



***Rechtsprechung aktuell:
Neue Entwicklungen im Arbeitsrecht (2025)***

**Skript zum Nachweis von
5 Fortbildungsstunden
im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO**

Herzlich willkommen zu Ihrer Fortbildung nach § 15 Abs. 4 FAO!

Bitte bearbeiten Sie die in diesem Skript dargestellten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Fortbildungszeit.

Im Anschluss gelangen Sie über die Seminarseite zur Lernerfolgskontrolle im Multiple-Choice-Format. Diese bezieht sich ausschließlich auf die Inhalte des Skripts.

Nach Bestehen der Lernerfolgskontrolle werden Sie automatisch zur Zahlungsseite weitergeleitet. Sobald sowohl die Kontrolle erfolgreich abgeschlossen ist als auch Ihre Zahlung eingegangen ist, erhalten Sie spätestens am folgenden Werktag alle erforderlichen Nachweise per E-Mail.

Sollten Sie die erforderliche Mindestpunktzahl von 70 % nicht erreichen, können Sie das Skript in Ruhe erneut durchgehen und die Lernerfolgskontrolle beliebig oft und ohne zusätzliche Kosten wiederholen.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

***Ihr Team von
Hanse Seminare***

Entscheidung 1 – BAG Urt. v. 2.7.2024 – 3 AZR 247/23:

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Höhe der Ansprüche des Kl. auf betriebliche Altersversorgung.

Der im August 1955 geborene Kl. war seit Oktober 1986 bei der H S AG – einem Tochterunternehmen der H AG – beschäftigt. Der Arbeitsvertrag enthielt u.a. folgende Klausel:

„6. Altersversorgung

Die Ansprüche auf eine spätere Altersversorgung, auf Hinterbliebenenbezüge oder auf Leistungen bei vorzeitiger Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit regeln sich nach der Pensionsordnung der ‚H Werke AG‘.“

Zu diesem Zeitpunkt galt eine Konzernbetriebsvereinbarung „Pensionsordnung der H Werke AG vom 1.10.1977“ (KBV PO 77). Sie regelte u.a. Folgendes:

„§ 3. Wartezeit

Renten werden nur gewährt, wenn das Belegschaftsmitglied eine anrechnungsfähige Dienstzeit von zehn Jahren erfüllt hat. ...

§ 4. Anrechnungsfähige Dienstzeit

(1) Als anrechnungsfähige Dienstzeit gilt die Zeit, in der das Belegschaftsmitglied bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres in einem Arbeitsverhältnis zum H-Unternehmen gestanden hat, ausgenommen die Zeit, in der das Belegschaftsmitglied Pflichtmitglied der knappschaftlichen Rentenversicherung gewesen ist. Nach Erfüllung der Wartezeit werden angefangene Dienstjahre voll angerechnet. Nicht angerechnet wird die Zeit, in der ein Vertrag zum Zwecke der Ausbildung bestanden hat.

...

§ 5. Bemessung der Renten

(1) Die Rente wird nach Prozentsätzen des rentenfähigen Einkommens bemessen.

(2) Für jedes anrechnungsfähige Dienstjahr beträgt die monatliche Rente 0,30% des rentenfähigen Einkommens, mindestens aber 2,50 DM. Soweit das rentenfähige Einkommen die zur Zeit des Beginns der Rentenversicherungsleistungen geltende Beitragsbemessungsgrenze in den Rentenversicherungen der Arbeiter und der Angestellten übersteigt, erhöht sie sich um weitere 0,30%. Von dieser Erhöhung ausgenommen sind Aufstockungsbeträge, die nach Absatz (4) zu berücksichtigen sind.

(3) Als rentenfähiges Einkommen gilt das monatliche Bruttoentgelt, das das Belegschaftsmitglied im Durchschnitt der letzten zwei Jahre vor Eintritt des Rentenfalls bezogen hat oder – bei unverschuldeten Versetzungen an geringer bezahlte Arbeitsplätze – nach der während der anrechnungsfähigen Dienstzeit überwiegend ausgeübten Tätigkeit bezogen hätte, falls dies günstiger ist. Liegt das durchschnittliche monatliche Entgelt der letzten fünf anrechnungsfähigen Dienstjahre höher, so gilt dieses. Entgelt für Mehrarbeit einschließlich Zuschläge, vermögenswirksame Leistungen, Sonderzuwendungen wie Abschlussvergütung, Weihnachts-, Urlaubs- und Jubiläumsgeld o. dergl. bleiben außer Ansatz.

(4) Für Belegschaftsmitglieder, die im Laufe ihrer anrechnungsfähigen H-Dienstzeit mindestens zehn Jahre drei- oder vierschichtig gearbeitet und dafür Zuschläge erhalten haben, die nach den gesetzlichen Regelungen von der Beitragspflicht zur Sozialversicherung befreit waren, erhöht sich das nach Absatz (3) ermittelte rentenfähige Einkommen bei mindestens fünf Jahren kontinuierlicher Arbeitsweise um 15%, in den übrigen Fällen um 5%.

Wenn während der dreischichtigen (nichtkontinuierlichen) Arbeitsweise regelmäßig in nicht unerheblichem Umfang Sonntagsarbeit geleistet wurde, so beträgt die Erhöhung unter sonst gleichen Voraussetzungen 10%.

§ 6. Altersrente

(1) Altersrente wird ab Vollendung des 65. Lebensjahres nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewährt, weiblichen Belegschaftsmitgliedern ab Vollendung des 60. Lebensjahres, wenn und solange sie Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung erhalten.

(2) Darüber hinaus wird auf Antrag des Belegschaftsmitgliedes Altersrente vor Vollendung des 65. Lebensjahres gewährt, wenn und solange es Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung erhält.

(3) Beim Tode des Rentenempfängers wird die Altersrente für die folgenden drei Kalendermonate an dessen Witwe (Witwer) oder Waisen weitergewährt.

...

§ 11. Nichtgewährung und Ruhen von Renten, Anrechnung von Einkünften

(3) Die Rente ruht, soweit sie zusammen mit Altersruhegeld, Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente oder Übergangsgeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung 65% (bei Witwen- und Waisenrenten einen ihrem Anteil an der Alters-, Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente aus dieser Pensionsordnung entsprechenden Teil) des rentenfähigen Einkommens übersteigt. Für jedes über 30 anrechnungsfähige Dienstjahre hinaus anzurechnende Dienstjahr erhöht sich diese Grenze um 1/3%, höchstens jedoch auf 70% des rentenfähigen Einkommens.“

Zum 1.1.1987 trat durch weitere Konzernbetriebsvereinbarung eine geänderte Pensionsordnung in Kraft (KBV PO 87). Sie enthielt u.a. folgende Regelungen:

„§ 3. Wartezeit

Renten werden nur gewährt, wenn das Belegschaftsmitglied eine anrechnungsfähige Dienstzeit von zehn Jahren erfüllt hat. ...

§ 4. Anrechnungsfähige Dienstzeit

(1) Als anrechnungsfähige Dienstzeit gilt die Zeit, in der das Belegschaftsmitglied bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres in einem Arbeitsverhältnis zum H-Unternehmen gestanden hat, ausgenommen die Zeit, die es Pflichtmitglied der knappschaftlichen Rentenversicherung gewesen ist. Nach Erfüllung der Wartezeit werden angefangene Dienstjahre voll angerechnet.

Ausbildungszeiten ab 1.1.1987 werden als rentenfähige Dienstzeiten berücksichtigt. Belegschaftsmitglieder, die am 1.1.1987 in einem Ausbildungsverhältnis standen, erhalten die Ausbildungszeit von diesem Zeitpunkt ab als rentenfähige Dienstzeit angerechnet.

(2) Als anrechnungsfähige Dienstzeit gelten auch die Zeiten, die durch Gesetze und Rechtsverordnungen einer Betriebszugehörigkeit gleichgestellt sind. Hierzu rechnen beispielsweise

a) Wehr- und Kriegsdienstzeiten bei der ehemaligen deutschen Wehrmacht usw. einschließlich der Zeit einer Kriegsgefangenschaft,

b) Dienstzeiten bei der Bundeswehr oder im zivilen Ersatzdienst,

c) Zeiten nach dem Arbeitssicherstellungsgesetz oder dergl.

(3) Für die Ermittlung der Wartezeit (§ 3) und die Leistungsbemessung (§ 5 I–IV) ist auch die Zeit anzurechnen, die in einem anderen Mitgliedsunternehmen der ‚Pensionsvereinigung der Eisen- und Stahlindustrie‘ oder dessen Tochtergesellschaften – sofern für diese eine entsprechende Pensionsordnung gilt – verbracht worden ist, vorausgesetzt, dass dort noch keine unverfallbare Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung erworben worden ist.

...

§ 5. Bemessung der Renten

(1) Für die Rentenbemessung wird ein monatliches Durchschnittseinkommen auf der Grundlage von zwei Kalenderjahren ermittelt und = 100 gesetzt (Richtwert). Dabei werden für Belegschaftsmitglieder, die in der Zeit vom 01.1. bis zum 30.6. eines Kalenderjahres in den Ruhestand treten, die beiden Kalenderjahre, die dem Kalenderjahr vor dem Austrittsjahr vorangehen, zugrunde gelegt. Für Belegschaftsmitglieder, die in der Zeit vom 01.7. bis zum 31.12. eines Kalenderjahres in den Ruhestand treten, werden die beiden Kalenderjahre vor dem Austrittsjahr in Ansatz gebracht.

Zur Ermittlung des Richtwertes ist die Lohn- und Gehaltssumme aller bei den H-Unternehmen Beschäftigten, die unter die Pensionsordnung fallen, jedoch mit Ausnahme der Auszubildenden, maßgebend.

Für die Rentenbemessung wird ferner ein monatliches Individualeinkommen ermittelt. Als rentenfähiges Individualeinkommen gilt das Bruttoentgelt, welches das Belegschaftsmitglied im Durchschnitt der letzten zwei Jahre vor Eintritt des Rentenfalls bezogen hat oder – bei unverschuldeten Versetzungen an geringer bezahlte Arbeitsplätze – nach der während der anrechnungsfähigen Dienstzeit überwiegend ausgeübten Tätigkeit bezogen hatte, falls dies günstiger ist. Liegt das durchschnittliche monatliche Entgelt der letzten fünf anrechnungsfähigen Dienstjahre höher, so gilt dieses.

(2) Entgelt für Mehrarbeit einschließlich Zuschläge, Zuschläge für Schichtarbeit, auch soweit sie in einer Verdienst- oder Einkommenssicherung enthalten sind, vermögenswirksame Leistungen, tarifliche und betriebliche Sonderzahlungen, Urlaubs- und Jubiläumsgeld, Urlaubsabgeltung oder dergl. bleiben sowohl bei der Ermittlung des Richtwertes als auch des Individualeinkommens außer Ansatz.

Für Belegschaftsmitglieder, die im Laufe ihrer anrechnungsfähigen H-Dienstzeit mindestens zehn Jahre drei- oder vierschichtig gearbeitet und dafür Zuschläge erhalten haben, die nach den gesetzlichen Regelungen von der Beitragspflicht zur Sozialversicherung befreit waren, erhöht sich das Individualeinkommen bei mindestens fünf Jahren kontinuierlicher Arbeitsweise um 20%, in den übrigen Fällen um 5%. Wenn während der dreischichtigen (nicht kontinuierlichen) Arbeitsweise

regelmäßig während der tariflichen Normalarbeitszeit in nicht unerheblichem Umfang Sonntagsarbeit geleistet wurde, so beträgt die Erhöhung unter sonst gleichen Voraussetzungen 10%.

(3) Die Rente pro Dienstjahr beträgt 5 DM bezogen auf den Richtwert. Für jedes volle 1%, um das das Individualeinkommen des Rentenberechtigten im Durchschnitt der letzten zwei Jahre höher oder niedriger war als der Richtwert, erhöht oder ermäßigt sich die Rente pro Dienstjahr im gleichen Verhältnis.

Als Mindestrente wird 3,60 DM pro Dienstjahr gewährt.

