

a) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann ein Schaden nicht allein mit der Begründung angenommen werden, durch eine Verletzung des Auskunftsanspruchs aus Art. 15 Abs. 1 DSGVO - so ein Verstoß dagegen einen Anspruch nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO dem Grunde nach begründen könnte - trete ein Kontrollverlust ein, weil die Überprüfung verhindert werde, ob personenbezogene Daten rechtmäßig verarbeitet werden. Zwar dient der Auskunftsanspruch des Art. 15 Abs. 1 DSGVO dem Zweck, Betroffenen die Ausübung der Rechte auf Berichtigung, Löschung, Einschränkung der Verarbeitung und Widerspruch gegen die Verarbeitung nach Art. 16 bis 18 und Art. 21 DSGVO zu ermöglichen (vgl. *EuGH 4. Mai 2023 - C-487/21 - [Österreichische Datenschutzbehörde] Rn. 35*). Ein derartiger Kontrollverlust geht jedoch mit jeder Verletzung des Auskunftsanspruchs aus Art. 15 Abs. 1 DSGVO zwingend einher. Er ist daher nicht geeignet einen von der bloßen Verletzung des Art. 15 Abs. 1 DSGVO unterscheidbaren Schaden zu begründen (aA *Brandt/Goffart NZA 2024, 240, 242*). Die eigenständige Voraussetzung des Schadens würde damit bedeutungslos. Sie wäre stets erfüllt. Dies ist jedoch mit dem Normverständnis des Gerichtshofs von Art. 82 Abs. 1 DSGVO ebenso wenig zu vereinbaren wie mit den Anforderungen des nationalen Prozessrechts, das die substantiierte Darlegung eines Schadens verlangt (vgl. *LAG Rheinland-Pfalz 8. Februar 2024 - 5 Sa 154/23 - zu II 1 b der Gründe; LAG Baden-Württemberg 27. Juli 2023 - 3 Sa 33/22 - zu B II 1 b der Gründe; Barrein/Fuhlrott NZA 2024, 443, 446*). 18

b) Soweit der Kläger im Hinblick auf einen Verlust der Kontrolle vorträgt, ihm sei die Prüfung verwehrt, ob und wie die Beklagte seine personenbezogenen Daten verarbeite, legt er lediglich ein hypothetisches Risiko einer missbräuchlichen Verwendung dar. Ein objektiv erhöhtes Missbrauchsrisiko in Bezug auf die 19

von dem Auskunftsanspruch betroffenen personenbezogenen Daten zeigt der Kläger gerade nicht auf. Anders als bei einem Datenleck verschlechtert sich durch die unterbliebene Auskunft die Sicherheit der Daten nicht unmittelbar. Es hätte in der vorliegenden Fallgestaltung ergänzender Darlegungen des Klägers bedurft, aus welchen Gründen ein mehr als nur hypothetisches Risiko einer missbräuchlichen Verwendung seiner personenbezogenen Daten bestehen soll.

c) Soweit sich aus dem Vortrag des Klägers - andeutungsweise - negative Gefühle in Form einer Befürchtung der missbräuchlichen Datenverwendung ergeben, können diese unter den gegebenen Umständen nicht als begründet angesehen werden. Das bloße Berufen auf Befürchtungen dieser Art reicht nicht aus. Um zu prüfen, ob das Gefühl als begründet angesehen werden kann, ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Dabei ist insbesondere das objektive Risiko eines Missbrauchs in den Blick zu nehmen, zu dem es vorliegend an ausreichenden Darlegungen fehlt. 20

3. Soweit der Kläger Schadenersatz hilfsweise aus vertraglicher, hierzu hilfsweise vertragsähnlicher, hierzu hilfsweise deliktischer Haftung nach nationalen Rechtsvorschriften geltend gemacht hat, fehlt es ebenfalls an einem hinreichend dargelegten Schaden. 21

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. 22

Spinner

Berger

Krumbiegel

Langner

Lange

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 18. September 2024  
- 5 AZR 29/24 -  
ECLI:DE:BAG:2024:180924.U.5AZR29.24.0

I. Arbeitsgericht  
Schwerin

Urteil vom 14. Dezember 2022  
- 4 Ca 679/22 -

II. Landesarbeitsgericht  
Mecklenburg-Vorpommern

Urteil vom 15. August 2023  
- 5 Sa 12/23 -

---

Entscheidungsstichworte:

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall - Beweiswert ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 29/24

5 Sa 12/23

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am

18. September 2024

## URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. September 2024 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl und Neumann sowie die ehrenamtlichen Richter Menssen und Bürger für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 15. August 2023 - 5 Sa 12/23 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Schwerin vom 14. Dezember 2022 - 4 Ca 679/22 - hinsichtlich der Verurteilung zu Ziffer 1 zurückgewiesen hat.
2. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. 1

Der Kläger war seit Januar 2020 als Dozent in der Erwachsenenbildung bei der Beklagten zu einem Monatsgehalt von zuletzt 3.800,00 Euro brutto beschäftigt. Seine Arbeitsaufgabe bestand insbesondere darin, Fachkräfte für Lagerlogistik und Fachlageristen auszubilden. Der Kläger ist ein schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50. Im Dezember 2020 stellte die Beklagte ihm ein dienstliches Mobiltelefon mit Zubehör zur Verfügung, zu dessen unverzüglicher Rückgabe der Kläger sich im Fall einer Kündigung vertraglich verpflichtete. 2

Am Freitag, dem 29. April 2022, nach Dienstschluss gegen 16:15 Uhr übergab der Kläger dem Geschäftsführer der Beklagten die schriftliche Kündigung zum 31. Mai 2022. Zeitgleich übergab er die Kündigung seiner Kollegin Frau H, die zum selben Zeitpunkt kündigte. Das Dienstmobiltelefon befand sich - nachdem der Kläger zuvor eine Rufumleitung auf sein privates Mobiltelefon eingerichtet hatte - in seinem Schreibtisch bei der Beklagten. Gegen 19:00 Uhr desselben Tages suchte die Abteilungsleiterin, Frau M, den Kläger zu Hause auf und 3

forderte ihn ua. zur Rückgabe des ihm überlassenen Laptops und iPads jeweils mit Zubehör sowie von Schlüsseln, ua. für das Büro des Klägers, auf. Diese Gegenstände gab der Kläger heraus.

Am Montag, dem 2. Mai 2022, erschien der Kläger nicht zur Arbeit. Er suchte seine Hausärztin, die Fachärztin für Allgemeinmedizin P, auf, die ihm Arbeitsunfähigkeit für die Zeit vom 2. bis zum 13. Mai 2022 bescheinigte. Am 13. Mai 2022 stellte Frau P eine Folgebescheinigung bis zum 31. Mai 2022 aus. Am 1. Juni 2022, einem Mittwoch, nahm der Kläger - wie auch Frau H - eine neue Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen der Beklagten auf. Am 14. Juni 2022 forderte er die Beklagte erfolglos zur Zahlung der am letzten Tag des Monats fälligen Vergütung für Mai 2022 auf.

Mit seiner Klage hat der Kläger - soweit für die Revision von Bedeutung - von der Beklagten für Mai 2022 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verlangt. Er hat behauptet, seine Vorgesetzte, Frau M, habe die Rückgabe der Arbeitsmittel sinngemäß mit den Worten beendet: „Bereite dich mal am Montag schon auf einen Spießrutenlauf vor.“ Das habe bei ihm Ängste und Depressionen ausgelöst, weshalb er am Wochenende an Schlafstörungen, Übelkeit, Bauchschmerzen, Durchfall, Kurzatmigkeit und Luftnot gelitten habe. Die Hausärztin habe eine somatoforme Störung und ein Erschöpfungssyndrom diagnostiziert und ihm Ruhe, Spaziergänge, Sport und längere Fahrradfahrten empfohlen. Zudem habe er während der Arbeitsunfähigkeit Physiotherapie erhalten und Entspannungsübungen erlernt. Seine Kollegin sei mit dem Arbeitsklima bei der Beklagten ebenfalls nicht einverstanden gewesen, weshalb sie ihn aus Angst vor einer Auseinandersetzung mit dem Geschäftsführer gebeten habe, der Beklagten die Kündigung zu überbringen.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger (als Entgelt für den Monat Mai 2022) 3.800,00 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinsatz der EZB seit dem 1. Juni 2022 zu zahlen.



Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen, der Kläger habe während der Zeit der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit versucht, Kunden (Kooperationsbetriebe) der Beklagten abzuwerben. Er habe zu Kunden Kontakt aufgenommen und wahrheitswidrig behauptet, dass die Beklagte wegen der Kündigungen über keine Dozenten mehr verfüge, und gegenüber einem Kooperationsbetrieb seine Dienste unter Führung des neuen Arbeitgebers angeboten. Dieser Kunde habe daraufhin die Geschäftsbeziehung mit der Beklagten abgebrochen. Aufgrund der Rufumleitung habe der Kläger dienstliche Anrufe und Nachrichten entgegengenommen und einer Teilnehmerin aus einem Kooperationsbetrieb mitgeteilt, dass er die Fortbildungsmaßnahme bei einem neuen Träger fortsetzen werde. Auch die Kollegin H sei während des Laufes der Kündigungsfrist arbeitsunfähig erkrankt gewesen und habe im Mai 2022 parallele Fehlzeiten aufgewiesen. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, bereits diese Umstände würden den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttern. Auch die exakte zeitliche Übereinstimmung zwischen der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Lauf der Kündigungsfrist sowie der Antritt einer neuen Tätigkeit unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sprächen gegen eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Zudem erfasse die zweite Bescheinigung mit 18 Tagen einen Zeitraum, der länger sei als die Regelfrist von bis zu 14 Tagen gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie.

7

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision begehrt.

8

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat nicht erkannt, dass die Beklagte den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vom 2. Mai 2022 und vom 13. Mai 2022 erschüttert hat. Auf der Grundlage

9

der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht über die Begründetheit der Klage hinsichtlich der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall entscheiden. Das führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO).

I. Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, der Beweiswert der vom Kläger für Mai 2022 vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vom 2. Mai 2022 und vom 13. Mai 2022 sei durch die Beklagte nicht erschüttert worden. 10

1. Ein Arbeitnehmer hat nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG (*BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 11; 11. Dezember 2019 - 5 AZR 505/18 - Rn. 16, BAGE 169, 117*). 11

a) Der Beweis krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit wird in der Regel durch die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung iSd. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG geführt. Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG reicht die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung iSd. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG aus, um dem Arbeitgeber das Recht zur Leistungsverweigerung zu entziehen (*näher dazu BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 12 mwN; 8. September 2021 - 5 AZR 149/21 - Rn. 12, BAGE 175, 358*). 12

b) Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung begründet keine gesetzliche Vermutung einer tatsächlich bestehenden Arbeitsunfähigkeit iSd. § 292 ZPO mit der Folge, dass nur der Beweis des Gegenteils zulässig wäre (*BAG 13. Dezember* 13

2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 13; 8. September 2021 - 5 AZR 149/21 - Rn. 13 mwN, BAGE 175, 358). Der Arbeitgeber ist nicht auf die in § 275 Abs. 1a SGB V aufgeführten Regelbeispiele ernsthafter Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit beschränkt (BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - aaO). Bei der näheren Bestimmung der Anforderungen an die wechselseitige Darlegungslast der Parteien ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber in aller Regel keine Kenntnis von den Krankheitsursachen hat und nur in eingeschränktem Maß in der Lage ist, Indiztatsachen zur Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzutragen. Der Arbeitgeber muss gerade nicht, wie bei einer gesetzlichen Vermutung, Tatsachen darlegen, die dem Beweis des Gegenteils zugänglich sind (BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 18 mwN; 8. September 2021 - 5 AZR 149/21 - Rn. 14, aaO). Für die Frage der Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist nicht entscheidend, ob es sich um eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers (vgl. dazu BAG 8. September 2021 - 5 AZR 149/21 - Rn. 19, aaO) oder um eine Kündigung des Arbeitgebers handelt (vgl. dazu BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - aaO). Bei der Kündigung durch den Arbeitnehmer kann der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert werden, wenn der Arbeitnehmer unmittelbar nach dem Zugang der Kündigung erkrankt und nach den Gesamtumständen des zu würdigenden Einzelfalls Indizien vorliegen, die Zweifel am Bestehen der Arbeitsunfähigkeit begründen. Hierauf deutet insbesondere eine zeitliche Koinzidenz zwischen Kündigungsfrist und Dauer der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit hin. Es ist auch nicht entscheidend, ob für die Dauer der Kündigungsfrist eine oder mehrere Bescheinigungen vorgelegt werden (näher dazu BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 24 mwN). Die ernsthaften Zweifel an der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit gründen darin, dass der Arbeitnehmer zu einem Zeitpunkt, zu dem feststeht, dass das Arbeitsverhältnis enden soll, arbeitsunfähig wird und bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bleibt (BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 18).

c) Gelingt es dem Arbeitgeber, den Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern, tritt hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast wieder derselbe Zustand ein, wie er vor Vorlage der Bescheinigung bestand. Es ist dann Sache des Arbeitnehmers, konkrete Tatsachen darzulegen

14

und im Bestreitensfall zu beweisen, die den Schluss auf eine bestehende Erkrankung zulassen. Hierzu ist substantiiertes Vortrag zB dazu erforderlich, welche Krankheiten vorgelegen haben, welche gesundheitlichen Einschränkungen bestanden haben und welche Verhaltensmaßregeln oder Medikamente ärztlich verordnet wurden. Der Arbeitnehmer muss also zumindest laienhaft bezogen auf den gesamten Entgeltfortzahlungszeitraum schildern, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden haben (*BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 14; 8. September 2021 - 5 AZR 149/21 - Rn. 15, BAGE 175, 358*).

2. Dies zugrunde gelegt ist die Revision hinsichtlich der Verurteilung der Beklagten zur Entgeltfortzahlung im streitgegenständlichen Zeitraum begründet. 15

a) Grundsätzlich ist die Würdigung der Beweise gemäß § 286 ZPO dem Tatrichter vorbehalten. Revisionsrechtlich ist nur zu überprüfen, ob die Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei und ohne Verletzung von Denkgesetzen und allgemeinen Erfahrungssätzen erfolgt ist, ob sie rechtlich möglich ist und das Berufungsgericht alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (*vgl. BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 16*). 16

b) Dieser Überprüfung hält die Berufungsentscheidung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat nicht alle Umstände des vorliegenden Einzelfalls berücksichtigt und die zu berücksichtigenden Umstände nicht frei von Widersprüchen gewürdigt. 17

aa) Das Berufungsgericht hat bereits nicht ausreichend berücksichtigt, dass zwischen der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 2. Mai 2022, der passgenauen Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit in der Folgebescheinigung vom 13. Mai 2022 und der Kündigungsfrist eine zeitliche Koinzidenz bestand. 18

(1) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts lag nicht lediglich ein Sachverhalt vor, bei dem die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung „einen Zeitraum innerhalb der Kündigungsfrist, insbesondere gegen Ende der Kündigungsfrist, betrifft“. Die durch den Kläger nach Übergabe der Kündigung zu erbringen- 19

den Arbeitstage wurden vielmehr passgenau durch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen abgedeckt. Nachdem der Kläger am Freitag, dem 29. April 2022, nach Arbeitsende der Beklagten seine Kündigung zum 31. Mai 2022 übergeben hatte, nahm er die Arbeit am nächsten Arbeitstag am Montag, dem 2. Mai 2022, nicht wieder auf, sondern suchte seine Hausärztin auf, die ihm eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bis zum 13. Mai 2022 ausstellte und diese am 13. Mai 2022 bis zum Beendigungsdatum des Arbeitsverhältnisses am 31. Mai 2022, einem Dienstag, verlängerte.