(4) Belegschaftsmitglieder, deren Individualeinkommen ohne Berücksichtigung von Schichtzuschlägen (§ 5 II UAbs. 2) oberhalb der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung liegt, erhalten für diese Einkommensteile anstelle der vorerwähnten Regelungen (§ 5 I–III) für jedes volle 1%, um das das Individualeinkommen die Beitragsbemessungsgrenze übersteigt, einen Betrag iHv 16,20 DM bezogen auf eine Dienstzeit von 40 Jahren. Beträgt die Dienstzeit weniger als 40 anrechnungsfähige Dienstjahre, so vermindert sich der Betrag von 16,20 DM im Verhältnis der anrechnungsfähigen Dienstjahre zu 40 Jahren.

§ 6. Altersrente

(1) Altersrente wird ab Vollendung des 65. Lebensjahres nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewährt, weiblichen Belegschaftsmitgliedern ab Vollendung des 60. Lebensjahres, wenn und solange sie Altersruhegeld als Vollrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung erhalten. Die Altersgrenze für Frauen wird entsprechend den Regelungen des § 41 Sozialgesetzbuch VI schrittweise auf die Vollendung des 65. Lebensjahres angehoben.

...

§ 11. Nichtgewährung und Ruhen von Renten, Anrechnung von Einkünften

...

(3) Die Rente ruht soweit sie zusammen mit Altersruhegeld (ohne Berücksichtigung eines Rentenzugangsfaktors § 77 Sozialgesetzbuch VI), Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente oder Übergangsgeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung 90% (bei Witwen-, Witwer- und Waisenrenten einen ihrem Anteil an den Alters-, Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrenten aus dieser Pensionsordnung entsprechenden Teil) des rentenfähigen Einkommens übersteigt.“

Das Verhältnis der KBV PO 77 und 87 regelten die Konzernbetriebsvereinbarungen vom 1.12.1986 (KBV N1) sowie vom 15.5.1991 (KBV N2) jeweils idF vom 13.3.1992. Die KBV N1 enthielt u.a. folgende Regelungen:

„§ 3. Pensionsordnung 1977

Die Pensionsordnung 1977 findet Anwendung auf

–alle ehemaligen Belegschaftsmitglieder, die nach dieser Pensionsordnung in den Ruhestand getreten sind,

–alle Belegschaftsmitglieder, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Konzernbetriebsvereinbarung das 58. Lebensjahr vollendet haben oder die bis zum 31.12.1986 in den Ruhestand treten,

–alle übrigen Belegschaftsmitglieder, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Konzernbetriebsvereinbarung in den Diensten des H-Unternehmens stehen mit der Maßgabe, dass die bis zum 31.12.1986 erworbenen Anwartschaften nach § 2 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung errechnet und festgeschrieben werden.

Die Entwicklung des rentenfähigen Einkommens vom 1.1.1987 bis zum Zeitpunkt des Versorgungsfalls wird entsprechend dem Verhältnis der unter der Pensionsordnung 1977 zurückgelegten Dienstzeit zu der bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres möglichen Dienstzeit berücksichtigt.

Im Übrigen tritt die Pensionsordnung 1977 für diesen Personenkreis mit Ablauf des 31.12.1986 außer Kraft.

§ 4. Pensionsordnung 1987

Die Pensionsordnung 1987 findet Anwendung auf

–alle Belegschaftsmitglieder, die nach dem 31.12.1986 in das H-Unternehmen eintreten,

–alle übrigen Belegschaftsmitglieder des H-Unternehmens, soweit nicht in § 3 etwas anderes bestimmt ist, mit der Maßgabe, dass sich deren Anwartschaften und Werksrenten für den Zeitraum ab Inkrafttreten der Konzernbetriebsvereinbarung nach dieser Pensionsordnung bemessen.“

Die KBV N2 sah u.a. folgende Regelungen vor:

„1. Wird eine Werksrente sowohl nach der Pensionsordnung 1977 (PO 77) als auch nach der Pensionsordnung 1987 (PO 87) berechnet, gilt unter Berücksichtigung des § 3, 3. Spiegelstrich der Konzernbetriebsvereinbarung vom 1.12.1986 folgendes:

–Im ersten Schritt wird die nach der PO 77 maximal erreichbare Rente bezogen auf das 65. Lebensjahr errechnet. Es wird das maßgebliche rentenfähige Einkommen zum Stichtag 31.12.1986 (§ 5 III und IV PO 77) zugrunde gelegt und dabei die Entwicklung des rentenfähigen Einkommens vom 1.1.1987 bis zum Zeitpunkt des Eintritts des Versorgungsfalls entsprechend dem Verhältnis der unter der PO 77 zurückgelegten Dienstzeit zu der bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres möglichen Dienstzeit berücksichtigt.

Der sich daraus ergebende Rentenbetrag – unter Berücksichtigung der Mindestrente gem. § 5 (2) PO 77 von 2,50 DM pro Dienstjahr – ist in dem Verhältnis der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit bis zum 31.12.1986 zu der möglichen Betriebszugehörigkeit bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres zu quotieren. Die bei der Quotierung zu berücksichtigende ununterbrochene Betriebszugehörigkeit umfasst auch die Zeit der Ausbildung bei einem der H-Unternehmen.

–Im zweiten Schritt wird der Steigerungsbetrag nach der PO 87 bezogen auf die Betriebszugehörigkeit ab dem 1.1.1987 bis zum Eintritt des Rentenfalls errechnet. Dabei werden der Richtwert und das Individualeinkommen gem. § 5 I PO 87 zum Stichtag des Ausscheidens zugrunde gelegt. Dabei sind mindestens 3,60 DM pro Dienstjahr gem. § 5 (3) PO 87 anzusetzen.

–Im dritten Schritt werden die im ersten und zweiten Schritt errechneten Rententeile addiert. Der sich daraus ergebende Rentenbetrag ist als Zwischenergebnis Bestandteil der nachfolgenden Obergrenzenbetrachtung.

– Im vierten Schritt wird der errechnete Rentenbetrag gem. § 5 der Konzernbetriebsvereinbarung vom 1.12.1986 an der in § 11 III der PO 77 festgelegten Versorgungsobergrenze gemessen und gegebenenfalls gekürzt.

Bei der Festlegung der Versorgungsobergrenze ist das rentenfähige Einkommen nach § 5 III und IV der PO 77 bezogen auf den Stichtag des Ausscheidens maßgebend. Übersteigt der errechnete Rentenbetrag zuzüglich der zum Zeitpunkt des Rentenfalls tatsächlich gezahlten Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung – bei Altersruhegeld jedoch ohne Berücksichtigung eines Rentenzugangsfaktors (§ 77 Sozialgesetzbuch VI) – unter Berücksichtigung des § 11 III PO 77 die Versorgungsobergrenze, so wird er um den Betrag gekürzt, um den die Gesamtversorgung aus dem errechneten Rentenbetrag und der gesetzlichen Rente – bei Altersruhegeld wiederum ohne Berücksichtigung eines Rentenzugangsfaktors – die Obergrenze übersteigt.

–Im fünften Schritt werden – falls es sich um ein flexibles Altersruhegeld handelt – die Kürzungen nach § 11 (7) PO 77 sowie PO 87 auf den ermittelten Rentenbetrag angewandt.

–Im sechsten Schritt werden die Vorschriften über die Mindestrenten nach § 11 VI PO 77 (für Zeiten bis 31.12.1986) und § 11 VII PO 87 (für Zeiten ab 1.1.1987) beachtet.

Der danach sich ergebende Rentenbetrag ist die Werksrente, Hinterbliebene erhalten davon den für sie vorgesehenen Vomhundertsatz.

2. Die in Abs. 1 getroffene Regelung gilt für die ab 1.1.1987 eingetretenen und die zukünftigen Rentenfälle, in denen sowohl die PO 77 als auch die PO 87 Anwendung findet. Ergibt sich gemäß der Berechnung nach Abs. 1 eine höhere Werksrente als bislang festgesetzt, ist der Differenzbetrag rückwirkend ab Renteneintritt nachzuzahlen.“

Vom 1.7.1997 bis zum 31.12.1997 war der Kl. vorübergehend bei der H P GmbH beschäftigt. Ende August 2020 trat er in den Ruhestand und bezieht seitdem von der Bekl. eine betriebliche Altersversorgung iHv 180,76 EUR brutto monatlich.

Der Kl. hat geltend gemacht, seine betriebliche Altersversorgung sei ausschließlich nach der KBV PO 77 zu berechnen. Diese sei nicht wirksam durch die KBV PO 87 abgelöst worden. Ein außergewöhnlich hoher Rückstellungsbedarf könne die Ablösung nicht rechtfertigen. Die Bekl. habe nur zu den konzernweiten Rückstellungen vorgetragen, nicht aber zu denen der H S AG. Das Gesamtkonzept zur Kosteneinsparung sei nicht erläutert worden, das Einsparvolumen durch die KBV PO 87 nicht schlüssig. Die Bekl. sei als Rechtsnachfolgerin der H S AG passiv legitimiert. Sein Arbeitsvertrag vom 10.7.1986 sei nicht aufgehoben, sondern ab Januar 1998 bei der K H S AG fortgeführt worden.

Der Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen,

1.an ihn 4.649,12 EUR brutto nebst Zinsen zu zahlen;

2.an ihn ab dem 1.6.2021 monatlich weitere 517,68 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 2. des jeweiligen Kalendermonats zu zahlen.

Die Bekl. hat geltend gemacht, es sei verfehlt, den Wegfall oder die Begrenzung künftig erdienbarer Zuwächse vom Vorliegen sachlich-proportionaler Gründe abhängig zu machen. Solche Gründe hätten für die Ablösung der KBV PO 77 durch die KBV PO 87 vorgelegen. Hierfür sei eine konzerneinheitliche Betrachtung geboten. Nach den in Auftrag gegebenen Gutachten sei prognostiziert worden, dass sich die Pensionsrückstellungen bei Weiterführung der KBV PO 77 bis zum Jahr 2003 von 1,5 Mrd. auf 3,3 Mrd. DM erhöht hätten. Bei der Umstellung des Versorgungswerks auf die KBV PO 87 seien die

Rückstellungen nach 20 Jahren um 1,6 Mrd. DM geringer ausgefallen. Der H Konzern habe sich aufgrund der Stahlkrise in existentiellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befunden. Der Dotierungsrahmen der KBV PO 77 sei davon bestimmt gewesen, in fast 80% der Fälle wegen der eingreifenden Limitierung nur eine Mindestrente von 2,50 DM je Dienstjahr zu zahlen.

Das ArbG Bochum (12.1.2022 – 3 Ca 553/21, BeckRS 2022, 4218) hat die Klage abgewiesen. Das LAG Hamm (27.9.2023 – 4 Sa 124/22, BeckRS 2023, 39394) hat die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. zurückgewiesen. Die Revision des Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Die Revision des Kl. ist begründet. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 I ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG (§ 563 I 1 ZPO).

I. Mit der gegebenen Begründung durfte das LAG nicht annehmen, die betriebliche Altersrente des Kl. sei nur für die Zeit vom 1.10.1986–31.12.1986 nach den Bestimmungen der KBV PO 77 zu berechnen, ab dem 1.1.1987 hingegen nach den Bestimmungen der KBV PO 87.