(2) Die aufgrund der zeitlichen Koinzidenz begründeten Zweifel am Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vom 2. Mai 2022 und vom 13. Mai 2022 bestehen unbeschadet des vom Kläger dem Landesarbeitsgericht vorgelegten ärztlichen Attests der Allgemeinmedizinerin Frau P vom 11. Juli 2023. Zwischen dem Vortrag des Klägers zum Anlass und Grund der Arbeitsunfähigkeit und den Angaben in der ärztlichen Bescheinigung bestehen erhebliche Widersprüche. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger vortragen, dass die Drohung der Vorgesetzten mit einem „Spießrutenlauf“ anlässlich der Rückgabe der Arbeitsgegenstände am Abend des 29. April 2022 bei ihm Ängste und Depressionen mit körperlichen Symptomen ausgelöst habe, weshalb er am Wochenende an Schlafstörungen, Übelkeit, Bauchschmerzen, Durchfall, Kurzatmigkeit und Luftnot gelitten habe. Derartige akute Beschwerden aufgrund des vom Kläger angegebenen Vorfalls nennt das Attest nicht. Frau P hat vielmehr mitgeteilt, der Patient habe von einer ausgeprägten Erschöpfung und diversen „seit Wochen“ bestehenden Symptomen berichtet. Auslöser der Erkrankung sei die unbefriedigende Situation und „anhaltender“ Stress am Arbeitsplatz gewesen. 20

(3) Für die Erschütterung des Beweiswerts der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aufgrund der zeitlichen Koinzidenz ist es entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht erforderlich, dass der Kläger die Kündigung und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für die Zeit vom 2. bis zum 13. Mai 2022 der Beklagten „zeitgleich“ übergibt. Der Kläger hat unmittelbar nach der Übergabe der Kündigung die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 2. Mai 2022 der Be- 21

klagen vorgelegt. Das Berufungsgericht hat außer Acht gelassen, dass zwischen der Übergabe der Eigenkündigung des Klägers nach Beendigung der Arbeit am Freitag, dem 29. April 2022, gegen 16:15 Uhr, dem Fernbleiben von der Arbeit, dem Aufsuchen der Hausärztin am Montag, dem 2. Mai 2022, und der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom selben Tag, lediglich das ohnehin für den Kläger arbeitsfreie Wochenende und der für ihn arbeitsfreie Feiertag am Sonntag, der 1. Mai 2022, lag. Zwischen der Übergabe der Kündigung und der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung besteht somit ein enger zeitlicher Zusammenhang (*vgl. zur Einheit des Verhinderungsfalls BAG 11. Dezember 2019 - 5 AZR 505/18 - Rn. 21, BAGE 169, 117*). Arbeitsleistungen hat der Kläger zwischen der Übergabe der Kündigung und der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 2. Mai 2022 nicht zu erbringen gehabt.

bb) Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Bestätigung der fortdauernden Arbeitsunfähigkeit durch die Bescheinigung vom 13. Mai 2022 abweichend von § 5 Abs. 4 Satz 1 Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie in der im Mai 2022 geltenden Fassung (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie aF) über die Zweiwochenfrist hinaus bis Dienstag, den 31. Mai 2022, erfolgte und der Kläger am 1. Juni 2022 eine neue Beschäftigung aufgenommen hat. Die Annahme des Berufungsgerichts, „der mit einem Arbeitgeberwechsel verbundene Neustart könne insbesondere bei psychosomatischen Beschwerden für eine Genesung durchaus hilfreich sein“, ist rein spekulativ und nicht durch unstreitige oder bewiesene tatsächliche Umstände begründet. Das Landesarbeitsgericht hat sich vielmehr zum einen den - bestrittenen und nicht bewiesenen - Vortrag des Klägers, er leide aufgrund der Bedrohung durch die Vorgesetzte unter psychosomatischen Beschwerden, zu eigen gemacht. Zum anderen hat die Kammer eine eigene Sachkunde in Anspruch genommen, ohne dass sie zuvor auf eine vorhandene eigene medizinische Sachkenntnis hingewiesen und spätestens in den Entscheidungsgründen begründet hat, woher sie diese Sachkunde hat (*vgl. dazu BAG 21. September 2017 - 2 AZR 57/17 - Rn. 38 mwN, BAGE 160, 221; GMP/Müller-Glöge 10. Aufl. ArbGG § 73 Rn. 7*).

22

cc) Das Landesarbeitsgericht ist zudem unzutreffend davon ausgegangen, dass das von der Beklagten behauptete Verhalten des Klägers nach Ausspruch der Kündigung - das Führen von Telefonaten ua. mit Teilnehmern aufgrund der zuvor auf dem Dienstmobiltelefon eingerichteten Rufumleitung - nicht gegen eine Arbeitsunfähigkeit spricht. Auch wenn die Tätigkeit eines Dozenten in der Erwachsenenbildung - wie das Berufungsgericht meint - hauptsächlich im Unterrichten und der Abnahme von Prüfungen bestehen sollte, wird der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht erst dadurch erschüttert, dass der Arbeitnehmer trotz der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit sämtliche vertraglich geschuldete Tätigkeiten erbringt. Der Beweiswert kann - im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände - auch dann erschüttert sein, wenn der Arbeitnehmer während dieser Zeit Teiltätigkeiten der vertraglich geschuldeten Tätigkeit erbringt und - wie vorliegend von der Beklagten behauptet - Telefongespräche führt, um Kunden abzuwerben. 23

dd) Das Zusammentreffen derart ungewöhnlicher Umstände, die jeweils für sich betrachtet unverfänglich sein mögen, begründet in der Gesamtschau ernsthafte Zweifel am Beweiswert der am 2. Mai 2022 und am 13. Mai 2022 ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. Bei der Bewertung der Umstände des Einzelfalls ist stets im Blick zu behalten, dass an den Vortrag des Arbeitgebers zur Erschütterung des Beweiswerts keine erhöhten Anforderungen gestellt werden, weil dieser nur über eingeschränkte Erkenntnismöglichkeiten verfügt. Der Arbeitgeber muss gerade nicht Tatsachen darlegen, die den Beweis des Gegenteils begründen können (*sh. bereits Rn. 13; vgl. BAG 13. Dezember 2023 - 5 AZR 137/23 - Rn. 27*). 24

II. Die aufgezeigten Rechtsfehler führen zur Aufhebung des Berufungsurteils, § 562 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (*vgl. § 561 ZPO*). Der Kläger trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit als Voraussetzung für den Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 EFZG. Da das Landesarbeitsgericht - aus seiner Sicht konsequent - hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung 25

an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 ZPO. Hierbei hat der Senat aufgrund der Sachbehandlung durch das Landesarbeitsgericht von der Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Spruchkörper nach § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht Folgendes zu beachten haben:

1. Das Landesarbeitsgericht hat für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit möglicherweise maßgebliche Tatsachen unzutreffend festgestellt. 26

a) Der Kläger hat vorgetragen, dass seine Vorgesetzte, Frau M, die Rückholung der Arbeitsgegenstände in seiner Wohnung sinngemäß mit den Worten beendet habe, „Bereite dich mal am Montag schon auf einen Speißrutenlauf vor“, und dies die Ursache für die Erkrankung gewesen sei. Die Beklagte hat diesen Vortrag nicht ausreichend gemäß § 138 Abs. 2 und 3 ZPO, sondern lediglich mit „Nichtwissen“ bestritten. Eine Erklärung mit Nichtwissen ist aber gemäß § 138 Abs. 4 ZPO nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Sie ist ausgeschlossen, wenn die erklärungsbelastete Partei imstande ist, substantiierten Gegenvortrag zu halten. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist sie dazu verpflichtet, wenn ihr ein solches Vorbringen möglich ist, weil sich die behaupteten Umstände in ihrem Wahrnehmungsbereich verwirklicht haben (*vgl. BAG 15. November 2023 - 10 AZR 343/22 - Rn. 39*). Für solche Umstände besteht grundsätzlich eine Pflicht der Partei, sich das für die Erklärung erforderliche Wissen zu verschaffen. Ein Bestreiten mit Nichtwissen ist nur dann zulässig, wenn die Partei ohne Erfolg Erkundigungen über das Verhalten von Personen angestellt hat, die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig geworden sind (*vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 70; 11. Juli 2007 - 7 AZR 501/06 - Rn. 30*). Die Beklagte war daher verpflichtet, sich über das Verhalten ihrer Abteilungsleiterin Frau M anlässlich der Abholung der Gegenstände beim Kläger und die in diesem Zusammenhang getätigten Aussagen Kenntnis zu verschaffen. Dem ist sie nicht nachgekommen. 27



- b) Das Landesarbeitsgericht hat diese Behauptung des Klägers entgegen § 138 Abs. 2 und 3 ZPO als streitig behandelt. Der Senat ist aber revisionsrechtlich an diese unrichtige Sachbehandlung des Landesarbeitsgerichts gebunden, weil nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO der Beurteilung des Revisionsgerichts nur dasjenige Parteivorbringen unterliegt, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Die in den Entscheidungsgründen wiedergegebenen tatsächlichen Feststellungen werden dem Tatbestand zugerechnet. Widersprechen sich tatbestandliche Feststellungen des Berufungsurteils und in Bezug genommene Schriftsätze, geht der Tatbestand vor (*vgl. BGH 12. Mai 2015 - VI ZR 102/14 - Rn. 48; 8. Januar 2007 - II ZR 334/04 - Rn. 11; GMP/Müller-Glöge 10. Aufl. ArbGG § 74 Rn. 105*). Eine Unrichtigkeit dieser Feststellungen kann grundsätzlich nur im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO geltend gemacht und behoben werden (*BAG 10. November 2021 - 5 AZR 334/21 - Rn. 25, BAGE 176, 145; BGH 16. Dezember 2010 - I ZR 161/08 - Rn. 12*). Einen Antrag nach § 320 ZPO hat der Kläger jedoch nicht gestellt. 28
- c) Dasselbe gilt, soweit die Beklagte eine Konkurrenztaetigkeit des Klägers behauptet und daraus den Schluss gezogen hat, der Kläger sei nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen. 29
- aa) Die Beklagte hat vorgetragen, der Kläger habe während der Zeit der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit versucht, Kunden der Beklagten für seine künftige Arbeitgeberin abzuwerben, indem er zu Kunden Kontakt aufgenommen und wahrheitswidrig behauptet habe, die Beklagte verfüge wegen der Kündigungen über keine Dozenten mehr, und gegenüber einem Kooperationsbetrieb seine Dienste unter Führung des neuen Arbeitgebers angeboten habe. Dieser Kunde habe daraufhin die Geschäftsbeziehung mit der Beklagten abgebrochen. Zudem habe der Kläger unter Nutzung der Rufumleitung auf seinem privaten Mobiltelefon trotz der behaupteten Erkrankung dienstliche Anrufe und Nachrichten entgegengenommen und einer Teilnehmerin aus einem Kooperationsbetrieb mitgeteilt, dass er die Fortbildungsmaßnahme bei einem neuen Träger fortsetzen werde. 30

bb) Diesen Vortrag hat der Kläger in den Tatsacheninstanzen nicht bestritten. Gleichwohl hat das Landesarbeitsgericht diesen - möglicherweise für das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit relevanten Vortrag - als streitigen Vortrag im Tatbestand dargestellt und ihn bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt. Der Senat ist aber auch insoweit revisionsrechtlich an die unrichtige Sachbehandlung des Landesarbeitsgerichts gebunden, weil die Beklagte einen Antrag auf Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO nicht gestellt hat. Das erstmalige Bestreiten des Klägers in der Revisionsinstanz ist neues tatsächliches Vorbringen, das nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO unbeachtlich ist (*vgl. BAG 24. Januar 2024 - 5 AZR 331/22 - Rn. 27*). 31

2. Darüber hinaus wird im fortgesetzten Berufungsverfahren festzustellen sein, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers noch am Tag der Ausstellung der jeweiligen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am 2. Mai 2022 und am 13. Mai 2022 bestanden haben, welche jeweils aktuellen Beschwerden der Kläger seiner Hausärztin mitgeteilt hat und welche Beschwerden zur Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit geführt haben. Diesbezügliche Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht bislang nicht getroffen. Insoweit ist dem Kläger auch im Rahmen des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG Gelegenheit zu geben, seinen Vortrag weiter zu substantiieren und etwaige Widersprüche zwischen seinem bisherigen Vortrag und dem ärztlichen Attest vom 11. Juli 2023 aufzuklären (*vgl. bereits Rn. 20*). Das Landesarbeitsgericht wird ggf. in eine Beweisaufnahme einzutreten haben und erwägen müssen, den Kläger zu seiner Arbeitsunfähigkeit persönlich anzuhören (§ 141 ZPO). 32

III. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 33

Linck

Biebl

Neumann

Ernst Bürger

Menssen

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 7. Februar 2024  
- 5 AZR 177/23 -  
ECLI:DE:BAG:2024:070224.U.5AZR177.23.0

I. Arbeitsgericht Stuttgart

Urteil vom 26. November 2021  
- 19 Ca 1253/21 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

Urteil vom 29. Dezember 2022  
- 3 Sa 100/21 -

---

Entscheidungsstichwort:

Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 177/23

3 Sa 100/21

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am

7. Februar 2024

## URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte,  
Anschlussberufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Widerbeklagter, Berufungskläger,  
Anschlussberufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Februar 2024 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach, den Richter am Bundesarbeitsgericht Neumann sowie den ehrenamtlichen Richter Raabe und die ehrenamtliche Richterin Dr. Störring für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 29. Dezember 2022 - 3 Sa 100/21 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten - soweit für die Revision von Bedeutung - über Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 1. Januar 2018 bis zum 30. August 2020. 1

Der 1966 geborene Kläger ist seit dem 13. Mai 1991 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt, zuletzt als Maschinenbeschicker. Er verfügt über keine abgeschlossene Berufsausbildung. Auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien finden die Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie Anwendung. 2

Die Beklagte kündigte das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis am 23. November 2017 außerordentlich, hilfsweise ordentlich. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage des Klägers wurde erstinstanzlich mit Urteil vom 14. März 2019 (- 13 Ca 367/17 -) abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers stellte das Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 16. Juli 2020 (- 3 Sa 51/19 -) fest, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung(en) der Beklagten nicht aufgelöst worden ist und gab dem Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers statt. Ab dem 31. August 2020 setzte der Kläger seine Beschäftigung als Maschinenbeschicker im Wege der Zwangsvollstreckung durch. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wurde durch Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 3. Dezember 2020 (- 2 AZN 920/20 -) als unzulässig verworfen. 3

Der Kläger führte am 7. Dezember 2017 bei der Agentur für Arbeit ein persönliches Gespräch, nachdem er zuvor den Zugang der Kündigung(en) mitgeteilt hatte. Für die Zeit vom 28. November 2017 bis zum 15. Februar 2018 verhängte die Agentur für Arbeit wegen der außerordentlichen Kündigung eine Sperrzeit. Danach bezog der Kläger bis zum 25. Januar 2019 Arbeitslosengeld I. Während dieser Zeit unterbreitete die Agentur für Arbeit dem Kläger keine Stellenangebote, weil er - wie sich aus vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommener E-Mail-Korrespondenz ergibt - dies nicht wünschte und mitgeteilt hatte, er könne sich bewerben, wenn man ihn dazu zwingt. Er werde einem potentiellen Arbeitgeber aber bei Bewerbungen - noch vor einem Vorstellungsgespräch - mitteilen, dass ein Gerichtsverfahren mit dem letzten Arbeitgeber laufe und er unbedingt dort weiterarbeiten wolle. Eigenständige Bemühungen um eine anderweitige Beschäftigung unternahm er in diesem Zeitraum nicht. Die Beklagte hat ihm keine Stellenangebote übermittelt, auf die er sich hätte bewerben und zumutbaren Verdienst erzielen können.

4

Von Februar 2019 bis Juni 2019 bezog der Kläger gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin monatliche Leistungen vom Jobcenter des O in Höhe von 212,20 Euro, zudem für März 2019 weitere 149,60 Euro. Der Kläger hat aus der Zeit von Mai 2019 bis November 2019 verschiedene Bewerbungsbemühungen vorgetragen, welche die Beklagte im Einzelnen bestritten hat. Vom 29. Juli 2019 bis zum 31. August 2019 arbeitete der Kläger bei der X GmbH und erhielt hierfür eine Vergütung von insgesamt 2.083,33 Euro brutto. Vom 1. Februar 2020 bis zum 31. Juli 2020 war er geringfügig bei der M gGmbH beschäftigt. Hierbei verdiente er insgesamt 2.663,57 Euro brutto.

5

Mit seiner Klage hat der Kläger Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, er sei nicht verpflichtet gewesen, sich um einen anderen Dauerarbeitsplatz zu bemühen. Indem er sich arbeitsuchend gemeldet habe, sei er seinen sozialrechtlichen Handlungspflichten nachgekommen. Weitere Bemühungen habe er nicht entfalten müssen, weil die Agentur für Arbeit dies nicht verlangt habe. Während des Bezugs von Arbeitslosengeld II habe er die Weisungen des Jobcenters und dessen

6

Vermittlungsangebote beachtet. Zudem habe er sich dann initiativ um andere Arbeitsplätze beworben und andere Arbeit tatsächlich angenommen.

Soweit für die Revision noch von Bedeutung hat der Kläger zuletzt - im Einzelnen monatsweise mit den jeweiligen Abzügen aufgeschlüsselt - sinngemäß beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 103.200,35 Euro brutto abzgl. 17.100,51 Euro netto nebst Zinsen nach bestimmter betragsmäßiger und zeitlicher Staffelung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, der Kläger habe es böswillig unterlassen einen anderweitigen Verdienst zu erzielen. Angesichts der seit Jahrzehnten geringsten Arbeitslosenquote insbesondere im O wäre er spätestens ab dem 1. Dezember 2017 in der Lage gewesen, eine anderweitige Beschäftigung zu erlangen, die zumindest die Erzielung eines Monatsentgelts in der Größenordnung von 3.100,00 Euro brutto ermöglicht hätte. Eine konkrete Arbeitsmöglichkeit habe sie nicht aufzeigen müssen. Vielmehr hätte der Kläger nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast vortragen müssen, dass und aus welchen Gründen er eine Stelle nicht habe erlangen können.

Das Arbeitsgericht hat der Klage für den Zeitraum vom 1. April 2019 bis zum 30. August 2020 stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers - unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Beklagten - das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und der Klage auch für den Zeitraum von Januar 2018 bis März 2019 stattgegeben. Mit der vom Senat nachträglich zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren, die Klage insgesamt abzuweisen, weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dem Kläger stünden die geltend gemachten Vergütungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zu, da böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs iSd. § 11 Nr. 2 KSchG nicht in Betracht komme, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend über die Begründetheit der Klage entscheiden. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ZPO). 10

I. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann der auf Vergütung wegen Annahmeverzugs gerichteten Klage nicht stattgegeben werden. Die zur Beurteilung der Böswilligkeit eines etwaigen Unterlassens anderweitigen Erwerbs im Rahmen von § 11 Nr. 2 KSchG vom Berufungsgericht vorgenommene Abwägung der beiderseitigen Interessen hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 11

1. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des Annahmeverzugs in dem in der Revision noch streitgegenständlichen Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis zum 30. August 2020 erfüllt sind. Die Beklagte hat den Kläger in dieser Zeit nicht beschäftigt und befand sich aufgrund ihrer unwirksamen Arbeitgeberkündigung(en) im Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB), ohne dass ein Angebot der Arbeitsleistung erforderlich gewesen wäre (BAG 29. März 2023 - 5 AZR 255/22 - Rn. 13 mwN). Hierüber besteht zwischen den Parteien kein Streit. Dies gilt im Wesentlichen auch für die Höhe der im streitgegenständlichen Zeitraum geschuldeten Vergütung. Bei der Differenz von 0,01 Euro zwischen der vom Kläger ab April 2018 eingeklagten und vorinstanzlich zugesprochenen monatlichen Bruttovergütung von 3.045,77 Euro und den Angaben der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 11. Mai 2021 dürfte es sich um ein Rundungs- oder Schreibversehen handeln. Dies wird im fortgesetzten Berufungsverfahren aufzuklären sein. 12



2. Da im Streitzeitraum nach der rechtskräftigen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts vom 16. Juli 2020 (- 3 Sa 51/19 -) das Arbeitsverhältnis fortbestanden hat, richtet sich die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG und nicht nach dem weitgehend inhaltsgleichen § 615 Satz 2 BGB (vgl. BAG 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 12 mwN). Auch dies hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt. 13
3. Der Kläger hat im Rahmen seiner Antragstellung den nach § 11 Nr. 1 KSchG anzurechnenden tatsächlich erzielten anderweitigen Verdienst berücksichtigt. Entsprechendes gilt für die von ihm im Streitzeitraum bezogenen öffentlich-rechtlichen Leistungen, hinsichtlich derer er mit Blick auf den kraft Gesetzes eintretenden Anspruchsübergang (§ 115 Abs. 1 SGB X) nicht mehr aktivlegitimiert war. Diese Abzüge sind zwischen den Parteien nicht streitig. 14
4. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann jedoch der von der Beklagten erhobene Einwand, der Kläger habe böswillig anderweitigen Erwerb unterlassen (§ 11 Nr. 2 KSchG), nicht zurückgewiesen werden. 15
- a) § 11 Nr. 2 KSchG bestimmt, dass sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen muss, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. 16
- aa) Ein Arbeitnehmer unterlässt böswillig iSd. § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert. Der Arbeitnehmer darf auch nicht vorsätzlich verhindern, dass ihm eine zumutbare Arbeit überhaupt angeboten wird (BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 22; 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 17; ErfK/Preis/Greiner 24. Aufl. BGB § 615 Rn. 95). Böswilligkeit setzt dabei nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen. Fahrlässiges, auch grob fahr-

lässiges Verhalten reicht allerdings nicht aus (*BAG 24. Januar 2024 - 5 AZR 331/22 - Rn. 30; 11. Januar 2006 - 5 AZR 98/05 - Rn. 18, BAGE 116, 359*).

bb) In § 11 Nr. 2 KSchG wird dem Arbeitnehmer eine Pflicht zur angemessenen Rücksichtnahme auf die Belange des Arbeitgebers auferlegt. Der Arbeitnehmer soll seine Annahmeverzugsansprüche nicht ohne Rücksicht auf den Arbeitgeber durchsetzen können (*vgl. BAG 11. Januar 2006 - 5 AZR 125/05 - Rn. 16, BAGE 116, 355*). Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls (*BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 31; 8. September 2021 - 5 AZR 205/21 - Rn. 13*). Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist damit stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen (*BAG 19. Mai 2021 - 5 AZR 420/20 - Rn. 15*). 18

cc) Im Rahmen dieser Gesamtabwägung kann eine Verletzung sozialrechtlicher Handlungspflichten zu berücksichtigen sein. Dies hat der Senat bereits für eine Verletzung der in § 38 Abs. 1 SGB III geregelten Pflicht, sich innerhalb von drei Tagen nach Erhalt einer außerordentlichen Kündigung bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden, entschieden (*BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 21; 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 47, BAGE 170, 327*). Die sozialrechtlichen Handlungspflichten verfolgen zwar vorrangig arbeitsmarktpolitische und sozialversicherungsrechtliche Zwecke, sie können aber dennoch im Rahmen der Anrechnungsvorschriften beim Annahmeverzug zu berücksichtigen sein. Dem Arbeitnehmer kann grundsätzlich auch arbeitsrechtlich das zugemutet werden, was ihm das Gesetz ohnehin abverlangt. Die sozialrechtlichen Handlungspflichten können daher bei der Auslegung des Begriffs des böswilligen Unterlassens am Maßstab der gemeinsamen Vertragsbeziehung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht außer Acht gelassen werden (*BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 22; für eine „Ausstrahlung“ Staudinger/Fischinger [2022] § 615 Rn. 174a*). Im Rahmen der sozialrechtlichen Gesetzeslage kann daher auch in den Blick zu nehmen sein, dass der Arbeitnehmer aufgrund der Regelung des § 2 Abs. 5 SGB III zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit angehalten ist (*vgl. BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR* 19

387/19 - Rn. 47, BAGE 170, 327; APS/Biebl 7. Aufl. KSchG § 11 Rn. 22; ErfK/Kiel 24. Aufl. KSchG § 11 Rn. 8; Witteler/Brune NZA 2020, 1689, 1691, jeweils mwN).

dd) Meldet sich der Arbeitnehmer nach einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend und geht er deren Vermittlungsangeboten nach, wird ihm regelmäßig keine vorsätzliche Untätigkeit vorzuwerfen sein. Aus § 11 Nr. 2 KSchG kann allerdings nicht abgeleitet werden, der Arbeitnehmer dürfe in jedem Fall ein zumutbares Angebot der Agentur für Arbeit 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 (dazu BAG 22. März 2017 - 5 AZR 337/16 - Rn. 27; 11. Januar 2006 - 5 AZR 98/05 - Rn. 19, BAGE 116, 359; BeckOGK/Schwarz Stand 1. Dezember 2023 KSchG § 11 Rn. 61). Der Arbeitnehmer ist jedoch nicht generell und ohne weiteres verpflichtet, sich unermüdlich um eine zumutbare Arbeit zu kümmern (anders LAG Berlin-Brandenburg 30. September 2022 - 6 Sa 280/22 - Rn. 153, wonach der Arbeitnehmer in einer solchen Situation verpflichtet sei, im zeitlichen Umfang einer Vollzeitstelle Bewerbungsbemühungen zu entfalten). Hiergegen spricht, dass § 11 Nr. 2 KSchG, der an § 615 Satz 2 BGB anknüpft (so die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 9 KSchG, der dem heutigen § 11 KSchG entspricht, RdA 1951, 61, 64), letztlich wie § 615 Satz 2 BGB eine Billigkeitsregelung enthält (so bereits Motive zum BGB 1888 Bd. 2 S. 209). Sie verlangt im Rahmen einer Gesamtabwägung die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zu berücksichtigen (st. Rspr., zuletzt BAG 24. Januar 2024 - 5 AZR 331/22 - Rn. 29; NK-GA/Boemke 2. Aufl. BGB § 615 Rn.115; Staudinger/Fischinger [2022] § 615 Rn. 168; MüKoBGB/Henssler 9. Aufl. § 615 Rn. 87; HWK/Krause 10. Aufl. § 615 BGB Rn. 94; ErfK/Preis/Greiner 24. Aufl. BGB § 615 Rn. 95 f.; Schubert/Jörgensen BB 2023, 55, 56, jeweils mwN). Hieraus folgt aber auch, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, dem Arbeitnehmer geeignete Stellenangebote, zB aus Zeitungsannoncen oder privaten „Jobportalen“ zu übermitteln, um ihn aktiv zur Prüfung anderweitiger Beschäftigungsoptionen zu veranlassen (MüKoBGB/Henssler

20

9. Aufl. § 615 Rn. 87; dazu bereits BAG 16. Mai 2000 - 9 AZR 203/99 - zu II 2 b cc der Gründe, BAGE 94, 343).

ee) Die anderweitige Arbeit muss zumutbar sein. Dies beurteilt sich insbesondere nach der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen (vgl. BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 14 mwN; ErfK/Preis/Greiner 24. Aufl. BGB § 615 Rn. 95). 21

(1) Die Unzumutbarkeit einer anderweitigen Tätigkeit folgt nicht allein schon aus einem geringeren Verdienst im Verhältnis zum bisherigen. Dies gilt nach der Senatsrechtsprechung für eine Beschäftigungsmöglichkeit beim kündigenden Arbeitgeber (dazu BAG 16. Juni 2004 - 5 AZR 508/03 - zu II 3 c der Gründe, BAGE 111, 123; zust. Schubert/Jörgensen BB 2023, 55, 58; MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. § 76 Rn. 74). Denn § 11 Nr. 2 KSchG schließt den Fall mit ein, dass der Arbeitgeber eine vertragswidrige Arbeit anbietet, weil das Angebot vertragsgerechter Arbeit zur Erfüllung des bestehenden Arbeitsvertrags bereits den Annahmeverzug beenden würde (BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 31; 7. Februar 2007 - 5 AZR 422/06 - Rn. 16 f., BAGE 121, 133 unter Aufgabe von BAG 3. Dezember 1980 - 5 AZR 477/78 - zu II 3 der Gründe). Zudem darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Arbeitnehmer wegen des Annahmeverzugs seine bisherige Vergütung fortgezahlt erhält, wenn er im Kündigungsschutzprozess obsiegt (Schubert/Jörgensen BB 2023, 55, 59; Schaub ArbR-HdB/Linck 20. Aufl. § 95 Rn. 84). 22

(2) Hiervon ausgehend ist kein Grund ersichtlich, warum in Bezug auf eine Beschäftigungsmöglichkeit bei einem Dritten anderes gelten soll (im Ergebnis auch KR/Spilger 13. Aufl. § 11 KSchG Rn. 50; enger Staudinger/Fischinger [2022] § 615 Rn. 172; MüKoBGB/Henssler 9. Aufl. § 615 Rn. 89). Inwieweit der Arbeitnehmer eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen sowohl der Art, der Arbeitszeit und des Ortes der anderweitigen Beschäftigung sowie des Verdienstes hinnehmen muss, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen muss der Arbeitnehmer allerdings grundsätzlich nicht hinnehmen (KR/Spilger 13. Aufl. § 11 KSchG Rn. 50; MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. § 76 Rn. 76). Die andere Tätigkeit 23

darf auch nicht mit den Pflichten aus dem gekündigten Arbeitsverhältnis kollidieren, weshalb beispielsweise die Aufnahme einer gegen ein Wettbewerbsverbot verstoßenden Konkurrenztaetigkeit unzumutbar waere (*BeckOGK/Bieder Stand 1. Juli 2022 BGB § 615 Rn. 94; Schubert/Jørgensen BB 2023, 55, 58; MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. § 76 Rn. 76*).

(3) Die in § 140 SGB III normierten Anforderungen an eine zumutbare Beschäftigung sind bei der Beurteilung des böswilligen Unterlassens eines anderweitigen Verdienstes - ebenso wie die anderen Bestimmungen des SGB III - nicht „eins zu eins“ zu berücksichtigen. Insoweit ist zu beachten, dass Ziel dieser Regelung ist, einen Beschäftigungsschub und damit letztlich über verbesserte Funktionsfähigkeit der Marktmechanismen eine Verringerung der Lohnnebenkosten zu erreichen. Die Beschäftigungssuche erfordere nicht nur, dass der Arbeitslose willens ist, eine versicherungspflichtige Beschäftigung aufzunehmen, sondern darüber hinaus, dass er sich selbst aktiv unter Nutzung aller Möglichkeiten, die sich ihm bieten, um eine neue Beschäftigung bemühe, um den Versicherungsfall schnellstmöglich zu beenden (*so die Gesetzesbegründung zu der Vorgängerregelung in § 121 SGB III, die § 140 SGB III entspricht, BT-Drs. 13/4941 S. 145*). Dies geht deutlich über das hinaus, was der Zweck des § 11 Nr. 2 KSchG bei der Bestimmung böswillig unterlassenen Verdienstes vom Arbeitnehmer verlangt (*dazu Rn. 18*). Das bedeutet, dass die in § 140 Abs. 3 und Abs. 4 SGB III enthaltenen Entgeltgrenzen und zumutbaren Pendelzeiten nicht bei der Auslegung und Anwendung des § 11 Nr. 2 KSchG herangezogen werden können (*so auch BeckOK BGB/Baumgärtner Stand 1. Februar 2024 § 615 Rn. 42*).

(4) Ausgehend hiervon wäre - worauf vorliegend der Kläger hinweist - jedenfalls eine Tätigkeit, bei der der zu erzielende Nettoverdienst unter dem Arbeitslosengeld I läge, während des Bezugszeitraums dieser Leistung nicht als zumutbar anzusehen. Weder erfordert die Rücksichtnahme auf den im Annahmeverzug befindlichen Arbeitgeber die Aufnahme einer solchen Tätigkeit, noch handelt der Arbeitnehmer vorwerfbar, wenn er sich für den Bezug der ihn finanziell besser stellenden öffentlich-rechtlichen Leistung entscheidet. Schließlich besteht auch

für ihn ein Prozessrisiko im Kündigungsschutzverfahren und damit die Ungewissheit, ob ihm später Vergütungsnachzahlungen unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zustehen werden. Andererseits käme ein böswillig unterlassener anderweitiger Verdienst in Betracht, wenn der Kläger eine anderweitige Arbeit nicht aufgenommen oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert hat, bei der er etwas weniger als zuvor verdient hätte und die Arbeit insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Art, der Entfernung der Arbeitsstätte und der Arbeitszeit zumutbar gewesen wäre.

b) Bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „Böswilligkeit“ und „Zumutbarkeit“ kommt dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zu, der vom Revisionsgericht nur beschränkt daraufhin überprüfbar ist, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, bei der Unterordnung des festgestellten Sachverhalts unter diesen Rechtsbegriff Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt worden sind und bei der gebotenen Gesamtabwägung nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt wurden oder das Ergebnis in sich widersprüchlich ist (*BAG 24. Januar 2024 - 5 AZR 331/22 - Rn. 32; 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 33*). 26

c) Die Beweislast für die Einwendung nach § 11 Nr. 2 KSchG trägt grundsätzlich der Arbeitgeber, der mit dem Ausspruch der unwirksamen Kündigung die Ursache für den Annahmeverzug gesetzt hat (*BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 27 mwN, BAGE 170, 327; MüKoBGB/Hergenröder 9. Aufl. KSchG § 11 Rn. 18; zu § 615 BGB vgl. bereits Motive zum BGB 1888 Bd. 2 S. 209*). 27

aa) Der Arbeitgeber hat grundsätzlich im ersten Schritt konkret darzulegen, dass für den Arbeitnehmer im Verzugszeitraum Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden. In Bezug auf die Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit hat er ergänzend einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitnehmer (*zu den Anforderungen im Einzelnen BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 30 ff., BAGE 170, 327*). Den Arbeitnehmer trifft insoweit unter Berücksichtigung der aus § 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO folgenden Pflicht, sich zu den vom Arbeitgeber behaupteten Tatsachen wahrheitsgemäß und vollständig zu erklären, eine sekundäre Darlegungslast (*dazu allgemein BGH 8. Februar 2024 - IX ZR 107/22 - Rn. 39*). 28

8. März 2021 - VI ZR 505/19 - Rn. 27, jeweils mwN; MüKoZPO/Fritsche 6. Aufl. ZPO § 138 Rn. 25). Die sekundäre Darlegungslast führt allerdings weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber alle für seinen Prozess Erfolg benötigten Informationen zu verschaffen.