1. Zwar konnte die KBV PO 77 nach der für Betriebsvereinbarungen geltenden Zeitkollisionsregel grundsätzlich durch die gleichrangige KBV PO 87 abgelöst werden.

a) Nach dem vom Senat aus den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes entwickelten dreistufigen Prüfungsschema bedarf es bei der verschlechternden Neuregelung einer Versorgungsordnung jedoch unterschiedlich gewichtiger Gründe für eine Ablösung (stRspr seit BAG 17.4.1985 – 3 AZR 72/83, BAGE 49, 57 (zu B II 3c) = NZA 1986, 57; vgl. zuletzt BAG 3.5.2022 – 3 AZR 472/21, BAGE 178, 1 Rn. 51 ff. = NZA 2022, 1418; 9.5.2023 – 3 AZR 226/22, NZA 2023, 1189 Rn. 38 ff.). Der unter Geltung der bisherigen Ordnung und in dem Vertrauen auf deren Inhalt bereits erdiente und entsprechend §§ 2 I, 2a I BetrAVG ermittelte Teilbetrag kann nur in seltenen Ausnahmefällen entzogen werden. Der Eingriff setzt zwingende Gründe voraus. Zuwächse, die sich – wie etwa bei endgehaltsbezogenen Zusagen – dienstzeitunabhängig aus dynamischen Berechnungsfaktoren ergeben (erdiente Dynamik), können nur aus triftigen Gründen geschmälert werden. Für eine Verschlechterung der Berechnungsgrundlagen für dienstzeitabhängige, noch nicht erdiente Zuwachsraten sind schließlich sachlich-proportionale Gründe erforderlich (vgl. BAG 3.5.2022 – 3 AZR 472/21, BAGE 178, 1 = NZA 2022, 1418; 19.3.2019 – 3 AZR 201/17, BAGE 166, 136 Rn. 28 = NZA 2020, 1031).

b) Hieran hält der Senat auch angesichts der von der Bekl. erhobenen Einwände fest.

aa) Der Schutz der noch nicht erdienten Zuwächse rechtfertigt sich daraus, dass bei einer verschlechternden Neuregelung die Versorgungsplanung der Arbeitnehmer negativ betroffen wird, die sie an den einmal versprochenen und zu erwartenden Steigerungen ausgerichtet haben (vgl. BAG 8.12.1981 – 3 ABR 53/80, BAGE 36, 327 (zu B III 1b) = NJW 1982, 1416). Daran ändert es nichts, dass die Arbeitnehmer grundsätzlich mit einer auch verschlechternden Ablösung der auf einer Betriebsvereinbarung gründenden Versorgungsordnung rechnen müssen. Sie erbringen ihre Arbeitsleistung im Vertrauen darauf, dass die ursprünglich versprochenen Steigerungen im Grundsatz beibehalten werden. Schließt die Versorgungszusage den Erwerb von Ansprüchen in den ersten Monaten der Beschäftigung nicht aus, ist dieses Vertrauen auch vom ersten Tag an geschützt. Aus der Wartezeit des § 1 I KSchG ergibt sich insoweit entgegen der Auffassung der Bekl. kein Wertungswiderspruch. Die Wartezeit betrifft allein die Frage, ab wann der allgemeine Kündigungsschutz gilt.

bb) Soweit die Bekl. geltend gemacht hat, der Kl. sei zu einer Zeit eingestellt worden, als bereits Verhandlungen über eine Neuregelung des Versorgungssystems schwebten, hat das LAG darin zu Recht keinen Grund gesehen, ihm Vertrauensschutz zu versagen. Es hat darauf abgestellt, dass die Bekl. für eine Unrichtigkeit der Angaben des Kl., ihm sei versichert worden, dies würde für ihn bei einem Vertragsabschluss im Jahr 1986 keine Auswirkungen haben, keinen Beweis angetreten habe. Dem ist die Bekl. nicht mit einer Verfahrensrüge entgegengetreten.

cc) Der Umstand, dass im Streit mit dem einzelnen Arbeitnehmer darüber, ob eine Ablösung wirksam erfolgt ist, der Arbeitgeber gegebenenfalls noch Jahrzehnte später darlegen muss, welche Gründe es für die Ablösung gab, vermag entgegen der Ansicht der Bekl. kein Absehen von den Anforderungen zu begründen. In der betrieblichen Altersversorgung erstrecken sich die relevanten Sachverhalte typischerweise auf beträchtliche zurückliegende Zeiträume. Das dreistufige Prüfungsschema war in der Rechtsprechung im Übrigen auch im Zeitpunkt der Ablösung der KBV PO 77 durch die KBV PO 87 bereits anerkannt.

2. Zu Recht ist das BerGer. davon ausgegangen, die abändernde KBV PO 87 habe weder in den vom Kl. zum Ablösungstichtag bereits erdienten und entsprechend §§ 2 I, 2a I BetrAVG ermittelten Teilbetrag (erste Stufe) noch in die sich bis dahin dienstzeitunabhängig aus dynamischen Berechnungsfaktoren ergebende erdiente Dynamik (zweite Stufe) eingegriffen. Ersteres hat auch der Kl. nicht geltend gemacht. An einem Eingriff in die erdiente Dynamik fehlt es, weil die dem Kl. gewährte Betriebsrente mit 180,76 EUR monatlich über dem zum 31.12.1986 erdienten und dynamisierten Teilbetrag iHv 20,54 EUR monatlich liegt (vgl. zur Berechnung BAG 20.6.2023 – 3 AZR 231/22, NZA 2024, 143 Rn. 34f.).

3. Zu Recht hat das LAG ferner gemeint, bei der Prüfung sachlich-proportionaler Gründe für eine verschlechternde Regelung der noch nicht erdienten dienstzeitabhängigen Zuwächse (dritte Stufe) sei im konkreten Fall auf die tatsächlichen Umstände und wirtschaftlichen Verhältnisse im Konzern abzustellen.

a) Bei einer arbeitgeberfinanzierten betrieblichen Altersversorgung legt der Arbeitgeber fest, für welchen Personenkreis die geplante Leistung gedacht ist und auf welcher Ebene sie erbracht wird (BAG 24.1.2006 – 3 AZR 483/04, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 50 Rn. 42 = NZA-RR 2007, 595). Er kann den Leistungszweck so bestimmen, dass er nur mit einer unternehmensübergreifenden Regelung erreichbar ist (vgl. BAG 18.10.1994 – 1 ABR 17/94, NZA 1995, 390 (zu B II 1)). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Konzernleitung die freiwillige Leistung nur konzerneinheitlich gewähren will (vgl. BAG 26.4.2005 – 1 AZR 76/04, BAGE 114, 286 (zu I 1a) = NZA 2005, 892). Soll die Altersversorgung durch Betriebsvereinbarung konzernweit einheitlich geregelt werden, ist insoweit gem. § 58 I iVm § 87 I Nr. 10 BetrVG das Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats eröffnet (vgl. grundlegend BAG 19.3.1981 – 3 ABR 38/80, NJW 1982, 2461 (zu B 1b)). Die zwischen Konzernbetriebsrat und Konzernleitung geschlossenen Konzernbetriebsvereinbarungen gelten nach § 77 IV BetrVG unmittelbar und zwingend für alle Arbeitsverhältnisse in den Konzernunternehmen (BAG 22.1.2002 – 3 AZR 554/00, NZA 2002, 1224; Fitting, 32. Aufl. 2024, BetrVG § 58 Rn. 35).

b) Soll eine solche konzerneinheitliche Regelung verändert und abgelöst werden, kann der Konzernarbeitgeber erneut entscheiden, die Versorgung nur konzernweit einheitlich abzuändern. Anderenfalls wäre er gezwungen, die konzerneinheitliche Versorgung einzustellen, teilweise zu kündigen und damit den konzernweiten Versorgungszweck zu verändern (BAG 8.12.2020 – 3 ABR 44/19, BAGE 173, 138 Rn. 32, 44, 47 = BeckRS 2020, 34448). Sollen konzerneinheitlich die Berechnungsgrundlagen für die künftigen Zuwächse verschlechtert werden, müssen hierfür deshalb auch konzernbezogene sachlich-proportionale Gründe vorliegen. Es genügen dafür weder auf ein konzernangehöriges Unternehmen bezogene Gründe, noch steht der Umstand, dass bei einem der konzernangehörigen Unternehmen isoliert betrachtet keine solchen Gründe vorliegen, einer

konzernweit verschlechternden Regelung entgegen, wenn entsprechende Gründe bezogen auf den gesamten Konzern gegeben sind. Die wirtschaftliche Betätigung des konzernangehörigen Versorgungsschuldners wird insoweit durch die Bedürfnisse des Konzerns bestimmt (BAG 10.11.2015 – 3 AZR 390/14, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 72 Rn. 28 = BeckRS 2016, 65484).

c) Das für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats erforderliche Abhängigkeitsverhältnis nach § 17 I AktG – also die Möglichkeit des herrschenden Unternehmens, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf das beherrschte Unternehmen auszuüben (vgl. Fitting, 32. Aufl. 2024, BetrVG § 54 Rn. 13) – begründet sowohl den konzernweiten Geltungsgrund einer Konzernbetriebsvereinbarung als auch die konzernweite Änderungsbefugnis, wenn der Konzern und sein unternehmerisches Handeln betroffen sind. Auf die Grundsätze des Berechnungsdurchgriffs kommt es nicht an (BAG 10.11.2015 – 3 AZR 390/14, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 72 Rn. 29 = BeckRS 2016, 65484). Es geht auch nicht darum, unter welchen Voraussetzungen eine lediglich unternehmensweit geltende Versorgungsordnung mit Blick auf mögliche Konzernverflechtungen auf Unternehmensebene verschlechtert werden kann (vgl. dazu BAG 10.11.2015 – 3 AZR 390/14, AP BetrVG § 1 Ablösung Nr. 72 Rn. 26, 28 = BeckRS 2016, 65484).

d) Sollen die Versorgungsaufwendungen konzernweit abgesenkt werden, muss der Arbeitgeber als Versorgungsschuldner vortragen, wegen welcher konkret konzernweit wirkender wirtschaftlicher Schwierigkeiten eine finanzielle Entlastung des Konzerns interessengerecht war und weshalb die Schmälerung der künftigen Zuwächse nicht außer Verhältnis zum Anlass stand (BAG 24.1.2006 – 3 AZR 483/04, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 50 Rn. 55 = NZA-RR 2007, 595).

e) Das LAG hat zutreffend angenommen, bei der konzernweiten Ablösung der KBV PO 77 durch die KBV PO 87 habe es sich um einen solchen Konzernsachverhalt gehandelt. Die durch die KBV PO 77 schon bislang konzernweit geregelte betriebliche Altersversorgung sollte einheitlich für den gesamten Konzern durch die KBV PO 87 abgelöst werden. Eine Verschlechterung war nicht etwa nur für die Beschäftigten eines oder mehrerer Unternehmen des Konzerns vorgesehen.