Legt der Arbeitnehmer in diesem Rahmen dar, dass er sich nach einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend gemeldet hat und deren Vermittlungsangeboten sachgerecht nachgegangen ist, wird ihm regelmäßig keine vorsätzliche Untätigkeit vorzuwerfen sein. Zu den unterbreiteten Vermittlungsvorschlägen und seinen hierauf folgenden Bemühungen hat er sich dabei im Prozess näher zu erklären (vgl. BAG 27. Mai 2020 - 5 AZR 387/19 - Rn. 27 mwN, BAGE 170, 327). Die Feststellungslast hinsichtlich der Fragen, ob diese Vermittlungsvorschläge „zumutbare“ und im Fall einer Bewerbung verwirklichte Erwerbschancen dargestellt haben, bleibt beim Arbeitgeber. Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitgeber im Annahmeverzugsprozess darlegt und im Streitfall beweist, dass er dem Arbeitnehmer geeignete Stellenangebote übermittelt hat. Mit diesen hat sich der Arbeitnehmer - im zumutbaren Rahmen - auseinanderzusetzen und sich zu bewerben. Hierzu hat sich der Arbeitnehmer zu erklären und darzulegen, was er unternommen hat.

29

bb) In Sonderfällen kann, auch in Anlehnung an den Rechtsgedanken der Bedingungsverweigerung (§ 162 BGB), eine interessengerechte Abstufung der Darlegungs- und Beweislast erforderlich sein. Hierbei sind die jeweiligen Erkenntnismöglichkeiten zu berücksichtigen und ebenso die Anknüpfungspunkte, die sozialrechtliche Pflichten für die Konkretisierung des unterlassenen anderweitigen Verdienstes bilden (vgl. dazu auch BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 31 f.). Dies gilt ua. für den Fall, dass ein Arbeitnehmer zwar der in § 38 Abs. 1 SGB III geregelten Meldepflicht nachkommt, aber zugleich durch sein Verhalten veranlasst, dass ihm die Agentur für Arbeit tatsächlich keine Vermittlungsvorschläge unterbreitet.

30

(1) Auch in diesem Fall einer nur formal ordnungsgemäßen Meldung bei der Agentur für Arbeit bleibt im Ausgangspunkt schlüssiger Vortrag des darlegungs- und beweisbelasteten Arbeitgebers zu konkreten und zumutbaren Beschäftigungsmöglichkeiten erforderlich. Dem kann nicht entgegengehalten werden, ein Arbeitnehmer, der Vermittlungsangebote verhindere, könne nicht besser gestellt werden als derjenige, der sich auf ihm vorliegende Vermittlungsangebote nicht bewirbt. Weder das eine noch das andere Verhalten ist schutzwürdig. Wenn die Agentur für Arbeit einem Arbeitnehmer auf dessen Veranlassung keine Vermittlungsangebote unterbreitet hat, hat er über die hypothetisch möglichen Stellenvorschläge ebenso wenig Kenntnis wie der im Annahmeverzug befindliche Arbeitgeber. Dieser kann sich im Streitzeitraum aber zB über die öffentlich zugänglichen Angebote der Agentur für Arbeit (Selbstinformationseinrichtungen iSd. § 35 Abs. 3 Satz 1 SGB III) Kenntnis über bestehende Vermittlungsmöglichkeiten verschaffen. Er hat also die Möglichkeit, bei Anwendung der ihm im eigenen Interesse treffenden Sorgfalt zu Beschäftigungsmöglichkeiten vorzutragen und damit seiner primären Darlegungslast nach § 11 Nr. 2 KSchG zu genügen. 31

(2) Benennt der Arbeitgeber - ggf. auch über eine nachträgliche amtliche Auskunft der Agentur für Arbeit - im Annahmeverzugsprozess über diese zu besetzende und zumutbare Stellen, trägt der Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt der Bedingungsverweigerung im Weiteren die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Bewerbung auf eine solche Stelle erfolglos gewesen wäre. Er hat nämlich durch sein Verhalten gegenüber der Agentur für Arbeit verhindert, dass ihm die Beschäftigungsmöglichkeiten tatsächlich angeboten wurden und er Angaben zum Ablauf und den Details einer Bewerbung auf diese Stellen machen kann. Kommt das Gericht nach § 286 Abs. 1 ZPO zu der notwendigen Überzeugung, eine Bewerbung des Arbeitnehmers wäre erfolgreich gewesen, kann bezüglich des Beginns des Arbeitsverhältnisses und der Höhe des Verdienstes auch eine Schätzung in entsprechender Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO in Betracht kommen. 32



5. Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen hält die vom Landesarbeitsgericht zur Beurteilung der Böswilligkeit vorgenommene Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Es hat nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und sie nicht widerspruchsfrei gewürdigt. 33

a) Das Landesarbeitsgericht hat wesentlich darauf abgestellt, dass der Kläger sich nach Erhalt der Kündigung(en) umgehend arbeitslos gemeldet und damit „das seinerseits erforderliche getan“ habe. Er habe seine sozialrechtlichen Handlungspflichten erfüllt und alles eingehalten, was die für ihn zuständige Sachbearbeiterin der Agentur für Arbeit verlangt habe. Ebenso habe das Jobcenter (für die Zeit ab Februar 2019) bestätigt, dass der Kläger ausreichende Anstrengungen unternommen habe, um seine Arbeitslosigkeit zu beenden. Seine Bewerbungsbemühungen hätten schließlich auch zu dem Arbeitsverhältnis mit der X GmbH vom 29. Juli 2019 bis zum 31. August 2019 und ab Februar 2020 zur Aufnahme der geringfügigen Beschäftigung geführt. Die Beklagte habe dem Kläger keine Stellenangebote unterbreitet und zudem das Arbeitsverhältnis zu Unrecht gekündigt. Insgesamt könne nicht davon ausgegangen werden, dass das Verhalten des Klägers ihn „dem Grunde nach“ dem Vorwurf des böswilligen Unterlassens aussetzen würde. 34

b) Im Rahmen dieser Abwägung hat das Landesarbeitsgericht wesentliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen. Es hat vor allem nicht ausreichend berücksichtigt, dass der Kläger durch seine Äußerungen gegenüber der Agentur für Arbeit die Ursache dafür gesetzt hat, dass ihm von dieser über ein Jahr lang (von Ende 2017 bis Januar 2019) keine Vermittlungsvorschläge unterbreitet wurden. 35

aa) Wie sich aus dem vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen E-Mail-Verkehr zwischen dem Kläger und der Agentur für Arbeit ergibt, hat er der zuständigen Sachbearbeiterin mitgeteilt, er könne sich anderweitig bewerben, wenn man ihn dazu zwingt. Er werde einem potentiellen Arbeitgeber aber bei Bewerbungen - noch vor einem Vorstellungsgespräch - mitteilen, dass ein Gerichtsverfahren mit dem letzten Arbeitgeber laufe und er unbedingt dort weiterarbeiten wolle. Dieses Verhalten ist - auch unter Berücksichtigung sozialrechtlicher 36

Handlungspflichten - in der Interessenabwägung zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen. Zwar ist es richtig, dass ein Arbeitnehmer in der Situation des Klägers auf die Frage eines potentiellen neuen Arbeitgebers im Bewerbungsprozess Angaben dazu machen darf bzw. muss, wie sich die Situation bezüglich des gekündigten „vorherigen“ Arbeitsverhältnisses darstellt (vgl. *Erman/Riesenhuber 17. Aufl. BGB § 615 Rn. 60; MüKoBGB/Henssler 9. Aufl. § 615 Rn. 89; so bereits BAG 18. Oktober 1958 - 2 AZR 291/58 - zu II der Gründe, BAGE 6, 306*). Auch kann dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen, dass er sich gegen unwirksame Kündigung(en) gewehrt hat und das Arbeitsverhältnis zur Beklagten fortsetzen wollte. Der Kläger hat jedoch eine Vorgehensweise angekündigt, mit der er von vornherein verhindern wollte und konnte, dass seine Bewerbung in die engere Wahl kommen könnte. Ein ungefragter Hinweis auf ein laufendes Gerichtsverfahren mit dem bisherigen Arbeitgeber schon vor einem Vorstellungsgespräch entspricht nicht dem Verhalten einer tatsächlich um eine Beschäftigung bemühten Person (vgl. *zur sozialrechtlichen Perspektive BSG 5. September 2006 - B 7a AL 14/05 R - Rn. 19 ff., BSGE 97, 73 - Der Arbeitslose ist [bei Abfassen einer Bewerbung] gehalten, alle Bestrebungen zu unterlassen, die [der Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses] nach außen hin erkennbar entgegenlaufen und den Arbeitgeber veranlassen, ihn schon vor einer persönlichen Vorstellung aus dem Bewerberkreis auszuschneiden.*).

bb) Das Verhalten der Agentur für Arbeit, die ihren Vermittlungsauftrag nicht wahrgenommen hat, entlastet den Kläger nicht. Denn er hat es bei lebensnaher Betrachtung hierauf gerade angelegt. Damit hat er im Ergebnis verhindert, dass ihm eine zumutbare Arbeit überhaupt angeboten werden konnte. Dies hat das Landesarbeitsgericht nicht berücksichtigt, indem es lediglich auf die bloße formalordnungsgemäße Arbeitsuchendmeldung abgestellt und diese als ausreichend gewertet hat. 37

c) Vertrauensschutzgesichtspunkte stehen einer Berücksichtigung dieses Verhaltens des Klägers, mit dem er im Ergebnis den Zweck der Pflicht zur Meldung bei der Agentur für Arbeit - den Versuch der Arbeitsvermittlung - vereitelt hat, nicht entgegen. Anders als das Landesarbeitsgericht gemeint hat, wäre auch 38

ein unterstelltes Vertrauen des Klägers darauf, dass sogar das vollständige Unterlassen der Meldung bei der Agentur für Arbeit nach der Entscheidung des Neunten Senats vom 16. Mai 2000 (- 9 AZR 203/99 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 94, 343) nicht bei der Prüfung böswilligen Unterlassens iSv. § 11 Nr. 2 KSchG zu berücksichtigen sei, nicht schutzwürdig (vgl. BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 24 ff.). Die dahingehende Argumentation des Berufungsgerichts ist zudem nicht widerspruchsfrei. Wenn - so das Landesarbeitsgericht - vom Kläger als Maschinenbeschicker ohne abgeschlossene Berufsausbildung nicht verlangt werden könne, eine Änderung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu antizipieren oder zur Kenntnis zu nehmen, kann auch nicht angenommen werden, er habe sich wegen der Entscheidung des Neunten Senats aus dem Jahr 2000 nicht zur Arbeitslosmeldung verpflichtet fühlen müssen.

d) Soweit das Landesarbeitsgericht zu Gunsten des Klägers auf dessen Bewerbungsbemühungen abgestellt hat, hat es den festgestellten Sachverhalt nicht vollständig berücksichtigt. Es hat sich nicht damit auseinandergesetzt, dass der Kläger solche Bemühungen nach seinem eigenen Vortrag nur in einem wenige Monate umfassenden Zeitraum unternommen hat. Von Januar 2018 bis Mai 2019 und von Dezember 2019 bis August 2020 hat er nämlich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Bemühungen um eine anderweitige Beschäftigung vorgetragen. Der Berücksichtigung dieses Verhaltens steht auch nicht die ab Februar 2020 aufgenommene Tätigkeit für die M gGmbH entgegen. Zwar mag der Wechsel in eine Teilzeitbeschäftigung je nach den Umständen des konkreten Falls ausreichen, um böswilliges Unterlassen (weiteren) Verdienstes auszuschließen. Die Aufnahme einer lediglich geringfügigen Beschäftigung ist ohne das Hinzutreten weiterer Umstände, die vorliegend nicht festgestellt (und auch nicht vorgetragen) sind, aber nicht ausreichend. Insoweit ist zu beachten, dass der Senat in anderem Zusammenhang bereits entschieden hat, dass das Unterlassen eines anderweitigen Erwerbs auch dann böswillig sein kann, wenn sich der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Zahlungspflicht des Arbeitgebers vorsätzlich mit einer zu geringen Vergütung zufrieden gibt (BAG 24. Januar 2024 - 5 AZR 331/22 - Rn. 30; ebenso bereits BAG 20. Januar 1967 - 3 AZR 253/66 - zu 5 a der Gründe, BAGE 19, 194).

39

e) Indem das Berufungsgericht im Rahmen der Abwägung für maßgeblich 40  
erachtet hat, dass das Jobcenter die Bemühungen des Klägers als ausreichend  
angesehen habe, hat es nicht den richtigen Bewertungsmaßstab angelegt. Die  
sozialrechtlichen Handlungspflichten sind bei der Gesamtabwägung in den Blick  
zu nehmen, aber nicht „eins zu eins“ bei der Bestimmung des böswilligen Unter-  
lassens heranzuziehen. Sie bilden Anknüpfungspunkte für die Konkretisierung  
des böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes (*BAG 12. Oktober 2022*  
*- 5 AZR 30/22 - Rn. 22*). Böswilligkeit kann also nicht allein mit dem Verweis auf  
die Anforderungen, die das Jobcenter gestellt hat, verneint werden. Vielmehr ist  
unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls das Maß erforderlicher  
Bemühungen zu bestimmen (*ähnlich auch BSG 23. Juni 2016 - B 14 AS*  
*42/15 R - Rn. 18 f., BSGE 121, 268*).

f) Soweit das Landesarbeitsgericht in der Gesamtabwägung darauf abge- 41  
stellt hat, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis zu Unrecht gekündigt und damit  
ihre Treuepflicht in besonderer Weise verletzt habe, trägt der festgestellte Sach-  
verhalt eine besondere Berücksichtigung der Kündigungsumstände nicht. Eine  
Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG setzt immer eine unwirksame Arbeitgeber-  
kündigung voraus. Besondere Umstände, wie mehrfache vorangegangene un-  
wirksame und zurückgenommene Kündigungen, können zwar berücksichtigt  
werden (*vgl. BAG 12. Oktober 2022 - 5 AZR 30/22 - Rn. 30*). Dass solche Um-  
stände vorliegend gegeben waren, hat das Landesarbeitsgericht aber nicht fest-  
gestellt. Es hat auch nicht ausgeführt, weshalb die vorliegende Kündigung, die  
erstinstanzlich für wirksam erachtet wurde, eine besondere Treuepflichtverlet-  
zung darstellen soll.