4. Auch von den Obersätzen des Senats zu den sachlich-proportionalen Gründen ist das BerGer. im Grundsatz zutreffend ausgegangen. Als sachlich-proportionale Gründe im Konzern kommen – entsprechend den Anforderungen auf Unternehmensebene – nachvollziehbare, aner kennenswerte Gründe in Betracht, die einen vernünftig handelnden Konzernarbeitgeber zu einer Verschlechterung der noch zu erdienenden Zuwächse der im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer veranlassen können (vgl. BAG 3.5.2022 – 3 AZR 472/21, BAGE 178, 1 Rn. 52 = NZA 2022, 1418).

a) Sachliche Gründe können sich insbesondere aus einer – schon eingetretenen oder prognostizierten – negativen wirtschaftlichen Entwicklung des Konzerns ergeben (vgl. BAG 13.10.2020 – 3 AZR 246/20, NZA 2021, 816 Rn. 42). Negative wirtschaftliche Entwicklungen können aus den Konzerngesellschaften auf den gesamten Konzern ausstrahlen. Eine Änderung des Versorgungssystems kann Teil eines Konzepts zur Sanierung des Konzerns sein. Eine langfristige Substanzgefährdung oder eine dauerhaft unzureichende Eigenkapitalverzinsung sind nicht erforderlich. Zur Rechtfertigung der Verschlechterung bedarf es auch nicht eines ausgewogenen, die Sanierungslasten angemessen verteilenden Sanierungsplans. Ebenso wenig ist es notwendig, dass Maßnahmen zur Kosteneinsparung ausgeschöpft sind, bevor eine Schmälerung künftiger Zuwächse vorgenommen wird. Es geht nur darum, die Willkürfreiheit der Verschlechterung zu belegen (BAG 15.2.2011 – 3 AZR 35/09, NZA-RR 2011, 541 Rn. 73 = NZA 2012, 415 Os.). Es müssen wirtschaftliche Schwierigkeiten vorliegen, auf die ein vernünftiger Konzernarbeitgeber entsprechend reagieren darf (BAG 3.5.2022 – 3 AZR 472/21, BAGE 178, 1 Rn. 52 = NZA 2022, 1418). Der bloße Hinweis auf wirtschaftliche Schwierigkeiten im Konzern reicht nicht aus. Vielmehr sind die wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Einzelnen darzulegen. Anderweitige Sanierungsmöglichkeiten müssen zumindest erwogen worden sein und ihre Unterlassung plausibel erläutert werden. Maßnahmen, die auf den ersten Blick dem Sanierungszweck

zuwiderlaufen, müssen einleuchtend sein (BAG 3.5.2022 – 3 AZR 472/21, BAGE 178, 1 Rn. 53 = NZA 2022, 1418; 15.2.2011 – 3 AZR 35/09, AP BetrAVG § 1 Auslegung Nr. 13 Rn. 74 = NZA-RR 2011, 541).

b) Neben den wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Konzerns kann eine bereits eingetretene oder prognostizierte negative Entwicklung auch nur des Versorgungssystems aufgrund unvorhersehbarer Umstände einen sachlichen Grund darstellen (vgl. ausf. Steinmeyer RdA 2005, 345; Höfer BetrAVG I/Höfer, 30 Aufl. März 2024, Rn. 339.1 ff.; Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs BetrAVG, 8. Aufl. 2022, Anh. § 1 Rn. 636).

aa) Dies ist etwa anzunehmen, wenn eine erhebliche, zum Zeitpunkt der Schaffung des Versorgungswerks unvorhersehbare Mehrbelastung eingetreten oder zu erwarten ist, die etwa auf Änderungen im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung oder im Steuerrecht zurückzuführen ist. Der Anstieg der Kosten ist anhand eines Barwertvergleichs festzustellen, der bezogen auf den Ablösestichtag einerseits und den Tag der Schaffung des Versorgungswerks andererseits vorzunehmen ist. Einzubeziehen ist ein identischer Personenbestand, nämlich die Gesamtheit der anwartschaftsberechtigten Arbeitnehmer, denen zum Ablösestichtag eine Versorgung nach den Regeln zugesagt war, die verändert werden soll. Maßgebend für die Durchführung des Barwertvergleichs sind die Rechnungsgrundlagen und anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik. Für den Vergleich ist der aktuelle Barwert – dh der Barwert der Pensionsverpflichtungen aus dem anzupassenden Versorgungswerk nach der sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Rechtslage zum Ablösestichtag – dem Ausgangsbarwert – dh dem Barwert der Pensionsverpflichtungen aus dem Versorgungswerk nach der bei dessen Schaffung maßgeblichen Rechtslage – gegenüberzustellen (BAG 10.11.2015 – 3 AZR 390/14, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 72 Rn. 39 = BeckRS 2016, 65484; vgl. auch 8.12.2020 – 3 AZR 65/19, BAGE 173, 155 Rn. 36f. = NZA 2021, 344).

bb) Zwar erlauben gestiegene Pensionsrückstellungen dem Unternehmer für sich genommen keinen Eingriff in die Versorgung, da sie (nur) dazu dienen, Gewinne bis zur Fälligkeit der einzelnen Rentenbeiträge als Betriebskapital – und zwar in Gestalt von Fremdkapital – zu verwenden (BAG 8.12.2020 – 3 AZR 65/19, BAGE 173, 155 Rn. 25, 29f. = NZA 2021, 344). Ein sachlicher Grund kann aber vorliegen, wenn sich die Pensionslasten und damit die Pensionsrückstellungen nach versicherungsmathematischen Grundsätzen erheblich erhöhen. Soweit diese Erhöhung nicht von Anfang an bei der Schaffung des Versorgungswerks absehbar oder einkalkuliert war, kann ein vernünftiger Unternehmer hierauf reagieren. Das hat der Senat etwa in einem Fall eines außergewöhnlich hohen Rückstellungsbedarfs und aus den bei Fortbestand der Versorgung außerordentlich und – im Vergleich zu den aktiven Bezügen – ganz unverhältnismäßig ansteigenden Versorgungslasten angenommen (vgl. BAG 10.9.2002 – 3 AZR 635/01, NJOZ 2004, 525 (zu III 2c) = NZA 2004, 231 Os.).

cc) Soll zudem der Versorgungsaufwand insgesamt verringert werden, sind zusätzliche wirtschaftliche oder nicht-wirtschaftliche Gründe erforderlich (BAG 10.9.2002 – 3 AZR 635/01, NJOZ 2004, 525 (zu III 2c) = NZA 2004, 231 Os.).

dd) Für die Rechtfertigung bedarf es keiner Äquivalenzstörung, die gem. § 313 BGB eine Befugnis zur Anpassung eines Versorgungswerks wegen Störung der Geschäftsgrundlage ergeben kann (vgl. dazu BAG 8.12.2020 – 3 AZR 65/19, BAGE 173, 155 Rn. 20 = NZA 2021, 344). Die Bekl. macht eine solche Störung nicht geltend.

c) Die Verschlechterung muss proportional sein. Das ist der Fall, wenn sie mit dem sachlichen Grund kompatibel ist (BAG 16.2.2010 – 3 AZR 181/08, BAGE 133, 181 Rn. 66 = NZA 2011, 42). Dabei geht es nicht um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne. Vielmehr müssen der Regelungszweck und der Kürzungsumfang in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen (vgl. BAG 3.5.2022 – 3

AZR 472/21, BAGE 178, 1 Rn. 54 = NZA 2022, 1418). Der Eingriff in das betriebliche Versorgungswerk muss sich im Fall einer bereits eingetretenen oder prognostizierten negativen wirtschaftlichen Entwicklung des Konzerns nachvollziehbar in ein auf eine Verbesserung der wirtschaftlichen Lage ausgerichtetes Gesamtkonzept einpassen (vgl. BAG 22.4.1986 – 3 AZR 496/83, BAGE 51, 397 (zu III 2b) = NZA 1986, 746). Der Eingriff ist proportional, wenn die Neuregelung der betrieblichen Altersversorgung die künftigen dienstzeitabhängigen Zuwächse nicht weiter schmälert, als dies ein vernünftiger Konzernarbeitgeber zur Kosteneinsparung in der konkreten wirtschaftlichen Situation für geboten erachten durfte (BAG 19.3.2019 – 3 AZR 201/17, BAGE 166, 136 Rn. 58 = NZA 2020, 1031). Eine Verschlechterung der Berechnungsgrundlagen für die noch nicht erdienten Zuwächse ist bei einer Fehlentwicklung des Versorgungswerks jedenfalls dann proportional, wenn der neue Dotierungsrahmen bezogen auf einen vergleichbaren Personenkreis dem ursprünglichen Dotierungsrahmen bei vorhersehbarer Entwicklung entspricht (BAG 10.11.2015 – 3 AZR 390/14, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 72 Rn. 39 = BeckRS 2016, 65484).

d) Ein Anzeichen sowohl für ein sachliches Änderungsbedürfnis als auch für die Proportionalität der ablösenden Regelung im Konzern kann in der Mitbestimmung durch den Konzernbetriebsrat liegen (BAG 16.2.2010 – 3 AZR 181/08, BAGE 133, 181 Rn. 72 f. = NZA 2011, 42). Dem Konzernarbeitgeber und dem Konzernbetriebsrat stehen bei der Beurteilung der dem Eingriff zugrundeliegenden tatsächlichen Gegebenheiten, der finanziellen Auswirkungen der ergriffenen Maßnahmen sowie bei der mitbestimmten Ausgestaltung des Gesamtkonzepts eine Einschätzungsprärogative und ein Beurteilungsspielraum zu (vgl. BAG 19.3. 2019 – 3 AZR 201/17, BAGE 166, 136 Rn. 58 = NZA 2020, 1031).

e) Der Vertragsarbeitgeber – denn nur er wird regelmäßig von den Versorgungsberechtigten in Anspruch genommen – hat für die negative wirtschaftliche Entwicklung des Konzerns substantiiert darzutun, wie das notwendige Einsparvolumen im Konzern ermittelt worden ist und in welchem Umfang die Neuregelung der betrieblichen Altersversorgung zur Kosteneinsparung beigetragen hat. Hierzu hat er die anderen Maßnahmen im Einzelnen darzulegen, die zur Kosteneinsparung getroffen wurden (BAG 13.10.2020 – 3 AZR 246/20, NZA 2021, 816 Rn. 45 = NZA-RR 2021, 143). Auf entsprechenden Einwand des Arbeitnehmers muss er erläutern, weshalb anderweitige Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten im Konzern nicht getroffen worden sind (BAG 12.11.2013 – 3 AZR 510/12, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 64 Rn. 52 = BeckRS 2014, 66795), und unternehmerische Entscheidungen, die auf den ersten Blick dem Ziel der Kostenreduzierung zuwiderlaufen, erklären (BAG 10.11.2015 – 3 AZR 390/14, AP BetrAVG § 1 Ablösung Nr. 72 Rn. 37 = BeckRS 2016, 65484; 9.12.2014 – 3 AZR 323/13, BAGE 150, 147 Rn. 38 = NZA 2015, 1198). Beruft sich der Arbeitgeber auf eine Fehlentwicklung des Versorgungssystems, hat er diese durch einen Barwertvergleich darzulegen.

f) Die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der sachlich-proportionalen Gründe einschließlich der Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände ist grundsätzlich Sache des BerGer. Sie kann in der Revision nur darauf überprüft werden, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt, bei der Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter den Rechtsbegriff Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt oder bei der gebotenen Interessenabwägung nicht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt worden sind und ob das Ergebnis in sich widersprüchlich ist (BAG 3.5.2022 – 3 AZR 472/21, BAGE 178, 1 Rn. 65 = NZA 2022, 1418).

5. Gemessen an diesen Grundsätzen hält die Annahme des BerGer., bei der gebotenen konzernbezogenen Betrachtung hätten sachlich-proportionale Gründe für die verschlechternde Regelung der künftigen Zuwachsraten vorgelegen, einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Es fehlt an Feststellungen, die geeignet sind, die vorgenommene Würdigung des LAG zu tragen.

a) Nach dem Berufungsurteil bleibt, soweit das LAG wirtschaftliche Schwierigkeiten des Konzerns angenommen haben sollte, offen, welche „unmittelbaren oder mittelbaren“ Auswirkungen der

Stahlkrise auf die H AG es zugrunde gelegt hat. Es hat zwar für nachvollziehbar gehalten, dass die wirtschaftliche Betroffenheit der H S AG auf die Konzernmutter „durchschlage“. Allein der Umstand, dass der Geschäftsbereich Stahl mehr als ein Drittel des Gesamtumsatzes der H AG ausgemacht und es sich bei der H S AG um ein hundertprozentiges Tochterunternehmen gehandelt habe, vermag indes keinen Aufschluss darüber zu geben, von welchen Auswirkungen das LAG konkret ausgegangen ist. Diese Unklarheit wird dadurch noch verstärkt, dass das BerGer. sodann allein die prognostizierte Entwicklung bei den sog. Pensionsrückstellungen als „ausschlaggebend“ angesehen hat.

b) In Bezug auf diese Würdigung bleibt zudem unklar, ob tatsächlich Rückstellungen oder steigende Versorgungslasten gemeint sind. Auch ist nicht festgestellt, worauf der prognostizierte starke Anstieg der Rückstellungen zurückzuführen war. Dem in Bezug genommenen Gutachten lassen sich nur dessen Ergebnisse entnehmen, ohne dass diese erläutert würden. Es fehlt zudem an Feststellungen, auf der Basis welcher Beschäftigtenzahlen der prognostizierte Anstieg der Lasten ermittelt wurde. Des Weiteren fehlt es an der Feststellung der Tatsachen für die Würdigung, es liege „auf der Hand“, dass die prognostizierte nahezu Verdoppelung der Rückstellungslasten in 15 Jahren die H AG zum Gegensteuern veranlassen durfte. Worauf sich die Einschätzung gründet, die „mittelfristige Verdoppelung oder jedenfalls ein starker Anstieg der Rückstellungslasten (sei) potenziell geeignet (gewesen), die Leistungsfähigkeit der H AG zu überfordern“, ist ebenfalls nicht mit Tatsachen unterlegt.

c) Bei der Prüfung der Proportionalität der Einsparungen lässt das Berufungsurteil eine nachvollziehbare Würdigung dazu vermissen, inwiefern sich diese in ein plausibles Konzept zur Beseitigung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten einfügten. Hierfür genügt nicht der Hinweis, mit Blick auf den bei der H S AG geplanten Stellenabbau fehle es an einem Sonderopfer der künftigen Betriebsrentner. Auf welche sonstigen Einsparmaßnahmen in Folge des „Arbeitsprogramms 1986“ das BerGer. insoweit abstellt, ist nicht nachvollziehbar. Ohne jegliche Feststellung, in welcher Größenordnung die übrigen Einsparmaßnahmen Entlastungen bringen sollten, kann nicht beurteilt werden, ob die Reduktion der Versorgungslasten um 1,6 Mrd. DM in 20 Jahren eine kompatible Beschränkung der Versorgungszusagen bedeutete.

d) Soweit das LAG schließlich gemeint hat, für das Vorliegen sachlich-proportionaler Gründe spreche zudem, dass der Konzernbetriebsrat die Umstellung mitgetragen habe, wird zwar im Ansatz zutreffend auf die Einschätzungsprärogative der (Konzern-)Betriebsparteien abgestellt. Dies entbindet aber nicht von der Prüfung, auf welchen tatsächlichen Umständen die verschlechternde Regelung nachvollziehbar gründete.

II. Der Senat kann auf der Basis der bisherigen Feststellungen nicht selbst abschließend in der Sache entscheiden.

1. Die Klage ist nicht abweisungsreif. Es steht bislang nicht fest, dass die Bekl. nicht passivlegitimiert für den erhobenen Anspruch und die Klage daher abzuweisen wäre.

2. Ebenso wenig steht bislang fest, ob im Zeitpunkt der Ablösung konzernbezogene sachlich-proportionale Gründe für die Verschlechterung der Berechnungsgrundlagen der künftigen Zuwachsraten vorlagen. Das LAG wird dies unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens der Bekl. – gegebenenfalls nachdem es ihr Gelegenheit zu dessen Ergänzung gegeben hat – erneut zu prüfen haben.

a) Soweit das BerGer. bisher angenommen hat, dass keine sachlich-proportionalen Gründe wegen einer Fehlentwicklung des Versorgungssystems vorlagen, hat es darauf abgestellt, das 20. und 21. Renten Anpassungsgesetz könne für sich genommen „die von der Bekl. vorgetragene Fehlentwicklung nicht rechtfertigen“, und hat hierfür u.a. auf die Entscheidung des Senats vom 17.3.1987 (3 AZR 64/84,

BAGE 54, 261 = NZA 1987, 855) verwiesen. Dabei hat es verkannt, dass nach dieser Entscheidung die Änderung des Sozialversicherungsrechts durch das 20. und 21. Rentenanpassungsgesetz lediglich „noch nicht“ als „triftiger Grund zum Eingriff in bereits erdiente Besitzstände“ anerkannt werden konnte (BAG 17.3.1987 – 3 AZR 64/84, BAGE 54, 261 (zu II 3 c (3)) = NZA 1987, 855). Hier geht es schon nicht um einen Eingriff auf der zweiten Stufe. Zudem hat die Bekl. geltend gemacht, das Ausmaß der Veränderung der Verhältnisse durch das 20. und 21. Rentenanpassungsgesetz habe 1977 niemand vorhergesehen. Der Dotierungsrahmen der KBV PO 77 sei davon bestimmt gewesen, in fast 80% der Fälle wegen der eingreifenden Limitierung nur eine Mindestrente von 2,50 DM je Dienstjahr zu zahlen. Im Übrigen lag die Rechtfertigung auf der dritten Stufe aus Sicht des Senats im damals entschiedenen Fall insbesondere im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage der Arbeitgeberin nahe (BAG 17.3.1987 – 3 AZR 64/84, BAGE 54, 261 (zu II 4) = NZA 1987, 855).

b) Die Bekl. hat sich außerdem auf geänderte Gerechtigkeitsvorstellungen der (Konzern-)Betriebsparteien zur Funktion der betrieblichen Altersversorgung berufen. Auch in diesem Zusammenhang hat das LAG nicht alle relevanten Umstände in den Blick genommen, soweit es darin keinen ausreichenden Grund für die Ablösung der KBV PO 77 durch die KBV PO 87 gesehen hat. Ein Versorgungssystem mit Elementen der Gesamtversorgung kann bei sinkenden Sozialversicherungsrenten einen Systemwechsel geboten erscheinen lassen, der zugleich zu einer generationengerechteren Verteilung führt, wenn anderenfalls die Gewährleistung der bisherigen Versorgungshöhe für Neueintritte zur Disposition steht. Voraussetzung ist allerdings, dass der Dotierungsrahmen im Wesentlichen gleichbleibt und der Eingriff für die nachteilig betroffene Arbeitnehmergruppe proportional ist (BAG 13.10.2020 – 3 AZR 246/20, NZA 2021, 816 Rn. 49 = NZA-RR 2021, 143). Entscheiden sich die (Konzern-)Betriebsparteien gegen eine Schließung des Versorgungswerks für Neueintritte, ist dies unter dem Aspekt der Generationengerechtigkeit angemessen zu würdigen (vgl. BAG 3.5.2022 – 3 AZR 472/21, BAGE 178, 1 Rn. 72 = NZA 2022, 1418).

c) Für die zu prüfende Proportionalität ist zudem darauf hinzuweisen, dass sich die KBV PO 87 nicht vollständig vom Endgehaltsbezug der KBV PO 77 löst.

aa) Die KBV PO 77 sah einen Anteil von 0,30% des Endgehalts pro Dienstjahr vor. Die KBV PO 87 geht nicht zu einem reinen Baustein- oder Beitragssystem über: Zum einen bleibt die Dienstzeit weiterhin maßgeblich. Nach § 5 I KBV PO 87 wird zum anderen ein Richtwert für die Bemessung der Rente angesetzt. Dieser Richtwert ist als Durchschnitt aller Einkommen im Konzern weiterhin dynamisiert. Zwar wird für jedes Dienstjahr zunächst ein Betrag iHv 5 DM für die Betriebsrente zugrunde gelegt. Allerdings wird der Betrag für jedes volle Prozent, das das Entgelt über dem dynamisierten Richtwert liegt, um ein weiteres Prozent gem. § 5 III 2 KBV PO 87 erhöht. Wenn der Arbeitnehmer im Endgehalt das Doppelte des Richtwerts verdient, erhält er 10 DM Rente pro Beschäftigungsjahr. Damit behält die KBV PO 87 weiterhin einen modifizierten Endgehaltsbezug, was die Verschlechterung der erdienbaren Zuwächse abmildert. Zudem kann der Rentenwert nur auf 3,60 DM absinken. Schließlich werden Sonderbeiträge für Entgelt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze gezahlt, § 5 IV KBV PO 87, und besondere Schichtarbeit und entsprechender Verdienst zusätzlich als versorgungsfähig gewertet.

bb) Der Systemwandel ist damit nicht so tiefgreifend, wie der Kl. meint. Zwar wirkt er sich bei ihm wegen seiner sehr kurzen Beschäftigungsdauer unter der KBV PO 77 stark aus. Allerdings ist sein Vertrauen wegen der kurzen Beschäftigungsdauer unter der KBV PO 77 auch nicht so schutzwürdig wie das Vertrauen der zum Stichtag langjährig Beschäftigten. Bei diesen greift unter Umständen ein Bestandsschutz, der für rentennahe Jahrgänge (58. Lebensjahr am 1.1.1987 vollendet) einen Systemwechsel ausschließt, § 3 KBV N1 und KBV N2.

Entscheidung 2 – BAG Urt. v. 25.7.2024 – 8 AZR 21/23:

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über einen Anspruch des Kl. auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 II AGG wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Benachteiligung aufgrund einer Behinderung und aufgrund des Alters.

Der als schwerbehinderter Mensch anerkannte Kl. studierte an der Technischen Fachhochschule (TFH) W. (heute Technische Hochschule W.; im Folgenden TH W.) im Fachbereich Ingenieurwesen/Wirtschaftsingenieurwesen Luftfahrttechnik/Luftfahrtlogistik. Das Studium schloss er im Jahr 2009 mit dem Master of Engineering (M.Eng.) ab.

Im Herbst 2019 schrieb das im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr angesiedelte L eine Stelle für einen Sachbereichsleiter/eine Sachbereichsleiterin aus. Mit der Durchführung des Stellenbesetzungsverfahrens beauftragte es die Bundesanstalt für Verwaltungsdienstleistungen. In der Ausschreibung heißt es auszugsweise wie folgt:

„Ihr Profil

Zwingende Anforderungskriterien

- Laufbahnbefähigung zum höheren nichttechnischen oder technischen Verwaltungsdienst oder
- Erfolgreich abgeschlossenes wissenschaftliches Hochschul-/Masterstudium in einer für die Verwendung förderlichen Fachrichtung, zB Verwaltungswissenschaften oder Luft- und Raumfahrttechnik

...

Wichtige Anforderungskriterien

- Kenntnisse im Luftsicherheitsrecht
- Mehrjährige Erfahrung in Personalführung

...

Unser Angebot

Die Eingruppierung für Tarifbeschäftigte erfolgt unter Berücksichtigung der persönlichen Voraussetzungen in die Entgeltgruppe 14 TVöD.

Der Dienstposten ist für Beamtinnen und Beamte des höheren Dienstes nach der Besoldungsgruppe A 14 BBesG bewertet.

...

Besondere Hinweise

...

Schwerbehinderte Menschen werden bei gleicher fachlicher Eignung bevorzugt eingestellt. Es wird nur ein Mindestmaß an körperlicher Eignung verlangt.

...

Fühlen Sie sich angesprochen?

...

Bitte laden Sie im weiteren Verlauf Ihre vollständigen und aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen (Lebenslauf, Uni-Diplom-/Masterurkunde und -zeugnis und/oder Nachweis über die Laufbahnbefähigung, ins- besondere das Vorliegen sämtlicher Anforderungen ist durch Beurteilungen, Zeugnisse, Lehrgangsnachweise o. ä. nachzuweisen) als Anlage in Ihr Kandidatenprofil hoch.

...

Bei Masterabschlüssen an einer Fachhochschule/Hochschule bitten wir um Beifügung eines Akkreditierungsnachweises.“

Die Anforderung eines Akkreditierungsnachweises geht auf eine Vereinbarung der ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder (Innenministerkonferenz) sowie der ständigen Konferenz der Kultusminister der Länder (Kultusministerkonferenz) vom 7.12. bzw. 20.9.2007 über den „Zugang zu den Laufbahnen des höheren Dienstes durch Masterabschluss an Fachhochschulen“ zurück. Diese Vereinbarung sieht vor, dass Masterabschlüsse in einem vom Akkreditierungsrat akkreditierten Studiengang an einer Fachhochschule die Bildungsvoraussetzungen für den Zugang zum höheren Dienst erfüllen.

Nach dem für die Bekl. geltenden Tarifvertrag über die Entgeltordnung des Bundes (TV EntgO Bund) sind nach der seit dem 1.3.2018 gültigen Anlage 1 Teil I (Allgemeine Tätigkeitsmerkmale für den Verwaltungsdienst) in die Entgeltgruppe 13 Beschäftigte mit abgeschlossener wissenschaftlicher Hochschulbildung und entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Beschäftigte eingruppiert, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben. In die Entgeltgruppe 14 sind Beschäftigte der Entgeltgruppe 13 eingruppiert, deren Tätigkeit bestimmte Heraushebungsmerkmale (Fallgruppen 1–3) und/oder Unterstellungsmerkmale (Fallgr. 4) erfüllt. Nach § 7 II 3 TV EntgO Bund in der bis zum 30.9.2019 geltenden Fassung (im Folgenden § 7 TV EntgO Bund aF) lag eine abgeschlossene wissenschaftliche Hochschulbildung auch vor, wenn der Master an einer Fachhochschule erlangt wurde und den Zugang zur Laufbahn des höheren Dienstes eröffnete.