II. Die festgestellten Rechtsfehler führen zur Aufhebung des Berufungsur- 42  
teils, § 562 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen  
Gründen als richtig dar (*vgl. § 561 ZPO*). Der Senat kann auf der Grundlage der  
bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts über die Begründetheit der  
Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nicht abschließend entscheiden,  
zumal die Anwendung und Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe „Zumut-  
barkeit“ und „Böswilligkeit“ in erster Linie Sache der Tatsachengerichte ist. Der

Anspruch auf rechtliches Gehör und auf Gewährleistung eines fairen Verfahrens (dazu BAG 7. Februar 2019 - 6 AZR 84/18 - Rn. 30; 23. August 2017 - 10 AZR 859/16 - Rn. 20, BAGE 160, 57) gebieten es zudem, den Parteien im fortgesetzten Berufungsverfahren Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag auch zur Frage zumutbarer Beschäftigungsmöglichkeiten zu geben. Das führt zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Hierbei hat der Senat von der Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts nach § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

1. Das Landesarbeitsgericht wird im fortgesetzten Berufungsverfahren im Rahmen einer umfassenden Gesamtabwägung prüfen müssen, ob das Verhalten des Klägers ein böswilliges Unterlassen iSd. § 11 Nr. 2 KSchG darstellte. Hierbei wird es zu berücksichtigen haben, dass der Kläger sich zwar formal ordnungsgemäß bei der Agentur für Arbeit gemeldet, zugleich aber mit seinem übrigen Verhalten tatsächliche Vermittlungsbemühungen verhindert hat. Um anderweitige Stellen beworben hat er sich erst mehr als ein Jahr später. Sobald er dies tat, gelang es ihm, eine anderweitige Verdienstmöglichkeit zu finden. Das könnte dafür sprechen, dass die in dieser Zeit unternommenen Bemühungen ausreichend waren. Umgekehrt mag dies aber auch ein Anhaltspunkt dafür sein, dass es ihm möglich gewesen wäre, eine entsprechende Stelle bereits früher zu finden. 43
2. Sollte das Landesarbeitsgericht ein böswilliges Unterlassen bejahen, wird es zu prüfen und - ggf. im Rahmen einer Schätzung in analoger Anwendung von § 287 ZPO - festzustellen haben, in welcher Höhe und ab wann der Kläger einen anrechenbaren Verdienst hätte erzielen können (*sh. Rn. 30 ff.*). 44
- a) Die Beklagte hat - ggf. unter Einholung einer amtlichen Auskunft der Agentur für Arbeit - zu einzelnen zumutbaren Tätigkeitsmöglichkeiten, die im Streitzeitraum über die Agentur für Arbeit hätten vermittelt werden können, vorzutragen. Der bisherige Vortrag der Beklagten ist nicht hinreichend konkret. Allein aus Statistiken lässt sich nicht das Vorhandensein einer tatsächlichen zumutbaren Arbeitsmöglichkeit ableiten. Abgesehen davon sind die von der Beklagten 45

vorgetragenen statistischen Angaben weder auf den Tätigkeitsbereich des Klägers (unter Berücksichtigung des bestehenden Wettbewerbsverbots) zugeschnitten, noch berücksichtigen sie seine persönlichen Voraussetzungen (fehlende Berufsausbildung). Holt die Beklagte entsprechenden Vortrag nach, trägt in einem Fall wie dem vorliegenden der Kläger die Feststellungslast (*sh. Rn. 32*), weil er durch sein Verhalten die Ursache dafür gesetzt hat, dass vorhandene Stellen ihm nicht vorgeschlagen wurden und er daher nicht zum realen Ablauf einer Bewerbung vortragen kann.

b) Die Beklagte kann sich auch auf zumutbare Arbeitsmöglichkeiten außerhalb der Vermittlung durch die Agentur für Arbeit - zB mit Blick auf die in das Verfahren eingeführten Zeitungsannoncen - berufen. Auch insoweit ist es jedoch an ihr, konkrete Stellen zu benennen, die unter Berücksichtigung der Verdienstmöglichkeiten eine zumutbare Tätigkeitsmöglichkeit dargestellt hätten. Sie trägt dabei die Darlegungs- und Beweislast für den Erfolg etwaiger Bewerbungen (*sh. Rn. 29*), weil sie den Kläger nicht zeitnah auf anderweitige freie Stellen hingewiesen hat. Der Kläger hatte in dem Zeitpunkt, in dem diese frei und zu besetzen waren, keine Kenntnis und keine Möglichkeit sich zu bewerben. Daher ist es ihm nicht möglich, aus eigener Sachnähe zum Ablauf einer Bewerbung vorzutragen. 46

3. Für den Fall der - ggf. teilweisen - Klagestattgabe weist der Senat auf die in diesem Fall nur anteilig vorzunehmende Berücksichtigung der bezogenen öffentlich-rechtlichen Leistungen hin. Wenn sich der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs nach § 11 Nr. 2 KSchG auf das vom Arbeitgeber geschuldete Arbeitsentgelt böswillig unterlassenen Verdienst anrechnen lassen muss, ist nur in Höhe des Anteils, den der Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG noch vom Arbeitgeber verlangen kann, das bezogene Arbeitslosengeld nach § 11 Nr. 3 KSchG zur Anrechnung zu bringen (*BAG 19. Januar 2022 - 5 AZR 346/21 - Rn. 45; 11. Januar 2006 - 5 AZR 125/05 - Rn. 15 ff., BAGE 116, 355*). 47

4. Hinsichtlich der bei einer - ggf. teilweisen - Klagestattgabe zuzusprechenden Zinsen ist das Landesarbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte wegen der verzögerten Vergütungszahlung nach § 288 Abs. 1, 48

§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB ohne vorherige Mahnung zur Leistung der Verzugszinsen ab dem Tag nach Eintritt der Fälligkeit gemäß § 187 Abs. 1 BGB verpflichtet war. Die Voraussetzungen eines Ausschlusses des Schuldnerverzugs wegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums lagen nicht vor (*vgl. dazu BAG 3. Juli 2019 - 10 AZR 499/17 - Rn. 63, BAGE 167, 196*). Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht weiter bei der Bestimmung des jeweiligen Fälligkeitstags die Regelung des § 193 BGB berücksichtigt. Hiernach verschiebt sich der Zeitpunkt der Fälligkeit auf den nächsten und der Eintritt des Verzugs auf den darauffolgenden Werktag, wenn der Fälligkeitstag auf einen Samstag oder einen Feiertag fällt (*st. Rspr., vgl. nur BAG 24. Januar 2024 - 5 AZR 331/22 - Rn. 51*).

III. Im fortgesetzten Berufungsverfahren wird das Landesarbeitsgericht auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 49

Linck

Neumann

Bubach

Raabe

Störring

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 23. April 2024  
- 5 AZR 212/23 -  
ECLI:DE:BAG:2024:230424.U.5AZR212.23.0

I. Arbeitsgericht Nürnberg

Endurteil vom 21. Juni 2022  
- 9 Ca 5217/20 -

II. Landesarbeitsgericht Nürnberg

Urteil vom 6. Juni 2023  
- 7 Sa 275/22 -

---

Entscheidungsstichwort:

Vergütung für Umkleide-, Wege- und Körperreinigungszeiten

Leitsatz:

Körperreinigungszeiten gehören 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.



# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 212/23

7 Sa 275/22

Landesarbeitsgericht

Nürnberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

23. April 2024

## URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. April 2024 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach, den Richter am Bundesarbeitsgericht Neumann sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Zorn und Markhof für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 6. Juni 2023 - 7 Sa 275/22 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Landesarbeitsgericht die Beklagte unter Ziffer II. des Tenors zur Zahlung verurteilt hat und unter Ziffer III. festgestellt hat, dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten Arbeitszeit sind und als solche dem Kläger durch die Beklagte zu bezahlen sind.
2. Im Übrigen wird die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 6. Juni 2023 - 7 Sa 275/22 - mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass die Wegezeit vom Umkleideraum zur Arbeitsstätte des Klägers und zurück vergütungspflichtige Arbeitszeit ist.
3. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Vergütung für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten. 1

Der Kläger arbeitet seit Februar 2008 als vollzeitbeschäftigter Containermechaniker bei der Beklagten. Gemäß § 2 des Arbeitsvertrags vom 1. Februar 2009 finden die Tarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer und Angestellten des Speditions-, Transport- und Logistikgewerbes in Bayern in ihrer jeweils gültigen Fassung auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, insbesondere der Manteltarifvertrag für diese Beschäftigten idF vom 8. Dezember 2014 - gültig ab 1. Oktober 2014 - (MTV). Ferner existiert eine Gesamtbetriebsvereinbarung „Allgemeine Arbeitsordnung“ vom 22. Januar 2008 (GBV). Nach deren Nr. 5 richtet sich die Dauer der Arbeitszeit nach den gesetzlichen, tariflichen und einzelvertraglichen Bestimmungen sowie Betriebsvereinbarungen und die Mitarbeiter müssen sich 2

zum jeweils festgelegten Arbeitsbeginn in Arbeitskleidung am Arbeitsplatz befinden. Zudem besteht eine Betriebsvereinbarung zur Regelung der betrieblichen Arbeitszeiten vom 31. März 2004 (BV). Unter Nr. 5 Abs. 7 BV ist bestimmt, dass die tägliche Arbeitszeit mit Abschluss der jeweils zugeteilten Arbeit oder der entsprechenden Anweisung des Vorgesetzten endet.

Ein Arbeitstag des Klägers gestaltet sich wie folgt: Nach Betreten des Betriebsgeländes begibt er sich zu dem Gebäude, in welchem sich der Umkleideraum mit den Duschen, das Zeiterfassungsterminal und sein Arbeitsplatz befinden. Im ersten Stock zieht er die von der Beklagten gestellte Arbeitskleidung an und verstaut seine private Kleidung im Spind. Danach geht er die Treppe ins Erdgeschoss hinunter, wo sich wenige Meter entfernt das Zeiterfassungsterminal befindet. Dort loggt sich der Kläger ein und gibt weisungsgemäß die von der Beklagten bestimmte Uhrzeit des Schichtbeginns ein. Danach begibt er sich an seinen 30 bis 40 Meter entfernten Arbeitsplatz und nimmt seine eigentliche Tätigkeit auf, die nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts das „In-Ordnung-Bringen“ von Containern, die auf Wechselbrücken geladen werden, umfasst. Dazu gehört - wenn erforderlich - das Abschleifen rostiger und schadhafter Stellen und eine entsprechende Nachlackierung. Bei solchen Arbeiten kann der Kläger von der Beklagten gestellte Handschuhe, Schutzbrille und Atemmaske tragen. Nach der Arbeit begibt er sich zurück zum Umkleideraum und wäscht oder duscht sich. Die verunreinigte Arbeitskleidung lässt er auf Anweisung der Beklagten im Betrieb zur Reinigung. Danach begibt er sich zum Zeiterfassungsterminal und gibt weisungsgemäß die von der Beklagten bestimmte Uhrzeit des Endes der Schicht ein. Dann verlässt er den Betrieb.

3

Mit seiner Klage hat der Kläger zunächst für den Zeitraum von Januar 2017 bis August 2020 die Zahlung von Vergütung für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten iHv. 18.242,56 Euro brutto geltend gemacht. Nach mehrfacher Klageerweiterung hat er vorinstanzlich zuletzt die Zahlung von Vergütung für Januar 2017 bis April 2022 iHv. 25.554,45 Euro brutto - ausgehend von zusätzlich zu vergütender Arbeitszeit von arbeitstäglich 55 Minuten - und die Feststellung der entsprechenden Vergütungsverpflichtung der Beklagten für die Zukunft verlangt.

4

Der Kläger hat - soweit für die Revision unter Berücksichtigung bereits rechtskräftig abgewiesener Teilforderungen noch von Bedeutung - zuletzt sinngemäß beantragt,

5

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 418,68 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 9. Oktober 2020 zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 133,14 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 3. Dezember 2020 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 252,97 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 4. Februar 2021 zu zahlen,
4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 226,34 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 1. April 2021 zu zahlen,
5. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 79,88 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 2. Juni 2021 zu zahlen,
6. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 219,68 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 1. August 2021 zu zahlen,
7. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 252,97 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 2. Oktober 2021 zu zahlen,
8. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 259,62 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 27. November 2021 zu zahlen,
9. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 199,71 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 28. Januar 2022 zu zahlen,

10. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 159,77 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 31. März 2022 zu zahlen,
11. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 184,94 Euro brutto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 26. Mai 2022 zu zahlen,
12. festzustellen, dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten des Klägers Arbeitszeiten sind und als solche dem Kläger durch die Beklagte zu vergüten sind,
13. festzustellen, dass die vom Kläger auf dem Betriebsgelände der Beklagten zurückgelegten Wege zwischen Umkleideraum und Arbeitsstätte und zurück Arbeitszeiten sind und von der Beklagten an den Kläger zu vergüten sind,
14. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Feststellungsantrag zu 12., festzustellen, dass die Zeit im Betrieb für den Kläger, in welcher er sich umkleidet und duscht, Arbeitszeiten sind, wobei für das Duschen 30 Minuten und jeweils zehn Minuten für das Anziehen, mithin insgesamt 20 Minuten, als Arbeitszeit zu vergüten sind zuzüglich dem jeweils gültigen Tarifzuschlag, derzeit von 25 %,
15. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Feststellungsantrag zu 13., festzustellen, dass der durch den Kläger auf dem Betriebsgelände der Beklagten zurückgelegte Weg zwischen Pforte und Umkleideraum und Umkleideraum und Arbeitsstätte und zurück den gleichen Weg, jeweils mit zehn Minuten pro Weg, mithin insgesamt 20 Minuten, Arbeitszeiten sind und von der Beklagten an den Kläger zu vergüten sind zuzüglich dem jeweils gültigen Tarifzuschlag, derzeit von 25 %,
16. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Feststellungsantrag zu 14., festzustellen, dass der Kläger berechtigt ist, seine persönlichen Schutz- und Arbeitskleider nach dem Einstempeln zu Beginn der Schicht am Zeiterfassungsterminal anzulegen und vor dem Ausstempeln am Zeiterfassungsterminal abzulegen, sowie vor dem Ausstempeln berechtigt ist, zu duschen und die Beklagte verpflichtet ist, die mit Hilfe des Zeiterfassungsterminals erfassten Zeiten als Arbeitszeit gemäß dem Arbeitsvertrag zu vergüten.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, die vom Kläger geltend gemachten Zeiten seien keine vergütungspflichtige Arbeitszeit und im Übrigen überzogen. Die Auslegung des MTV ergebe, dass Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten nicht zu der zu vergütenden Arbeitszeit gehörten. Die GBV und die BV zeigten, dass die Arbeitszeit erst am Arbeitsplatz beginne und dort auch ende. Eine Vergütungspflicht lasse sich nicht aus § 611a Abs. 2 BGB ableiten. Das Duschen sei weder angewiesen noch aus Gründen des Gesundheitsschutzes erforderlich. 6

Das Arbeitsgericht hat der Klage für 359 Arbeitstage im Zeitraum von Juni 2020 bis April 2022 ausgehend von arbeitstäglich 20 Minuten vergütungspflichtiger Umkleide- und Körperreinigungszeiten iHv. 2.262,23 Euro brutto nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Beklagte ausgehend von arbeitstäglich 21 Minuten vergütungspflichtiger Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten verurteilt, an den Kläger für denselben Zeitraum 2.387,70 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen. Zudem hat es festgestellt, „dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten sowie die Wege vom Umkleideraum zur Arbeitsstätte des Klägers und zurück Arbeitszeit sind und als solche dem Kläger durch die Beklagte zu bezahlen sind“. Die weitergehende Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der gesamten Klage, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. 7

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision der Beklagten ist überwiegend begründet. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann der Klage, soweit der Kläger für den Zeitraum von Juni 2020 bis April 2022 für 359 Arbeitstage noch die Zahlung von Vergütung für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten im Umfang von 8

arbeitstäglich 21 Minuten verlangt sowie die Feststellung begehrt, dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten durch die Beklagte zu vergütende Arbeitszeit sind, nicht stattgegeben werden. Dies führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Revision ist aber unbegründet, soweit sich die Beklagte gegen die Feststellung wendet, dass die Wegezeit vom Umkleideraum zur Arbeitsstätte des Klägers und zurück vergütungspflichtige Arbeitszeit ist.

I. Die Revision ist im eingelegten Umfang statthaft. Entgegen der Ansicht des Klägers hat das Landesarbeitsgericht die Revision nicht lediglich hinsichtlich der Vergütungspflicht von Waschzeiten dem Grunde nach und hinsichtlich der Auslegung des streitgegenständlichen MTV zu einem etwaigen Ausschluss der Vergütungspflicht zugelassen. Das Landesarbeitsgericht hat vielmehr in Ziffer VI. des Tenors des Berufungsurteils die Revision unbeschränkt zugelassen. Die Ausführungen unter V der Urteilsgründe enthalten - anders als der Kläger meint - keine Einschränkung der Revisionszulassung, sondern lediglich deren Begründung. Im übrigen wäre eine derartige Beschränkung der im Tenor uneingeschränkt zugelassenen Revision in den Urteilsgründen unwirksam (*BAG 24. Januar 2024 - 5 AZR 331/22 - Rn. 12 mwN*).

II. Die Revision ist nicht bereits teilweise wegen der Unzulässigkeit der Berufung begründet. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Kläger auch hinsichtlich der Vergütung der Wegezeit vom Umkleideraum zu seinem Arbeitsplatz und zurück die Berufung im ausreichenden Umfang begründet. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt.

1. Die Zulässigkeit der Berufung ist Prozessvoraussetzung für das gesamte weitere Verfahren nach der Berufungseinlegung und deshalb vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen. Das gilt auch, wenn das Berufungsgericht das Rechtsmittel für zulässig gehalten hat (*BAG 28. Juni 2023 - 5 AZR 9/23 - Rn. 13; 13. Oktober 2021 - 5 AZR 291/20 - Rn. 16*). Eine Berufungsbegründung muss gemäß § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung durch das angefochtene Urteil und deren Erheblichkeit für

das Ergebnis der Entscheidung ergeben (*BAG 28. Juni 2023 - 5 AZR 9/23 - Rn. 13*).