Durch den Änderungstarifvertrag Nr. 7 vom 9.9.2019 wurde § 7 TV EntgO Bund mit Wirkung ab dem 1.10.2019 neu gefasst (im Folgenden § 7 TV EntgO Bund nF). Nach § 7 S. 1 Buchst. b TV EntgO Bund nF liegt eine abgeschlossene wissenschaftliche Hochschulbildung vor, wenn das Studium an einer staatlichen Hochschule iSd § 1 Hochschulrahmengesetz (HRG) oder einer nach § 70 HRG staatlich anerkannten Hochschule mit einer Masterprüfung beendet worden ist. Nach § 7 S. 5 TV EntgO Bund nF muss der Masterstudiengang nach den Regelungen des Akkreditierungsrats akkreditiert sein. Nach der Protokollerklärung zu Satz 5 ist das Akkreditierungserfordernis bis zum 31.12.2024 ausgesetzt. Mit Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 13.1.2020 wurde die Änderung des Tarifvertrags den obersten Bundesbehörden bekannt gegeben.

Der Studiengang Luftfahrttechnik/Luftfahrtlogistik an der TH W. wurde am 30.6.2014 (erst-)akkreditiert.

Mit an das L gerichtetem Schreiben vom 11.10.2019 bewarb sich der Kl. auf die ausgeschriebene Stelle unter Hinweis auf seine Schwerbehinderung. Seiner Bewerbung fügte er u.a. ein Schreiben der TH W. vom 10.12.2015 mit der Bestätigung bei, dass die von ihm absolvierten Studiengänge Luftfahrttechnik/Luftfahrtlogistik (Bachelor und Master) programmakkreditiert sind und die TH W. systemakkreditiert ist.

Mit Schreiben vom 4.2.2020 teilte die Bundesanstalt für Verwaltungsdienstleistungen dem Kl. mit, das Auswahlverfahren zur Besetzung der ausgeschriebenen Stelle sei abgeschlossen, und dass seine Bewerbung nicht habe berücksichtigt werden können. Die Auswahl sei auf einen anderen Bewerber gefallen, der unter Berücksichtigung aller für die Auswahl maßgebenden Gesichtspunkte am besten geeignet erscheine.

Mit an die Bundesanstalt für Verwaltungsdienstleistungen gerichtetem anwaltlichem Schreiben vom 23.3.2020 verlangte der Kl. unter Hinweis auf die Verpflichtung öffentlicher Arbeitgeber, schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, Auskunft über „die Gründe der Abwägung insoweit ... als es zur Ausräumung des Verdachts auf Diskriminierung erforderlich und sinnvoll ist ...“.

Durch Schreiben vom 2.4.2020 teilte das L dem Kl. mit, ausweislich seiner Bewerbungsunterlagen verfüge er weder über die Laufbahnbefähigung zum höheren nichttechnischen oder technischen Verwaltungsdienst noch über ein erfolgreich abgeschlossenes wissenschaftliches Masterstudium. Entgegen der seinen Bewerbungsunterlagen beigelegten Bescheinigung habe er keinen akkreditierten Studiengang absolviert. Mangels Erfüllung der in der Stellenausschreibung benannten zwingenden Anforderungskriterien und seiner danach bestehenden offensichtlichen fachlichen Ungeeignetheit habe es einer Einladung zu einem Vorstellungsgespräch nicht bedurft. Eine Verpflichtung, die Ablehnung seiner Bewerbung näher zu begründen, habe angesichts der im Geschäftsbereich des Bundesverkehrsministeriums übererfüllten gesetzlichen Quote für die Beschäftigung schwerbehinderter und gleichgestellter Menschen nicht bestanden.

Der Kl. machte daraufhin gegenüber dem L mit anwaltlichem Schreiben vom 23.4.2020 einen „Schmerzensgeldanspruch in Höhe von mindestens 30.000 EUR“ wegen Diskriminierung aufgrund seiner Schwerbehinderung und aufgrund seines Alters geltend. Das L wies die Forderung durch Schreiben vom 7.5.2020 zurück.

Mit seiner am 26.5.2020 beim ArbG Berlin eingegangenen, der Bekl. am 9.6.2020 zugestellten Klage, hat der Kl. den geltend gemachten Anspruch weiterverfolgt. Er hat die Auffassung vertreten, die Bekl. habe ihn wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert. Seine Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch entgegen den Vorgaben des § 165 S. 3 SGB IX begründe eine dahin gehende Vermutung. Im Übrigen habe die Bekl. seine Bewerbung deshalb abgelehnt, weil im maßgeblichen Geschäftsbereich die Quote für die Mindestbeschäftigung schwerbehinderter Menschen iSd § 154 I 1 SGB IX überschritten sei. Diese Vermutung habe die Bekl. durch ihren Hinweis auf die fehlende Akkreditierung seines Studiengangs nicht widerlegt. Denn sie habe nicht sämtliche Bewerber mit einem an einer Fachhochschule erlangten Master mangels Akkreditierung des Studiengangs aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen sein sollte, stelle die Zurückweisung seiner Bewerbung aufgrund fehlender Akkreditierung unter Berücksichtigung des Umstands, dass er seinen Abschluss zu einer Zeit erlangt habe, als das System zur Akkreditierung noch nicht voll etabliert gewesen sei, eine Benachteiligung wegen des Alters dar. Deshalb stehe ihm die verlangte Entschädigung zumindest unter diesem Gesichtspunkt zu. Die Entschädigung sei mit mindestens 30.000 EUR zu bemessen, da er bei diskriminierungsfreier Bewerberauswahl als bestgeeigneter Bewerber habe eingestellt werden müssen.

Der Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, zuzüglich Zinsen seit dem 9.5.2020.

Das ArbG Berlin (27.10.2021 – 60 Ca 6792/20, BeckRS 2021, 60466) hat die Klage abgewiesen. Das LAG Berlin-Brandenburg (27.10.2022 – 21 Sa 317/22, BeckRS 2022, 42684) hat die Berufung des Kl. als unzulässig verworfen, soweit dieser eine Entschädigung in Höhe von mehr als 13.203,12 EUR begehrt hat. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verlangt der Kl. noch die Zahlung einer Entschädigung iHv 13.203,12 EUR nebst Zinsen seit dem 9.5.2020. Das Rechtsmittel hatte teilweise Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision hat nur teilweise Erfolg. Das LAG hat die Berufung zu Recht zurückgewiesen, soweit der Kl. eine Entschädigung von mehr als 6.601,56 EUR zzgl. Zinsen seit dem 9.5.2020 verlangt. Ob die Klage hinsichtlich des verbleibenden Betrags von 6.601,56 EUR zzgl. Zinsen begründet ist, steht noch nicht fest. Auf der Grundlage des angefochtenen Urteils kann der Senat nicht entscheiden, ob der Kl. eine ungerechtfertigte Benachteiligung wegen seines Alters erfahren hat. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils insoweit und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung in diesem Umfang.

I. Die Revision des Kl. ist nicht deshalb unbegründet, weil – wie die Bekl. gemeint hat – seine Berufung mangels ordnungsgemäßer Begründung insgesamt unzulässig gewesen wäre. Jedenfalls hinsichtlich des noch streitgegenständlichen Entschädigungsanspruchs genügt die Berufungsbegründung den Anforderungen des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO (vgl. dazu BAG 9.5.2023 – 3 AZR 174/22, NZA 2023, 1183 Rn. 21 mwN). Mit der weiterverfolgten Hauptforderung iHv 13.203,12 EUR begehrt der Kl., ausgehend von den Berechnungen des LAG, eine Entschädigung in Höhe des dreifachen, auf der ausgeschriebenen Stelle nach der Entgeltgruppe 14 TVöD (Bund) Stufe 1 erzielbaren Bruttomonatsentgelts. In diesem Umfang hat das ArbG die Klage ausschließlich mit der Erwägung abgewiesen, durch eine von der Bekl. vorgelegte und mit handschriftlichen Notizen versehene Bewerberliste sei belegt, dass das L im Bewerbungsverfahren die Linie verfolgt und eingehalten habe, wonach Bewerber ohne akkreditierten Studienabschluss von vornherein nicht in Betracht kämen. Danach sei – ungeachtet der Zweifelhaftheit des Kriteriums der Akkreditierung – eine schwerbehindertendiskriminierende Motivlage ausgeschlossen. Demgegenüber hat die Berufungsbegründung beanstandet, die herangezogene Bewerberliste sei als Urkunde untauglich und spiegele im Übrigen das Auswahlverfahren nicht in Gänze wider; zudem habe das ArbG außer Acht gelassen, dass die Bekl. einen anderen Bewerber, dessen an einer Fachhochschule absolvierter Studiengang ebenfalls nicht akkreditiert gewesen sei, zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen habe. Diese Begründung war, ihre Berechtigung unterstellt, geeignet, die klageabweisende Entscheidung des ArbG im noch streitgegenständlichen Umfang infrage zu stellen.

II. Die Revision ist iHv 6.601,56 EUR nebst Zinsen begründet und führt in diesem Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 I ZPO) sowie zur Zurückverweisung der Sache an das LAG zur neuen Verhandlung und Entscheidung (§ 563 I ZPO). Hinsichtlich des weitergehenden streitgegenständlichen Entschädigungsanspruchs ist die Revision unbegründet. Die Entscheidung des LAG stellt sich insoweit jedenfalls im Ergebnis als richtig dar (§ 561 ZPO).

1. Die auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 II AGG gerichtete Klage ist zulässig, insbesondere ausreichend bestimmt iSv § 253 II Nr. 2 ZPO.

a) Es kann für die Zulässigkeit der Klage dahinstehen, ob der Kl. sein Klagebegehren, soweit er sich auf eine Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderung und wegen seines Alters beruft, aus zwei selbstständigen prozessualen Ansprüchen (Streitgegenständen) ableitet, wie das LAG gemeint hat.

b) Zwar ist ein auf mehrere Streitgegenstände gestützter Klageantrag grundsätzlich nur dann ausreichend bestimmt iSv § 253 II Nr. 2 ZPO, wenn die einzelnen Ansprüche hinreichend voneinander abgegrenzt sind. Dazu ist erforderlich, dass ein Kl. entweder die Klagesumme auf die einzelnen Ansprüche betragsmäßig aufteilt oder die Ansprüche in eine bestimmte Reihenfolge als Haupt- oder Hilfsantrag bringt (vgl. BAG 20.11.2018 – 10 AZR 121/18, BAGE 164, 201 Rn. 9 mwN = NZA 2019, 552). Dieser Anforderung wäre jedenfalls Genüge getan. Das LAG hat angenommen, der Kl. habe sich in erster Linie auf eine Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderung bei der Stellenbesetzungsentscheidung und nur für den Fall, dass die fehlende Akkreditierung seines Masterabschlusses der maßgebliche Grund für die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung gewesen sein sollte, auf eine Benachteiligung wegen des Alters gestützt. Dadurch habe er sein Klagebegehren in ein Haupt- und Hilfsverhältnis gebracht. Diese Antragsauslegung hat sich der Kl. sinngemäß zumindest hilfsweise zu eigen gemacht.

2. Mit der vom LAG gegebenen Begründung kann die Klage nicht insgesamt abgewiesen werden.

a) Der persönliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist eröffnet. Der Kl. fällt nach § 6 I 2 AGG als Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis unter den Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, ohne dass es hierfür darauf ankäme, ob er für die ausgeschriebene Stelle objektiv geeignet war. Die objektive Eignung eines Bewerbers ist keine Tatbestandsvoraussetzung für einen Anspruch nach § 15 II AGG (vgl. etwa BAG 19.5.2016 – 8 AZR 470/14, BAGE 155, 149 Rn. 22 ff. mwN = NZA 2016, 1394). Die Bekl. ist Arbeitgeberin iSv § 6 II AGG.

b) Entgegen der Auffassung des LAG ist der Klageanspruch nicht in vollem Umfang in Anwendung der Ausschlussfrist des § 15 IV 1 AGG oder der Klagefrist des § 61b I ArbGG verfallen. Zwar liegt, soweit der Kl. Entschädigung aufgrund einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung verlangt, bereits keine fristgerechte Geltendmachung iSv § 15 IV 1 AGG vor. Er kann seinen Entschädigungsanspruch deshalb nicht mehr erfolgreich auf eine Benachteiligung wegen dieses Grundes stützen. Hinsichtlich der behaupteten Benachteiligung wegen des Alters hat der Kl., da er von den Umständen, die insoweit einen etwaigen Kausalzusammenhang belegen, erst später Kenntnis erlangt hat, nicht nur die Frist für die außergerichtliche Geltendmachung eingehalten. Er hat vielmehr auch die Klagefrist des § 61b I ArbGG gewahrt.

aa) Nach § 15 IV 1 AGG muss der Anspruch nach § 15 II AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, soweit tarifvertraglich nicht etwas anderes vereinbart ist. Nach § 15 IV 2 AGG beginnt die Frist im Fall einer Bewerbung oder des beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Nach § 61b I ArbGG muss eine Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden. Sowohl bei der Ausschlussfrist des § 15 IV AGG als auch bei der Klagefrist des § 61b I ArbGG handelt es sich um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist mit der Folge, dass der Anspruch verfällt, wenn eine der Fristen nicht eingehalten worden ist (BAG 26.9.2013 – 8 AZR 650/12, NZA 2014, 258 Rn. 16 mwN; zur Frist des § 15 IV AGG vgl. auch BAG 22.5.2014 – 8 AZR 662/13, BAGE 148, 158 Rn. 10 mwN = NZA 2014, 924).

bb) Da erfolglose Bewerber nicht notwendigerweise bei Zugang einer Ablehnung Kenntnis von einer gegebenenfalls erfolgten Benachteiligung haben, beginnt – in unionsrechtskonformer Auslegung von § 15 IV 2 AGG – die Frist zur außergerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen nach § 15 I und II AGG in jedem Fall, dh auch im Fall der Bewerbung, nicht vor dem Zeitpunkt, zu dem der Beschäftigte Kenntnis von der Benachteiligung erhält. Der Zugang der Ablehnung ist damit der frühestmögliche Zeitpunkt des Fristbeginns (vgl. BAG 21.1.2021 – 8 AZR 195/19, NZA 2021, 1022 Rn. 81 mwN). In dieser Auslegung steht die Ausschlussfrist – auch in ihrer Kombination mit der Klagefrist des § 61b I

ArbGG – mit dem Unionsrecht, insbesondere mit Art. 9 RL 2000/78/EG, in Einklang. Das betrifft auch ihre Länge (ausf. BAG 18.5.2017 – 8 AZR 74/16, BAGE 159, 159 Rn. 58ff. mwN = NZA 2017, 1530; s. auch BVerwG 30.10.2014 – 2 C 6.13, BVerwGE 150, 234 Rn. 48 = NVwZ 2015, 812). Die Rechtslage ist insoweit durch die Rechtsprechung des EuGH (EuGH 8.7.2010 – C-246/09, ECLI:EU:C:2010:418 Rn. 40f. = NZA 2010, 869 – Bulicke) geklärt. Eines weiteren Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV zu der von der Revision aufgeworfenen Frage, ob die „kurze Ausschlussfrist des AGG die RL 2000/78/EG in ausreichendem Maße umsetzt“, bedarf es deshalb nicht.

cc) Grundsätzlich hat ein Betroffener Kenntnis von der Benachteiligung iSv § 15 IV 2 AGG, wenn er die anspruchsbegründenden Tatsachen kennt. Dass er aus diesen Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht, ist nicht erforderlich (vgl. BAG 15.3.2012 – 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48 Rn. 62 = NZA 2012, 910; BVerwG 30.10.2014 – 2 C 6.13, BVerwGE 150, 234 Rn. 51 = NVwZ 2015, 812).

dd) Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch aus § 15 II AGG ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 I iVm § 1 AGG und gegebenenfalls iVm § 164 II 2 SGB IX, soweit es – wie hier – um eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung geht. Dies erfordert, dass zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund bzw. zwischen der Benachteiligung und der Schwerbehinderung ein – vom Bewerber darzulegender – Kausalzusammenhang besteht (vgl. BAG 25.1.2024 – 8 AZR 318/22, NZA 2024, 477 Rn. 8f.; 23.11.2023 – 8 AZR 164/22, NZA 2024, 335 Rn. 21f. mwN). Da der Gesetzgeber in § 22 AGG eine Beweislastregelung getroffen hat, die es im Hinblick auf den Kausalzusammenhang genügen lässt, dass der Betroffene Tatsachen darlegt und gegebenenfalls beweist, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. der Schwerbehinderung erfolgt ist (BAG 25.1.2024 – 8 AZR 318/22, NZA 2024, 477 Rn. 10 mwN), wird die Ausschlussfrist des § 15 IV 1 AGG bereits in Gang gesetzt, sobald der Bewerber Tatsachen kennt, die nach § 22 AGG eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. der Schwerbehinderung grundsätzlich vermuten lassen und die insoweit eine Beweislastumkehr auslösen können (vgl. BAG 15.3.2012 – 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48 Rn. 65 = NZA 2012, 910).

ee) Gemessen an diesen Vorgaben fehlt es, soweit der Kl. meint, die Bekl. habe ihn durch die Ablehnung seiner Bewerbung wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt, bereits an einer fristgerechten Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs nach § 15 IV AGG.

(1) Anstelle der zweimonatigen Ausschlussfrist des § 15 IV AGG ist nicht die längere Frist des § 37 TVöD einschlägig. § 37 I 1 TVöD erfasst lediglich Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und ist damit nicht auf den Entschädigungsanspruch eines Stellenbewerbers nach § 15 II AGG anzuwenden (vgl. zu § 37 TV-L BAG 15.3.2012 – 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48 Rn. 25 = NZA 2012, 910).

(2) Der Kl. erlangte durch das Ablehnungsschreiben vom 4.2.2020 Kenntnis von der Erfolglosigkeit seiner Bewerbung. Er wusste damit, dass er eine weniger günstige Behandlung als andere Bewerber im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes erfahren hatte (vgl. BAG 25.4.2024 – 8 AZR 143/23, AP SGB IX 2018 § 165 Nr. 4 Rn. 23 mwN = BeckRS 2024, 13990). Ihm war zudem bekannt, dass er, obwohl sein Bewerbungsschreiben explizit Angaben zu seiner Schwerbehinderung enthielt, nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden war. Angesichts der Ausschreibung der Stelle beim L, bei dem er sich am 11.10.2019 beworben hatte und worauf das Ablehnungsschreiben in der Betreffzeile Bezug nimmt, kannte er auch die Identität der Bekl. als Arbeitgeberin und deren Vertretung durch das L.

(3) Danach wurde die Ausschlussfrist des § 15 IV 1 AGG mit Zugang des Ablehnungsschreibens beim Kl. in Gang gesetzt.

(a) Wegen der nach § 165 S. 3 SGB IX für öffentliche Arbeitgeber grundsätzlich bestehenden Verpflichtung, schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, begründet der Verstoß eines solchen Arbeitgebers gegen diese Förderpflicht, soweit ihm die Schwerbehinderung des Bewerbers bekannt war oder er diese kennen musste, regelmäßig iSv § 22 AGG die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung (zuletzt BAG 25.4.2024 – 8 AZR 143/23, AP SGB IX 2018 § 165 Nr. 4 Rn. 35 = BeckRS 2024, 13990). Denn eine solche Pflichtverletzung ist grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein (BAG 19.1.2023 – 8 AZR 437/21, NZA 2023, 688 Rn. 33 mwN). Bei einem schwerbehinderten Bewerber, der sich – wie hier der Kl. – erfolglos bei einem öffentlichen Arbeitgeber beworben hat, ohne zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein, beginnt deshalb die kenntnisabhängige Ausschlussfrist für die Geltendmachung einer Entschädigung aufgrund einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung regelmäßig mit Kenntnis von der Ablehnung der Bewerbung (BAG 15.3.2012 – 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48 Rn. 71 = NZA 2012, 910).

(b) Der vorliegende Streitfall weist entgegen der Auffassung der Revision keine Besonderheiten auf, die einen späteren Fristbeginn begründen könnten. Soweit der Kl. ausführt, das Ablehnungsschreiben enthalte keine Begründung der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung, ist dies unbeachtlich. Der Beginn der Ausschlussfrist des § 15 IV AGG setzt keine Kenntnis von der Motivlage des Arbeitgebers voraus (BAG 15.3.2012 – 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48 Rn. 65 = NZA 2012, 910). Notwendig, aber auch ausreichend ist, dass der Bewerber aufgrund seiner Tatsachenkenntnis eine hinreichend aussichtsreiche, wenn auch nicht risikolose Entschädigungsklage erheben kann (BAG 15.3.2012 – 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48 Rn. 66 = NZA 2012, 910). Das war hier in Bezug auf die Schwerbehinderung der Fall.

(4) Der Kl. hat einen Anspruch aus § 15 II AGG erstmals durch das an das L gerichtete Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 23.4.2020 iSv § 15 IV 1 AGG geltend gemacht. Das an die Bundesanstalt für Verwaltungsdienstleistungen gerichtete Schreiben vom 23.3.2020 stellt inhaltlich keine Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs dar. Es kann deshalb dahinstehen, ob diese richtiger Adressat einer Geltendmachung iSv § 15 IV AGG war.

(a) § 15 IV 1 AGG gibt zwar nicht ausdrücklich vor, welchen Inhalt die Geltendmachung haben muss. Dem Wortlaut des Gesetzes ist aber unmissverständlich zu nehmen, dass „ein Anspruch“ nach § 15 I oder II AGG geltend zu machen ist, auch wenn es im Fall einer Entschädigung der Bezifferung nicht bedarf (vgl. BAG 22.1.2009 – 8 AZR 906/07, BAGE 129, 181 Rn. 22 = NZA 2009, 945; HK-AGG/Deinert, 5. Aufl., AGG § 15 Rn. 129 mwN).

(b) Dem wird das Schreiben vom 23.3.2020 nach der vom LAG rechtsfehlerfrei vorgenommenen Auslegung nicht gerecht. Das Schreiben enthält, soweit hier von Bedeutung, nicht typische Willenserklärungen. Deren vom BerGer. nach §§ 133, 157 BGB vorgenommene Auslegung ist revisions- rechtlich nur eingeschränkt daraufhin zu überprüfen, ob allgemeine Auslegungsregeln verletzt, gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen wurden (vgl. BAG 21.12.2017 – 6 AZR 863/16, BAGE 161, 231 Rn. 26 = NJOZ 2019, 620; 20.9.2016 – 3 AZR 77/15, NZA 2017, 644 Rn. 32 mwN). Solche Fehler zeigt die Revision nicht auf.

(c) Eine inhaltlich ausreichende Geltendmachung eines Anspruchs auf Entschädigung lag zwar ohne Weiteres mit dem Schreiben des Kl. vom 23.4.2020 vor. Damit wurde die Zweimonatsfrist, gerechnet von dem Zeitpunkt des Zugangs des Ablehnungsschreibens an (§§ 187 I, 188 II iVm § 193 BGB), aber nicht gewahrt. Der Würdigung des BerGer. liegt die Annahme zugrunde, dass der Zugang der Bewerbungsabsage vor dem 23.2.2020 erfolgte. Dagegen wendet sich die Revision nicht.