2. Diesen Anforderungen genügt die Berufungsbegründung des Klägers auch, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage hinsichtlich der Vergütung der Wegezeit vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz und zurück richtet. Der Kläger hat insoweit geltend gemacht, entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts beginne die Arbeitszeit nicht erst mit der Anwesenheit am konkreten Arbeitsplatz, sondern mit dem Betreten des Firmengeländes, weil die Beklagte im Arbeitsvertrag nur generalisierend das Werksgelände als Arbeitsort bezeichnet habe. Deshalb sei der Weg vom Werkstor bis zum Arbeitsplatz als Wegezeit Arbeitszeit. Diese Begründung schließt auch den Weg vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz ein. Angesichts der knappen Erwägungen des Arbeitsgerichts war eine weitergehende Begründung nicht erforderlich. 12

III. Die Revision der Beklagten ist bereits mangels Bestimmtheit der Klage begründet, soweit der Kläger im Rahmen der Klageanträge zu 2. bis zu 4. die Zahlung von Differenzbeträgen für die Zeit von Oktober 2020 bis Februar 2021 für 97 Tage aufgrund einer Erhöhung des Stundelohns ab Oktober 2020 geltend macht. 13

1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift neben der Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs einen bestimmten Antrag enthalten. Die Klagepartei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt. Dazu hat sie den Streitgegenstand so genau zu bezeichnen, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) keinem Zweifel unterliegt und die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden kann (§ 322 ZPO). Sowohl bei einer der Klage stattgebenden als auch bei einer sie abweisenden Sachentscheidung muss zuverlässig feststellbar sein, worüber das Gericht entschieden hat. Bei mehreren im Wege einer objektiven Klagehäufung nach § 260 ZPO in einer Klage verfolgten Ansprüchen muss erkennbar sein, aus welchen Einzelforderungen sich die sog. Gesamtklage zusammensetzt (*BAG 10. November 2021 - 10 AZR 256/20 - Rn. 12; 24. September 2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 18, BAGE 149, 169*). 14



2. Diesen Grundsätzen genügt die Klage nicht, soweit der Kläger im Rahmen der Klageanträge zu 2. bis zu 4. die Zahlung von Differenzbeträgen für die Zeit von Oktober 2020 bis Februar 2021 für 97 Tage aufgrund der Erhöhung des Stundenlohns von 18,68 Euro brutto auf 19,02 Euro brutto ab Oktober 2020 geltend macht (Klageerweiterung vom 14. April 2021, Klageantrag zu 5. nach der Darstellung im Tatbestand des Berufungsurteils auf S. 6). Die Parteien haben im ersten Rechtszug unstreitig gestellt, dass der Kläger im September und Oktober 2020 insgesamt an 20 Tagen, im November und Dezember 2020 insgesamt an 38 Tagen und im Januar und Februar 2021 an insgesamt 34 Tagen gearbeitet hat. Dies ergibt insgesamt 92 Arbeitstage für die Zeit von September 2020 bis Februar 2021, während der Kläger für seine Berechnung in der Klageerweiterung vom 14. April 2021 97 Arbeitstage für die Zeit von Oktober 2020 bis Februar 2021 zugrunde legt. Wie sich die vom Kläger dort behaupteten 97 Arbeitstage auf diesen Zeitraum verteilen sollen, erschließt sich aus seinem Vortrag nicht. 15

IV. Die Revision ist im Weiteren begründet, soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung von Vergütung für Umkleide- und Körperreinigungszeiten verurteilt hat. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dem Kläger seien für jeden Arbeitstag im Zeitraum von Juni 2020 bis April 2022 diese Zeiten in einem Umfang von 21 Minuten zu vergüten. Für eine entsprechende Veranschlagung von Umkleide- und Körperreinigungszeiten fehlt es an ausreichenden tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die ein Vorgehen nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs. 1 ZPO ermöglichen. Zudem erfolgte die Schätzung dieser Zeiten nicht frei von Rechtsfehlern. Das Landesarbeitsgericht hat zum Teil sachfremde Erwägungen und nicht bewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt. Nicht zu beanstanden ist demgegenüber die Schätzung des Berufungsgerichts, soweit sie sich auf die Wegezeit vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz des Klägers und zurück bezieht. Insoweit ist die Revision der Beklagten unbegründet. 16

1. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass eine Vergütung für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten gemäß § 611a Abs. 2 BGB dem Grunde nach in Betracht kommt. 17

- a) Die innerbetrieblichen Umkleidezeiten sind vergütungspflichtige Arbeitszeit iSv. § 611a Abs. 2 BGB. 18
- aa) Zu der im Dienste eines anderen erbrachten Arbeitsleistung iSv. § 611a Abs. 1 BGB zählt nicht nur die eigentliche Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt. Der Arbeitgeber verspricht die Vergütung aller Dienste, die er dem Arbeitnehmer aufgrund seines arbeitsvertraglich vermittelten Weisungsrechts abverlangt. „Arbeit“ im Sinne dieser Bestimmungen ist jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient (*st. Rspr., vgl. nur BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 270/20 - Rn. 14*). 19
- bb) Um vergütungspflichtige Arbeitszeit handelt es sich regelmäßig bei dem An- und Ablegen einer vom Arbeitgeber vorgeschriebenen und nur im Betrieb zu tragenden Dienstkleidung. Das An- und Ablegen der Dienstkleidung im Betrieb und der damit verbundene Zeitaufwand des Arbeitnehmers beruhen auf der entsprechenden Anweisung des Arbeitgebers zum Tragen der Dienstkleidung. Das Umkleiden ist in diesem Fall ausschließlich fremdnützig. Daher schuldet der Arbeitgeber Vergütung für die durch den Arbeitnehmer hierfür im Betrieb aufgewendete Zeit (*vgl. BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 270/20 - Rn. 19; 15. Juli 2021 - 6 AZR 207/20 - Rn. 31*). 20
- cc) Nach diesen Grundsätzen ist die erforderliche Zeit für das An- und Ablegen der von der Beklagten dem Kläger zur Verfügung gestellten Dienstkleidung vergütungspflichtige Arbeitszeit. Die Beklagte stellt den Containermechanikern Schutzkleidung zur Verfügung, die diese bei der Arbeit tragen und nach der Arbeit zur Reinigung wieder abgeben müssen. Dazu muss der Kläger vor der Arbeitsaufnahme den Umkleideraum aufsuchen, sich die dort bereitgestellte Arbeitskleidung nehmen und anziehen und danach seinen Arbeitsplatz aufsuchen. Am Ende des Arbeitstags muss der Kläger wiederum den Umkleideraum aufsuchen, die Arbeitskleidung ausziehen und diese zur Reinigung abgeben. Dieses Umkleiden ist ausschließlich fremdnützig und die dafür erforderlichen Zeiten sind von der Beklagten zu vergüten. 21

- b) Die Wegezeit des Klägers vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz und zurück ist Teil der von der Beklagten geschuldeten vergütungspflichtigen Arbeitszeit (dazu BAG 6. September 2017 - 5 AZR 382/16 - Rn. 13, BAGE 160, 167; 26. Oktober 2016 - 5 AZR 168/16 - Rn. 12, BAGE 157, 116). Die Notwendigkeit des An- und Ablegens der Arbeitskleidung und der damit verbundene Zeitaufwand des Klägers - auch zum Aufsuchen des Umkleideraums - beruhen auf der Anweisung der Beklagten zum Tragen der Dienstkleidung während der Arbeitszeit. Der Kläger hat nicht die Möglichkeit, die Arbeitskleidung am Arbeitsplatz an- und abzugeben, sondern muss dafür den räumlich getrennten Umkleideraum aufsuchen. Der Weg, den der Kläger vom Umkleideraum zu seinem Arbeitsplatz und zurück zurücklegt, ist daher ausschließlich fremdnützig. 22
- c) Gemäß § 611a Abs. 2 BGB können auch Körperreinigungszeiten vergütungspflichtige Arbeitszeit sein. 23
- aa) Ob es sich bei Körperreinigungszeiten um vergütungspflichtige Arbeitszeit nach § 611a Abs. 2 BGB handelt, ist höchstrichterlich bislang nicht entschieden. Zwar hatte der Senat bereits in dem der Entscheidung vom 11. Oktober 2000 (- 5 AZR 122/99 - BAGE 96, 54) zugrunde liegenden Fall eines „Fahrrers/Müllwerkers“ angenommen, dass neben dem Umkleiden das „Waschen“ nach Tätigkeitsende als fremdnützig und als „Arbeit“ anzusehen ist, mangels Vergütungserwartung nach § 612 Abs. 1 BGB hat er aber eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers verneint (vgl. BAG 11. Oktober 2000 - 5 AZR 122/99 - zu IV 4 der Gründe, aaO). Diese Rechtsprechung hat der Senat im Jahr 2012 für Umkleidezeiten ausdrücklich aufgegeben und entschieden, dass auch das vom Arbeitgeber angeordnete Umkleiden im Betrieb zu den iSv. § 611 Abs. 1 BGB „versprochenen Diensten“ gehöre (vgl. BAG 19. September 2012 - 5 AZR 678/11 - Rn. 28, BAGE 143, 107). 24
- bb) Die Vergütungspflicht von Körperreinigungszeiten bedarf einer differenzierten Beurteilung. Auszugehen ist von den von der Rechtsprechung zu Umkleidezeiten entwickelten allgemeinen Kriterien (vgl. dazu BAG 25. April 2018 - 5 AZR 245/17 - Rn. 22; 17. November 2015 - 1 ABR 76/13 - Rn. 25, BAGE 153, 225). Körperreinigungszeiten sind danach als Arbeitszeit anzusehen, wenn sie 25

mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängen und deshalb ausschließlich der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dienen (vgl. BAG 11. Oktober 2000 - 5 AZR 122/99 - zu IV 3 d der Gründe, BAGE 96, 54).

(1) 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 (vgl. BAG 11. Oktober 2000 - 5 AZR 122/99 - zu IV 3 d der Gründe, BAGE 96, 45; Fink Anm. NZA-RR 2024, 10, 17; Franzen NZA 2016, 136, 139; MHdB ArbR/Koberski 5. Aufl. Bd. 2 § 182 Rn. 19). 26

(2) 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 - sei es durch Nutzung des Öffentlichen Personennahverkehrs oder durch Nutzung eines eigenen Fahrzeugs - ohne eine vorherige Reinigung des Körpers im Betrieb nicht zugemutet werden kann (vgl. BAG 11. Oktober 2000 - 5 AZR 122/99 - zu IV 3 d der Gründe, BAGE 96, 45). Dabei wird regelmäßig nach Art und Umfang der ausgeübten Tätigkeit sowie der getragenen Arbeitskleidung, dem mit der Arbeitsleistung verbundenen Ausmaß der Verschmutzung und der sich daraus ergebenden erforderlichen Art und Dauer der Körperreinigung zu differenzieren sein. 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 der Fall, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung ohne anschließendes Duschen bei wertender Betrachtung nicht möglich erscheint und der gesamte Vorgang - arbeiten und duschen - 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 27

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 (vgl. *Fink Anm. NZA-RR 2024, 10, 17; Franzen NZA 2016, 136, 139; Giese BB 2015, 2432*).

(3) Für die Abgrenzung und Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls können öffentlich-rechtliche und 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 (vgl. dazu BAG 18. Juli 2017 - 1 ABR 59/15 - Rn. 25, BAGE 159, 360) Orientierungshilfen bieten. So dürften Duschzeiten vergütungspflichtig sein, wenn der Arbeitnehmer 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*). Unter diesen Voraussetzungen wird das Duschen als Arbeitszeit anzusehen sein, weil die Verschmutzung unmittelbar mit der Arbeitsleistung zusammenhängt, die ohne anschließende Ganzkörperreinigung nicht erbracht werden kann. In diesen Fällen ist es dem Arbeitnehmer nämlich wegen der eingetretenen Verschmutzung in der Regel unzumutbar, sich ungeduscht in der Öffentlichkeit zu bewegen oder in seinen PKW zu steigen. 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. 28

- (4) Aufgrund der Vielzahl der Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen ist - soweit eine generelle, zB tarifvertragliche Regelung nicht existiert (*dazu BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 572/20 - Rn. 25*) - jeweils im Rahmen einer Prüfung des konkreten Einzelfalls durch das Tatsachengericht zu entscheiden, welche Art der Körperreinigung erforderlich ist und mit der eigentlichen Tätigkeit und der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt. Maßstab ist dabei nicht das subjektive Empfinden des einzelnen Arbeitnehmers, sondern die objektivierte Sicht eines verständigen Arbeitnehmers. 29
2. Die Vergütungspflicht für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten ist im vorliegenden Fall - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat - nicht durch den MTV, die GBV oder die BV ausgeschlossen. 30
- a) Die Einordnung der Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten als Teil der im Dienste eines anderen erbrachten Arbeitsleistung iSv. § 611a Abs. 2 BGB schließt individual- oder kollektivrechtliche Regelungen nicht aus, nach denen die dafür vom Arbeitnehmer aufgewendete Zeit anders zu vergüten ist als die „eigentliche“ Tätigkeit (*zu Waschzeiten vgl. BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 572/20 - Rn. 25; zu Fahrtzeiten von Servicetechnikern vgl. BAG 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - Rn. 18, BAGE 170, 172; zu Reisezeiten bei Auslandsentsendung vgl. BAG 17. Oktober 2018 - 5 AZR 553/17 - Rn. 18, BAGE 164, 57*). 31
- b) Weder die bei der Beklagten geltende GBV noch die BV schließen eine Vergütungspflicht der vom Kläger behaupteten Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten aus. 32
- aa) Nr. 5 Abs. 3 GBV, wonach die Mitarbeiter sich zum jeweils festgelegten Arbeitsbeginn in Arbeitskleidung am Arbeitsplatz befinden müssen, trifft schon seinem Wortlaut nach keine Regelung zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit. Hierfür spricht in systematischer Hinsicht auch, dass die Regelung an Nr. 5 Abs. 1 und 2 GBV anknüpft, wonach sich die Dauer der Arbeitszeit nach den gesetzlichen, tariflichen und einzelvertraglichen Bestimmungen sowie den Betriebsvereinbarungen richtet und Beginn und Ende der Arbeitszeit im Einvernehmen mit dem Betriebsrat geregelt werden. Dieser Zusammenhang verdeutlicht, dass die 33

Parteien der GBV allein arbeitszeitrechtliche Fragen geregelt haben und nicht die Vergütung der Arbeitszeit. Denn der Betriebsrat hat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG nur über die Lage und die vorübergehende Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit mitzubestimmen, nicht aber über deren Vergütung. Aus Nr. 6 Abs. 3 GBV ergibt sich kein anderes Verständnis. Diese Bestimmung regelt hinsichtlich der Wasch- und Umkleieräume nur, wann diese aufgesucht werden sollen. Etwaige Vergütungsfragen werden hiervon nicht erfasst. Auch aus der Lage der Zeiten, in denen die Wasch- und Umkleieräume gemäß Nr. 6 Abs. 3 GBV aufgesucht werden sollen, lässt sich nichts anderes entnehmen. Denn einerseits sollen zB die Waschräume während der Pausen, mithin zu grundsätzlich nicht vergütungspflichtigen Zeiten (*vgl. hierzu BAG 11. Dezember 2019 - 5 AZR 579/18 - Rn. 12 mwN, BAGE 169, 126*), andererseits zum Ende der Arbeitszeit, mithin zu ggf. zu vergütenden Zeiten, aufgesucht werden. Ausgehend hiervon gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die GBV die Vergütungspflicht für zur Arbeitsleistung zu rechnenden Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten ausschließt.

bb) Dieses Ergebnis gilt auch unter Berücksichtigung von Nr. 5 Abs. 7 BV. 34  
Danach endet die tägliche Arbeitszeit mit Abschluss der jeweils zugeteilten Arbeit oder der entsprechenden Anweisung des Vorgesetzten. Auch insoweit lassen sich dem Wortlaut der Regelung keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die streitgegenständlichen Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten von der Vergütungspflicht ausgenommen sein sollen.

c) Einer Betriebsvereinbarung, durch die die tarifvertraglich zu vergütende 35  
Arbeitszeit verkürzt würde, stünde zudem die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 BetrVG entgegen.

aa) Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Ar- 36  
beitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nach Satz 2 der Vorschrift nur dann nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt (*st. Rspr., zB BAG 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - Rn. 20, BAGE 170, 172; 15. Januar 2019 - 1 AZR 64/18 -*

Rn. 13; *zust. Hoffmann/Köllmann NZA 2020, 914 ff.; Salamon Anm. AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 62*). Eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen liegt vor, wenn diese in einem nach seinem räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich einschlägigen Tarifvertrag enthalten ist und der Betrieb in den Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt (*BAG 12. März 2019 - 1 AZR 307/17 - Rn. 32 mwN*). Auf die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers kommt es nicht an (*vgl. BAG 23. Januar 2018 - 1 AZR 65/17 - Rn. 17, BAGE 161, 305*). Ein Verstoß gegen § 77 Abs. 3 BetrVG liegt nicht erst dann vor, wenn ein Tarifvertrag insgesamt zum Inhalt einer Betriebsvereinbarung gemacht wird. Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG soll vielmehr verhindern, dass auch einzelne Gegenstände, derer sich die Tarifvertragsparteien angenommen haben, konkurrierend - und sei es inhaltsgleich - in Betriebsvereinbarungen geregelt werden. Die Vorschrift soll die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisten. Dazu räumt sie den Tarifvertragsparteien den Vorrang bei der Regelung von Arbeitsbedingungen ein (*vgl. BAG 23. Januar 2018 - 1 AZR 65/17 - Rn. 17, aaO*). Ein Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung in der Betriebsvereinbarung (*BAG 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - Rn. 20, aaO; 15. Mai 2018 - 1 ABR 75/16 - Rn. 29, BAGE 162, 379; zust. Hoffmann/Köllmann NZA 2020, 914, 916; Salamon aaO unter V 2*).

bb) Die als Arbeitsleistung zu behandelnden etwaigen Umkleide-, Körperreini- 37  
gungs- und Wegezeiten des Klägers sind nach den Regelungen des einschlä-  
gigen Tarifvertrags vergütungspflichtig. Der MTV lässt ergänzende Regelungen  
durch Betriebsvereinbarungen nicht zu.

(1) Der MTV ist nach seinem Geltungsbereich auf die Beklagte anwendbar. 38  
Nach § 1 MTV gilt er räumlich für das „Land“ Bayern und fachlich ua. für Betriebe,  
die das produzierende und/oder verarbeitende Gewerbe, den Handel sowie pri-  
vat- und öffentlich-rechtliche Auftraggeber bei der Verwirklichung ihrer Zielset-  
zung insbesondere durch Dienstleistungen im Bereich Transport-, Spedition-  
und/oder (Kontrakt-)Logistik unterstützen. Die Beklagte, deren Betrieb sich im



Freistaat Bayern befindet, ist ein international tätiger Logistikdienstleister. Auf ihre Tarifgebundenheit kommt es nicht an.

(2) In dem MTV heißt es ua.:

39

**„§ 7 Allgemeine Lohn-/Gehaltsbestimmungen**

1. Die Bezahlung erfolgt grundsätzlich bargeldlos nach den im Lohn-/Gehaltstarifvertrag vereinbarten unabdingbaren Mindestsätzen.

...

**§ 8 Arbeitszeit**

1. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit ausschließlich der Pausen beträgt 38,5 Stunden bzw. monatlich 167 Stunden. ...

**§ 8a Arbeitszeit der Kraftfahrer**

**I. Arbeitszeit**

...

2. Die Arbeitszeit ist die Zeitspanne zwischen Arbeitsbeginn und Arbeitsende, während der der Beschäftigte an seinem Arbeitsplatz ist, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und während der er seine Funktion oder Tätigkeit ausübt, d.h. insbesondere die Zeiten:

...

- d) Reinigung und technische Wartung;

...

**§ 11**

**Bestimmungen über Mehr-, Nacht- Schicht-, Sonn- und Feiertagsarbeit**

...

**II. Mehrarbeit**

1. ... Mehrarbeit ist jede Arbeitsleistung, die über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit von 167 Stunden hinausgeht.
2. Ab der 168. Monatsstunde ist für jede weitere Stunde ein Mehrarbeitszuschlag in Höhe von 25 % zum tariflichen Stundenlohn zu bezahlen.

...

### **III. Nachtarbeit**

1. Für Nachtarbeit in der Zeit zwischen 20.00 Uhr und 06.00 Uhr ist ein Nachtarbeitszuschlag von 50 % zum tariflichen Stundenlohn zu zahlen.

...

### **IV. Sonn- und Feiertagsarbeit**

...

3. Die Zuschläge betragen:
  - a) für Sonntagsarbeit 50 % zum tariflichen Stundenlohn
  - b) für Sonntagsnachtarbeit 100 % zum tariflichen Stundenlohn
  - c) Für Feiertagsarbeit 100 % zum tariflichen Stundenlohn

### **V. Schichtarbeit/zeitversetzter Dienst**

...

2. Bei regelmäßiger Schichtarbeit wird für alle Stunden auf den tariflichen Stundenlohn ein Zuschlag von 10 % bezahlt. ...

### **§ 13 Schutzkleidung/Arbeitskleidung**

1. Ist das Tragen von Schutzkleidung durch die Unfallverhütungsvorschriften oder sonstige Bestimmungen vorgeschrieben, so wird diese durch den Arbeitgeber unentgeltlich gestellt. ...
4. Die Schutz- bzw. Arbeitskleidung bleibt Eigentum des Arbeitgebers.

...

### **§ 26 Inkrafttreten und Vertragsdauer**

...

5. Folgende Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung sind Bestandteil dieses Manteltarifvertrages:
  - a) **der Lohntarifvertrag**

...“

Für den noch streitgegenständlichen Zeitraum sind der Lohntarifvertrag Nr. 34 vom 20. November 2018 gültig ab 1. Oktober 2018 und der Lohntarifvertrag Nr. 35 vom 27. November 2020 gültig ab 1. Dezember 2020 für die gewerblichen Arbeitnehmer des Speditions-, Transport- und Logistikgewerbes in Bayern maßgeblich. Unter § 2 Abschnitt I Nr. 9 Buchst. a des jeweiligen Lohntarifvertrags (LTV) ist geregelt, dass der tarifliche Stundenlohn einer Lohngruppe - ausgenommen Tabelle V Güterfern- und Umzugsverkehr im Fernbereich - sich aus 1/167 des tariflichen Monatslohns errechnet. 40

(3) Wortlaut und Gesamtzusammenhang der tarifvertraglichen Regelungen bringen hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass der MTV und der LTV die Vergütung von Arbeitsleistungen der Arbeitnehmer abschließend regeln. Die Zeiten, die ein Mitarbeiter für das Umkleiden im Betrieb und für erforderliche Wege zwischen dem Umkleideraum und seinem Arbeitsplatz und zurück sowie für die erforderliche Körperreinigung (*dazu oben Rn. 17 ff.*) benötigt, sind der entgeltpflichtigen Arbeitszeit zuzurechnen und mit der tariflichen Grundvergütung zu vergüten. 41

Ausgehend von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden gemäß § 8 Nr. 1 MTV errechnet sich nach den Allgemeinen Regelungen in § 2 Abschnitt I Nr. 9 Buchst. a LTV der tarifliche Stundenlohn aus 1/167 des tariflichen Monatslohns, dessen konkrete Höhe im LTV geregelt ist. Sonderformen der Arbeit haben die Tarifvertragsparteien spezifischen Vergütungsregelungen unterworfen. Das betrifft etwa die in § 11 MTV vorgesehene Vergütung für Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertags- sowie Schichtarbeit. § 8a MTV sieht zudem spezifische Regelungen für die Arbeitszeit und die Vergütung von Kraftfahrern vor. Die Regelungen für Kraftfahrer sind auf diese Personengruppe beschränkt und - entgegen der Auffassung der Beklagten - mangels aussagekräftiger Anhaltspunkte für einen entsprechenden Regelungswillen der Tarifvertragsparteien nicht auf andere Arbeitnehmer übertragbar. § 13 MTV regelt nicht die Vergütung von Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten, sondern verpflichtet den Arbeitgeber allein, die durch Unfallverhütungsvorschriften oder sonstige Bestimmungen vorgeschriebene Schutzkleidung unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Die Ge- 42

samtschau dieser Bestimmungen belegt, dass der Tarifvertrag die Arbeitszeit und das für geleistete Arbeit zu zahlende Arbeitsentgelt im MTV und LTV umfassend und abschließend regelt. Sonderregelungen für die Vergütung von innerbetrieblichen Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten sieht er nicht vor. Der MTV enthält auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Tarifvertragsparteien solche Sonderregelungen durch Betriebsvereinbarungen zugelassen haben. Etwasige Regelungen in der GBV oder der BV wären daher wegen eines Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 BetrVG nichtig.

3. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob das Landesarbeitsgericht dem Kläger rechtsfehlerfrei die ausgerichtete Vergütung für Umkleide- und Körperreinigungszeiten zugesprochen hat. Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Schätzung ist nicht frei von Rechtsfehlern. 43

a) Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass vergütungspflichtige Umkleide- und Körperreinigungszeiten angefallen sind, vom Arbeitgeber veranlasst wurden und im geltend gemachten Umfang erforderlich waren (*vgl. zu Wege- und Umkleidezeiten BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 270/20 - Rn. 22; 6. September 2017 - 5 AZR 382/16 - Rn. 27 f. mwN, BAGE 160, 167*). Zu diesem Vortrag wird der Arbeitnehmer regelmäßig in der Lage sein, denn diese Tatsachen sind Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung. Der Arbeitgeber hat sich hierzu nach § 138 Abs. 2 ZPO zu erklären und auf den Vortrag des Arbeitnehmers substantiiert zu erwidern. Hierzu kann er je nach den konkreten tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelnen beispielsweise vortragen, weshalb solche Zeiten nicht angefallen sind, dass er diese nicht veranlasst hat oder weshalb diese nicht im behaupteten Umfang erforderlich waren (*vgl. insoweit die Darlegungs- und Beweislast bei der Vergütung von Überstunden BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 359/21 - Rn. 18 mwN, BAGE 178, 25*). 44

b) Steht fest, dass Umkleide- und Körperreinigungszeiten auf Veranlassung des Arbeitgebers 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 Körper- 45

reinigungszeiten nach § 287 Abs. 2 iVm. Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO zu schätzen (vgl. zu *Umkleide- und Wegezeiten* BAG 6. September 2017 - 5 AZR 382/16 - Rn. 28 mwN, BAGE 160, 167).

aa) Die Vorschrift erlaubt auch die Schätzung des Umfangs von Erfüllungsansprüchen, wenn zwischen den Parteien die Höhe der Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände entweder mit Schwierigkeiten, die zu der Bedeutung des streitigen Teils der Forderung in keinem Verhältnis stehen, verbunden oder unmöglich ist. Die für eine Schätzung unabdingbaren Anknüpfungstatsachen muss derjenige, der den Erfüllungsanspruch geltend macht, darlegen und beweisen (BAG 31. März 2021 - 5 AZR 148/20 - Rn. 34, BAGE 174, 329). Zur Ermittlung der Zeitspanne ist ein modifizierter subjektiver Maßstab anzulegen, denn der Arbeitnehmer darf seine Leistungspflicht nicht frei selbst bestimmen, sondern muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. „Erforderlich“ ist nur die Zeit, die der einzelne Arbeitnehmer für das Umkleiden und Reinigen im Rahmen der objektiven Gegebenheiten unter Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit benötigt. Bei Ermittlung der erforderlichen Zeit gilt es, die Variablen des Umkleidevorgangs, ua. in Bezug auf die Privatkleidung je nach Jahreszeit, zu berücksichtigen (vgl. BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 270/20 - Rn. 22 mwN). Das Tatsachengericht muss hiervon ausgehend unter Würdigung aller Umstände entscheiden, ob nach seiner Überzeugung Umkleide- und Körperreinigungszeiten entstanden sind und in welchem Umfang sie erforderlich waren. Es hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen, ob und inwieweit Beweis zu erheben ist oder auf Grundlage des festgestellten Sachverhalts nach § 287 Abs. 2 ZPO die Schätzung möglich und geboten ist (vgl. zu *Umkleide- und Wegezeiten* BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 270/20 - Rn. 24).

46

bb) Eine vom Tatsachengericht gemäß § 287 Abs. 2 ZPO nach freier Überzeugung vorgenommene Schätzung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung. Es ist nur zu überprüfen, ob das Tatsachengericht wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder der Schätzung unrichtige oder unbewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt hat und

47

damit die Schätzung mangels konkreter Anhaltspunkte völlig „in der Luft hängt“, also willkürlich ist (*BAG 24. Juni 2021 - 5 AZR 505/20 - Rn. 53, BAGE 175, 193; BGH 12. Juli 2016 - KZR 25/14 - Rn. 49, BGHZ 211, 146, jeweils mwN*).

c) Dieser Nachprüfung hält das Berufungsurteil bezüglich der Umkleidezeiten nicht stand. 48

aa) Die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zu der vom Kläger anzulegenden Arbeitskleidung sind bereits widersprüchlich. Während es auf S. 4 des Berufungsurteils ausführt, der Kläger hole vor Beginn seiner Arbeit im ersten Stock in der Umkleide seine Arbeitskleidung bestehend aus „Sicherheitsschuhen, Latzhose, T-Shirt und langärmeliger Jacke“, geht es auf S. 13 des Berufungsurteils davon aus, dass die vom Arbeitgeber gestellte Arbeitskleidung insbesondere „Sicherheitsschuhe S3, Latzhose, Hemd, T-Shirt, Pullover, Jacke sowie Winterjacke“ umfasst. Es bleibt daher unklar, ob die von der Beklagten zur Vergütung gestellte Arbeitskleidung lediglich aus Sicherheitsschuhen, Latzhose, T-Shirt und langärmeliger Jacke besteht oder ob der Kläger - etwa im Winter - zusätzlich Hemd, Pullover und Winterjacke trägt. Für den Selbstversuch des Vorsitzenden und die Schätzung der Kammer hat es die auf S. 4 des Berufungsurteils genannten und von der Beklagten mitgebrachten Bekleidungsstücke einschließlich der Sicherheitsschuhe berücksichtigt. 49

bb) Unbeschadet dieses Mangels liegen dem Selbstversuch des Vorsitzenden und der Schätzung der Kammer aber auch weitere unrichtige bzw. unbewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde, was die Revision zu Recht rügt. 50

(1) Bei Beachtung des modifizierten subjektiven Maßstabs (*oben Rn. 46*) hat der Arbeitnehmer 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. Hat er einen entsprechenden Vortrag geleistet, muss der Arbeitgeber im Rahmen einer gestuften Darlegungslast auf den Vortrag des Arbeitnehmers substantiiert erwidern. Liegt ein ausreichendes Bestreiten nicht vor, ist der Vortrag des Arbeitnehmers als zugestanden anzusehen (§ 138 Abs. 3 ZPO), anderenfalls hat das 51

Tatsachengericht auf Antrag der beweisbelasteten Partei Beweis zu erheben. 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 danach 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.

(2) Dass die im Selbstversuch des Kammervorsitzenden ermittelte Zeit diesen Anforderungen entspricht, hat das Berufungsgericht nicht belegt. Der Vorsitzende hat im Selbstversuch seine Kleidung, die er am Sitzungstag trug, abgelegt und später wieder angezogen. Wie die Revision zu Recht rügt, hat das Landesarbeitsgericht aber nicht festgestellt, dass der Kläger ähnliche Kleidungsstücke wie der Kammervorsitzende in der Berufungsverhandlung - insbesondere Jackett, Unterhemd und Oberhemd - bei Arbeitsbeginn und -ende ab- und anlegt. 52

(3) Neben diesen unzureichend festgestellten Anknüpfungstatsachen bestehen gegen die erfolgte Schätzung im Selbstversuch aber auch grundsätzliche Bedenken, weil sie - wie die Revision zutreffend rügt - nicht parteiöffentlich (§ 357 Abs. 1 ZPO) erfolgte und die Parteien damit keine Gelegenheit hatten, den Selbstversuch zu beobachten und zu den Ausgangsbedingungen Stellung zu nehmen. Mit Blick auf die privaten Kleidungsstücke, die der Vorsitzende dem Selbstversuch zugrunde gelegt hat, ist nicht ausgeschlossen, dass die Anwesenheit der Beklagten zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, weshalb das Berufungsurteil auf diesem Mangel beruht (*dazu BGH 12. Juli 1984 - IX ZR 127/83 - zu II 3 a der Gründe*). 53

(4) Das Landesarbeitsgericht hat im Rahmen der Schätzung der Umkleidezeiten schließlich sachfremde Erwägungen angestellt und unbewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt. So hat es pauschal und damit rechtsfehlerhaft 54

auf ein „Überwiegen der kühlen Monate in Bayern“ abgestellt. Das Berufungsgericht hat aber weder ausgeführt, was es unter „kühlen Monaten“ versteht, noch dargelegt, welche konkreten Folgen sich hieraus ergeben. Auch diese Anknüpfungstatsache „hängt“ mithin „in der Luft“. Das rügt die Revision ebenso zu Recht wie die Annahme des Landesarbeitsgerichts, dass der Kläger nach einem ganzen Arbeitstag erschöpft sei und deshalb vor Arbeitsbeginn und nach Arbeitsende die gleiche Umkleidezeit zu berücksichtigen sei. Dies ist nicht frei von Widersprüchen, weil bei dieser Argumentation die Umkleidezeit am Morgen in ausgeruhtem Zustand kürzer sein müsste.

d) Auch bezüglich der Körperreinigungszeiten hält die vom Berufungsgericht vorgenommene Schätzung der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 55

aa) Die Revision rügt zu Recht, dass das Landesarbeitsgericht zur Schätzung der Körperreinigungszeiten des Klägers die in der Alten- und Krankenpflege geltenden Zeiteile herangezogen hat. Hierbei handelt es sich um eine unsachliche Anknüpfungstatsache, weil die Körperreinigung in der Alten- und Krankenpflege durch Dritte an gebrechlichen Personen erfolgt. Eine Vergleichbarkeit mit dem Waschen oder Duschen nach der Arbeit besteht nicht und kann auch nicht durch Vermutungen zu einem unterschiedlichen Grad der Verschmutzung hergestellt werden. Unsachlich ist des Weiteren die Annahme des Berufungsgerichts, dass die auf der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Arbeitskleidung vorhandenen Farbspritzer auch die Körperreinigungszeit des Klägers beeinflussen. Diese Erwägung beruht auf nicht bewiesenen Anknüpfungstatsachen. Ebenso wenig ist schlüssig begründet, warum das Landesarbeitsgericht von der Notwendigkeit der Reinigung der Fingernägel ausgegangen ist, obwohl es festgestellt hat, dass dem Kläger bei Schleif- und Lackierarbeiten von der Beklagten Handschuhe zur Verfügung gestellt werden. Weiterhin sind die vom Landesarbeitsgericht zur Kompensation geringerer Waschzeiten herangezogenen „Wartezeiten“ des Klägers wegen „Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie“ nicht hinreichend konkret festgestellt worden. Schließlich hat das Landesarbeitsgericht zur Begründung seiner Schätzung ohne bestehende Anknüpfungstatsa- 56



chen auf die Regelung von Waschzeiten in dem der Senatsentscheidung vom 21. Juli 2021 (- 5 AZR 110/21 -) zugrunde liegenden Manteltarifvertrag zwischen der Volkswagen AG und der IG Metall Bezirksleitung Niedersachsen und Sachsen-Anhalt vom 15. Dezember 2008 idF vom 5. März 2018 abgestellt. Es ist jedoch weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die von den jeweiligen Beschäftigten ausgeübten Tätigkeiten überhaupt vergleichbar sind und dass die im Rahmen der Tarifautonomie vereinbarten Zeiten auf andere Arbeitsverhältnisse übertragen werden können. All dies hat die Beklagte zu Recht gerügt.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat des Weiteren keine konkreten Feststellungen zur Intensität der Verschmutzung des Klägers bei der Erbringung der Arbeitsleistung an einzelnen Arbeitstagen getroffen. Dies war indes erforderlich, um feststellen zu können, ob die jeweilige Körperreinigung überhaupt ausschließlich fremdnützig war. 57

(1) Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht nicht ausreichend und widerspruchsfrei festgestellt hat, dass und an welchen Tagen der Kläger auf Veranlassung der Beklagten welche Tätigkeiten ausgeführt hat, welche Arbeits- oder zusätzliche Schutzkleidung er dabei getragen hat und in welchem Umfang diese Tätigkeiten zu einer Verschmutzung geführt haben, die eine Reinigung des Körpers - sei es durch Duschen oder nur durch Waschen der Hände, Arme und des Oberkörpers - nach den oben dargestellten Grundsätzen erforderlich macht. Die hierfür maßgeblichen Tatsachen sind zwischen den Parteien streitig geblieben. 58

(2) Hiervon ausgehend entbehrt die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger erledige an der überwiegenden Zahl seiner Arbeitstage auf Weisung der Beklagten Arbeiten, die mit einer erheblichen Verschmutzung seines Körpers einhergehen, soweit dieser nicht durch Bekleidung abgedeckt sei, gesicherten Anknüpfungstatsachen. Der arbeitstägliche Grad der Verschmutzung ergibt sich auch nicht aus den vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Fotos eines Kollegen des Klägers. Die Revision rügt zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe nicht festgestellt, bei welchen Tätigkeiten die dort gezeigten Verschmutzungen aufgetreten seien und in welchem Umfang der Kläger solche Tätigkeiten aus- 59

geführt habe. Ohne diese Feststellungen kann weder der Umfang noch die Dauer der erforderlichen Körperreinigungszeiten geschätzt werden.

cc) Soweit die Beklagte darüber hinaus die Verletzung des Verfahrens durch das Landesarbeitsgericht rügt, liegen keine begründeten Verfahrensrügen vor. Der Senat hat die Rügen geprüft und sieht gemäß § 564 Satz 1 ZPO von einer weiteren Begründung ab. 60

4. Das Landesarbeitsgericht hat die Wegezeit vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz des Klägers und zurück ohne Rechtsfehler geschätzt. Insoweit ist die Revision unbegründet. Die Voraussetzungen einer Schätzung für die Wegezeit lagen vor, nachdem die Parteien vor dem Landesarbeitsgericht unstreitig gestellt hatten, dass der Weg vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz des Klägers etwa 40 Meter beträgt. Der Kläger benötigt für den Weg vom Umkleideraum zu seiner Arbeitsstätte und zurück nach der Schätzung des Landesarbeitsgerichts insgesamt eine Minute. Insoweit greift die Revision das Berufungsurteil auch nicht an. 61

V. Die Revision ist begründet, soweit der Kläger mit dem Klageantrag zu 12. die Feststellung begehrt, dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten Arbeitszeit und als solche dem Kläger durch die Beklagte zu bezahlen sind. Der Antrag ist bereits unzulässig. Soweit der Kläger mit dem Klageantrag zu 13. noch die Feststellung begehrt, dass die Wegezeit vom Umkleideraum zur Arbeitsstätte des Klägers und zurück vergütungspflichtige Arbeitszeit ist, ist die Klage zulässig und begründet. Die Revision der Beklagten ist insoweit unbegründet. 62

1. Die Feststellungsanträge des Klägers sind zunächst auszulegen. 63

a) Für die Auslegung von Klageanträgen gelten die für Willenserklärungen maßgeblichen Auslegungsregeln, §§ 133, 157 BGB. Die Gerichte sind gehalten, Klageanträge nach Möglichkeit so auszulegen, dass hierdurch eine vom Antragsteller erkennbar erstrebte Sachentscheidung ermöglicht wird. Im Zweifel ist gewollt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der richtig verstandenen Interessenlage entspricht (*vgl. BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 55/20 - Rn. 15; 25. April 2018 - 5 AZR 245/17 - Rn. 17*). 64

b) Unter Beachtung dieser Grundsätze begehrt der Kläger mit dem Feststellungsantrag zu 12. nicht nur die Vergütung für „Duschzeiten“, sondern für sämtliche Zeiten der Reinigung seines Körpers, die durch die Erbringung der geschuldeten Tätigkeit als Containermechaniker nach Beendigung der Tätigkeit anfallen. Er hat bereits in der Klagebegründung ausdrücklich Zeiten für das Reinigen und das Duschen geltend gemacht. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts umfasst die Reinigung des Klägers das Waschen und/oder das Duschen. Das Berufungsgericht hat den Begriff der „Duschzeiten“ in den Entscheidungsgründen synonym für alle Körperreinigungszeiten des Klägers im Betrieb der Beklagten verwendet. Zudem ergibt die Auslegung, dass lediglich die unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Klägers erforderlichen Zeiten von den Feststellungsanträgen zu 12. und zu 13. erfasst sein sollen. Der Kläger möchte festgestellt wissen, dass die Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten - soweit vom Landesarbeitsgericht anerkannt - vergütungspflichtige Arbeitszeit sind, um einen zukünftigen Rechtsstreit zu diesen Fragen zu vermeiden.

2. Auch in dieser von der Interessenlage des Klägers geleiteten Auslegung mangelt es an der notwendigen Bestimmtheit des Antrags zu 12. und an dem erforderlichen Feststellungsinteresse.

a) Die allgemeinen und besonderen prozessualen Voraussetzungen eines Feststellungsantrags sind in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Auch ein Feststellungsantrag muss gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt sein. Die Klagepartei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt (*näher BAG 25. Januar 2024 - 6 AZR 363/22 - Rn. 65 mwN*). Bei ungenügender Bestimmtheit eines Feststellungsantrags ist er als unzulässig abzuweisen.

b) Nach § 256 Abs. 1 ZPO ist für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrags weiter ein besonderes rechtliches Interesse daran erforderlich, dass das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Es handelt sich um eine auch noch im Revisionsverfahren zu prüfende Prozessvoraussetzung. Sie stellt sicher, dass

die Gerichte das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses tatsächlich klären können und nicht im Sinne einer gutachterlichen Tätigkeit über bloße Meinungsverschiedenheiten der Betroffenen befinden (vgl. BAG 1. Oktober 2020 - 2 AZR 214/20 - Rn. 12; 20. Februar 2018 - 1 AZR 361/16 - Rn. 9). Demzufolge muss die erstrebte Feststellung geeignet sein, den zwischen den Parteien bestehenden Streit zu beenden und die Rechtsunsicherheit über die Rechtsstellung der klagenden Partei zu beseitigen sowie anderenfalls ggf. erforderliche Leistungsklagen entbehrlich zu machen (vgl. BAG 20. Februar 2018 - 1 AZR 361/16 - Rn. 9).

c) Ein Feststellungsinteresse ist jedoch ausnahmsweise entbehrlich, wenn es sich bei dem Antrag um eine zulässige Zwischenfeststellungsklage iSd. § 256 Abs. 2 ZPO handelt. Mit der Zwischenfeststellungsklage wird ein Element aus der Gesamtentscheidung, das geeignet ist, über den konkreten Einzelfall hinaus Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für mögliche Folgestreitigkeiten herzustellen, verselbständigt und mit eigener Rechtskraft versehen. Das für eine solche Klage erforderliche Rechtsschutzbedürfnis liegt aber nur dann vor, wenn das inzidenter ohnehin zu klärende streitige Rechtsverhältnis noch über den gegenwärtigen Prozess hinaus zwischen den Parteien Bedeutung hat oder jedenfalls gewinnen kann. Diese Vorgreiflichkeit macht das für die Feststellungsklage an sich erforderliche Feststellungsinteresse entbehrlich. Werden mit dem Urteil über die Hauptklage die Rechtsbeziehungen der Parteien mit Rechtskraftwirkung erschöpfend geregelt, ist bzw. wird die Zwischenfeststellungsklage unzulässig (BAG 15. Juli 2021 - 6 AZR 207/20 - Rn. 53 mwN; vgl. auch BAG 25. April 2018 - 5 AZR 245/17 - Rn. 19). Die Vorgreiflichkeit muss im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (noch) vorliegen (vgl. BAG 25. Januar 2024 - 6 AZR 390/20 - Rn. 13; 15. Juli 2020 - 10 AZR 507/18 - Rn. 46). Die Hauptklage muss mit anderen Worten noch rechtshängig und über sie muss in der Sache zu entscheiden sein (BAG 7. Februar 2019 - 6 AZR 84/18 - Rn. 18).

69

- d) Nach diesen Grundsätzen ist der Klageantrag zu 12. weder als Feststellungsantrag noch als Zwischenfeststellungsantrag zulässig. 70
- aa) Der Feststellungsantrag zu 12. ist bereits zu unbestimmt, weil mit der Formulierung „dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten des Klägers Arbeitszeiten sind“ keine Klarheit darüber erzielt wird, in welchem Umfang die Beklagte zur Vergütung von Umkleide- und Körperreinigungszeiten des Klägers verpflichtet ist. Die eigentliche Streitfrage kann so nicht mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden. 71
- bb) Darüber hinaus fehlt es auch am erforderlichen Feststellungsinteresse. 72  
Zwar steht nach der Prüfung des Zahlungsantrags fest, dass der Kläger gegen die Beklagte dem Grunde nach einen Anspruch auf Vergütung der Umkleidezeiten hat und dass der Vergütungsanspruch für die Umkleide- und etwaig anfallenden fremdnützigen Körperreinigungszeiten gemäß § 611a Abs. 2 BGB auch nicht durch den MTV, die GBV oder die BV ausgeschlossen ist. Diese Feststellung ist jedoch - angesichts des weiteren Streits der Parteien darüber, ob bzw. in welchem Umfang Körperreinigungs- und Umkleidezeiten anfallen - nicht geeignet, die Rechtsunsicherheit über die Rechtsstellung der klagenden Partei zu beseitigen.
- cc) Das Feststellungsinteresse ist nicht ausnahmsweise nach § 256 Abs. 2 ZPO entbehrlich. Auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts konnte über die mit der Hauptklage verfolgten Zahlungsanträge nicht entschieden werden (*vgl. Rn. 43 ff.*). Damit steht nicht fest, ob das inzidenter zu klärende streitige Rechtsverhältnis noch über den gegenwärtigen Prozess hinaus zwischen den Parteien Bedeutung hat oder jedenfalls gewinnen kann. 73
3. Der Klageantrag zu 13. ist demgegenüber als Zwischenfeststellungsantrag nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig, soweit er für die Revision noch von Belang die Feststellung umfasst, dass die vom Kläger unter Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit benötigte Zeit von einer Minute für den Weg vom Umkleideraum zu seiner Arbeitsstätte und zurück vergütungspflichtige Arbeitszeit darstellt. Der Umfang der beantragten Feststellung ist damit hinreichend be- 74

stimmt. Der Antrag ist insoweit auch begründet. Die Beklagte ist - wie ausgeführt (Rn. 61) - gemäß § 611a Abs. 2 BGB verpflichtet, dem Kläger die Zeit für den Weg vom Umkleideraum zur Arbeitsstätte und zurück im Umfang von einer Minute zu vergüten. Der Hilfsantrag zu 15. ist demzufolge nicht zur Entscheidung angefallen.

VI. Aufgrund der Stattgabe der Revision hinsichtlich des Feststellungsantrags zu 12. fällt der erstmals in der Berufungsinstanz hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit diesem Antrag gestellte Antrag zu 14. zur Entscheidung an. Der Hilfsantrag zu 14. ist unzulässig. Der Zulässigkeit steht zwar nicht entgegen, dass der Kläger diesen Hilfsantrag erstmals in der Berufungsinstanz angebracht hat, denn insoweit liegt eine nach § 533 Nr. 2, § 525 Satz 1, §§ 260, 263 ZPO sachdienliche Klageänderung vor. Der Antrag ist aber aus den bereits zu dem Antrag zu 12. dargestellten Gründen (vgl. Rn. 66 ff.) weder als Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO noch als Zwischenfeststellungsantrag nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. 75

VII. Aufgrund des Unterliegens mit dem Hilfsantrag zu 14. fällt auch der erstmals in der Berufungsinstanz für den Fall des Unterliegens mit diesem Antrag gestellte Antrag zu 16. zur Entscheidung an. Der wiederum auf die Feststellung von Umkleide- und Körperreinigungszeiten gerichtete Antrag ist unzulässig. Auf die Ausführungen zum Hilfsantrag zu 14. wird verwiesen (vgl. Rn. 75). 76

VIII. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich - soweit die Revision begründet ist - nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO), weil hierfür erforderliche Feststellungen fehlen. Sie ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). 77

1. Im Rahmen der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht - nachdem es den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vorbringen und zur Stellungnahme gegeben hat - die für eine Schätzung der Umkleide- und fremdnützigen Körperreinigungszeiten notwendigen Tatsachen unter Beachtung 78

der Vorgaben aus dem Revisionsurteil festzustellen und dabei ggf. die angebotenen Beweise zu erheben haben.

2. Bei der Prüfung der Zahlungsanträge wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass das Berufungsurteil rechtskräftig ist, soweit das Landesarbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung von Vergütung im zeitlichen Umfang von einer Minute je Arbeitstag für den Weg von der Umkleide zum Arbeitsplatz und zurück verurteilt hat (*oben Rn. 61*). Der Senat hat davon abgesehen, dies im Tenor gesondert auszuurteilen, weil bezüglich der Differenzbeträge für die Lohnerhöhung die Zahl der Arbeitstage für die Zeit von Oktober 2020 bis Februar 2021 nicht feststeht (*sh. Rn. 15*) und deshalb die Vergütungshöhe für die Wegezeiten nicht abschließend berechnet werden kann. Nachdem die Parteien dies ebenso wie die Vorinstanzen übersehen haben, gebietet es das Gebot eines fairen Verfahrens, dem Kläger im fortgesetzten Berufungsverfahren die Möglichkeit zu eröffnen, seinen Sachantrag den Zulässigkeitsbedenken des erkennenden Gerichts anzupassen (*dazu BAG 29. März 2023 - 5 AZR 55/19 - Rn. 29*). 79

3. Hinsichtlich der Zinsen wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass diese aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB folgen. Prozesszinsen stehen dem Kläger allerdings nach § 187 Abs. 1 BGB erst ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag zu (*BAG 16. Dezember 2021 - 8 AZR 498/20 - Rn. 69, BAGE 177, 45; 17. Oktober 2018 - 5 AZR 538/17 - Rn. 40*). Dies wäre auch hinsichtlich der unter Ziffer II.9, II.10 und II.11 des Tenors des Berufungsurteils zugesprochenen Zinsen zu beachten. Die diesbezüglichen Klageerweiterungen wurden der Beklagten erst am 28. Januar 2022 (Vergütung für November bis Dezember 2021), am 1. April 2022 (Vergütung für Januar bis Februar 2022) und am 27. Mai 2022 (Vergütung für März bis April 2022) zugestellt, so dass Zinsen jeweils erst ab dem 29. Januar 2022, ab dem 2. April 2022 und ab dem 28. Mai 2022 zuzusprechen wären. 80

IX. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 81

Linck

Bubach

Neumann

Zorn

Markhof