(5) Dem Vorbringen des Kl., er habe erstmals mit dem Schreiben vom 2.4.2020 erfahren, dass die Bekl. sich auf eine Erfüllung ihrer Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen (§ 154 I SGB IX) berufen könnte, worin er offenbar ein weiteres Indiz für eine Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderung erblicken will, kommt – abgesehen von der zweifelhaften Eignung des angeführten Umstands als Indiz iSv § 22 AGG – hinsichtlich der Fristwahrung keine Bedeutung zu. Ein Bewerber, der Kenntnis vom Vorliegen einer Tatsache hat, die iSv § 22 AGG den Kausalzusammenhang zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund bzw. der Schwerbehinderung hat, muss nicht zusätzlich wissen, ob noch weitere Hilfstatsachen vorliegen, die den Kausalzusammenhang hinsichtlich des nämlichen Grundes indizieren (vgl. BAG 15.3.2012 – 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48 Rn. 72 = NZA 2012, 910). Es läuft auch nicht mit dem Bekanntwerden einer jeden Hilfstatsache iSv § 22 AGG, die wiederum nur ein weiteres Indiz für eine bereits bekannte Benachteiligung aus dem nämlichen Grund bzw. der Schwerbehinderung wäre, gesondert eine Frist nach § 15 IV AGG. Bloße Vermutungstatsachen iSd § 22 AGG stellen für sich genommen keine nach § 15 II AGG zu entschädigende Benachteiligung dar (vgl. BAG 15.3.2012 – 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48 Rn. 69 = NZA 2012, 910).

ff) Demgegenüber ist der Anspruch des Kl. aus § 15 II AGG, soweit er geltend macht, die Bekl. habe ihn im Stellenbesetzungsverfahren wegen seines Alters benachteiligt, nicht verfallen. Insoweit ist sowohl die Ausschlussfrist des § 15 IV 1 AGG als auch die Klagefrist des § 61b ArbGG eingehalten.

(1) Der kenntnisabhängige Beginn der Ausschlussfrist des § 15 IV 1 AGG ist – wie das LAG jedenfalls im Ergebnis zutreffend erkannt hat – für die vom Kl. geltend gemachten Benachteiligungsgründe jeweils gesondert zu bestimmen.

(a) Allerdings verfolgt der Kl., soweit er sein Klagebegehren einerseits darauf stützt, die Bekl. habe ihn bei der Stellenbesetzung wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt, und er andererseits meint, sie habe ihn dadurch, dass sie seine Bewerbung mangels Akkreditierung seines Masterstudiengangs nicht in die engere Auswahl einbezogen hat, zumindest mittelbar wegen seines Alters benachteiligt, nicht mehrere Ansprüche nach § 15 II AGG.

(aa) Nach der Systematik des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist zwar jede Benachteiligung im Hinblick auf jeden in § 1 AGG aufgeführten einzelnen Grund gesondert zu überprüfen, was seine Bestätigung in § 4 AGG findet (vgl. BAG 23.11.2017 – 8 AZR 604/16, NZA 2018, 584 Rn. 44 mwN). Dies führt aber nicht zu mehreren Ansprüchen nach § 15 II AGG, wenn die maßgebliche benachteiligende Handlung an mehrere Gründe iSv § 1 AGG anknüpft (vgl. BAG 15.3.2012 – 8 AZR 37/11, BAGE 141, 48 Rn. 67 = NZA 2012, 910; Hey/Forst/Hey/Forst, 2. Aufl., AGG § 4 Rn. 5; Henssler/Willemsen/Kalb/Rupp, 11. Aufl., AGG § 4 Rn. 1; KR/Treber/Plum, 13. Aufl., AGG § 4 Rn. 3).

(bb) Dies vorausgesetzt ist hier von einem einheitlichen Anspruch aus § 15 II AGG auszugehen.

(aaa) Nach jüngerer Rechtsprechung des BAG liegt in dem Fall, in dem sich ein Bewerber durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung wegen eines Grundes iSv § 1 AGG und/oder der Schwerbehinderung als benachteiligt sieht, die maßgebliche benachteiligende Behandlung in der Nichteinstellung, durch die der Bewerber unmittelbar eine weniger günstige Behandlung iSv § 3 I AGG erfährt als ein (potenziell) erfolgreicher anderer Bewerber, und zwar ohne dass es darauf ankommt, ob es überhaupt andere Bewerber gab, ob deren Bewerbungen Erfolg hatten oder ob sie die Stelle angetreten haben (zuletzt: BAG 25.4.2024 – 8 AZR 143/23, BeckRS 2024, 13990 Rn. 23 mwN; 23.11.2023 – 8 AZR 164/22, NZA 2024, 335 Rn. 21 mwN). Da der Anspruch nach § 15 II AGG einen Verstoß gegen das in § 7 I AGG geregelte Benachteiligungsverbot (hinsichtlich der Schwerbehinderung iVm § 164 II 2 SGB IX) voraussetzt, und § 7 I AGG nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verbietet, muss zwar zwischen der Benachteiligung und einem Grund iSv § 1 AGG bzw. der Schwerbehinderung ein Kausalzusammenhang bestehen.

Dabei ist, soweit es um eine unmittelbare Benachteiligung iSv § 3 I AGG geht, der Kausalzusammenhang dann gegeben, wenn die Benachteiligung an einen Grund iSv § 1 AGG anknüpft oder durch diesen motiviert ist, wobei eine bloße Mitursächlichkeit genügt (BAG 14.6.2023 – 8 AZR 136/22, NZA 2023, 1248 Rn. 19 mwN). Um diesen Kausalzusammenhang zu belegen, reicht es aus, wenn der erfolglose Bewerber Indizien iSv § 22 AGG darlegt und gegebenenfalls beweist, die regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen des betreffenden Grundes und/oder der Schwerbehinderung begründen (BAG 25.1.2024 – 8 AZR 318/22, NZA 2024, 477 Rn. 10 mwN). Geht es hingegen um eine mittelbare Benachteiligung, ist der Kausalzusammenhang bereits dann gegeben, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 II Hs. 1 AGG erfüllt sind, ohne dass es einer direkten Anknüpfung an einen Grund iSv § 1 AGG oder eines darauf bezogenen Motivs bedarf (BAG 23.11.2017 – 8 AZR 372/16, NZA-RR 2018, 287 Rn. 20).

In beiden Fällen geht es jeweils aber um die Frage, ob zwischen der benachteiligenden Behandlung, die in der Nichteinstellung liegt, und einem in § 1 AGG genannten Grund und/oder der Schwerbehinderung ein Kausalzusammenhang besteht, der Tatbestandsvoraussetzung für das Bestehen eines Anspruchs aus § 15 II AGG ist. Auch wenn es – wie im vorliegenden Fall – sowohl um eine unmittelbare als auch um eine mittelbare Benachteiligung geht, und sich die behauptete unmittelbare Benachteiligung auf einen anderen Grund iSv § 1 AGG als die in Rede stehende mittelbare Benachteiligung bezieht, handelt es sich doch nur um unterschiedliche Formen ein und derselben, nach § 7 I AGG verbotenen Benachteiligung (vgl. BAG 28.10.2021 – 8 AZR 371/20, BAGE 176, 134 Rn. 24 = NZA 2022, 341 = NJW 2022, 1268). Das gilt unabhängig davon, ob die Zurückweisung der Bewerbung auf einer Abwägung bei der endgültigen Besetzungsentscheidung oder auf einer vorgelagerten Auswahlentscheidung beruht, die dazu geführt hat, dass der Bewerber vorzeitig aus dem Stellenbesetzungsverfahren ausgeschieden worden ist. Beide Verfahrenshandlungen münden letztlich in der Nichtberücksichtigung der Bewerbung, was zu einem einheitlichen Anspruch nach § 15 II AGG führt.

(bbb) Für diese Betrachtung spricht auch, dass bei der Festsetzung der Höhe der Entschädigung alle Umstände des Einzelfalls, wie etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns und der Sanktionszweck der Entschädigungsnorm zu berücksichtigen sind (ausf. BAG 11.8.2016 – 8 AZR 406/14, NZA-RR 2017, 132 Rn. 101 mwN; ergänzend BAG 28.10.2021 – 8 AZR 371/20, BAGE 176, 134 Rn. 14 ff. = NZA 2022, 341). Die Entschädigung, die den durch die Benachteiligung erlittenen Schaden ausgleicht, wird zwar grundsätzlich – unter Beachtung der Obergrenze von § 15 II 2 AGG – umso höher ausfallen, je nachdem, ob die Benachteiligung wegen nur eines der in § 1 AGG genannten Gründe bzw. der Schwerbehinderung oder wegen mehrerer solcher Gründe erfolgte (vgl. BT-Drs. 16/1780, 38; BVerwG 3.3.2011 – 5 C 16.10, BVerwGE 139, 135 Rn. 35 = NZA 2011, 977; HK-AGG/Deinert, 5. Aufl., AGG § 15 Rn. 86; Bauer/Krieger/Günther, 5. Aufl., AGG § 15 Rn. 36; Schleusener/Suckow/Plum AGG/Plum, 6. Aufl., AGG § 15 Rn. 73). Jedoch hat eine Gesamtwürdigung aller Umstände zu erfolgen. Auszugleichen ist insoweit ein einheitlicher, dem Betroffenen wegen nicht benachteiligungsfrei erfolgter Nichteinstellung entstandener Schaden.

(b) Das schließt gleichwohl die Annahme nicht aus, die Ausschlussfrist des § 15 IV 1 AGG könne, je nach Kenntniserlangung von Umständen, die den Kausalzusammenhang zwischen der Benachteiligung und einem Grund iSv § 1 AGG bzw. der Schwerbehinderung indizieren sollen, zu unterschiedlichen Zeitpunkten beginnen. Ein dahin gehendes Verständnis der an „den Anspruch“ anknüpfenden Ausschlussfrist ist vielmehr nach den Vorgaben des Unionsrechts, wonach die Ausübung der von der RL 2000/78/EG verliehenen Rechte nicht unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf (vgl. EuGH 8.7.2010 – C-246/09, ECLI:EU:C:2010:418 Rn. 42 = NZA 2010, 869 – Bulicke), geboten. Bei der Auslegung und Anwendung der Ausschlussfrist des § 15 IV AGG ist deshalb zu beachten, dass ein Bewerber, selbst wenn er bereits Kenntnis von Tatsachen hat, die eine Benachteiligung wegen eines

bestimmten in § 1 AGG genannten Grundes oder der Schwerbehinderung vermuten lassen, gegebenenfalls noch nicht erkennen kann, dass er durch die Nichtberücksichtigung der Bewerbung auch wegen eines anderen Grundes ungerechtfertigt benachteiligt worden ist.

Dies liegt in der Natur des Bewerbungs-/Stellenbesetzungsverfahrens als regelmäßig zeitlich gestrecktem Prozess. Das wiederum hat zur Folge, dass für einen Anspruch aus § 15 II AGG wegen nicht benachteiligungsfreier Bewerberauswahl, der auf eine Benachteiligung wegen unterschiedlicher Gründe gestützt wird, der Beginn der Ausschlussfrist des § 15 IV AGG – unionsrechtskonform – bezogen auf jeden Grund iSv § 1 AGG bzw. die Schwerbehinderung gesondert danach zu bestimmen ist, zu welchem Zeitpunkt der Betroffene erstmals von Tatsachen Kenntnis erlangt hat, die eine unmittelbare Benachteiligung iSv § 3 I AGG wegen des betreffenden Grundes iSd § 22 AGG vermuten lassen oder – im Fall der mittelbaren Benachteiligung – Anhaltspunkte für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 II AGG bieten (iErg ähnlich BAG 26.9.2013 – 8 AZR 650/12, NZA 2014, 258 Rn. 17f.).

(c) Danach wahrt das Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Kl. vom 23.4.2020 die Geltendmachungsfrist nach § 15 IV 1 AGG hinsichtlich der behaupteten Benachteiligung wegen des Alters. Die Würdigung des LAG, der Kl. habe erstmals durch das Schreiben der Bekl. vom 2.4.2020 hinreichende Kenntnis davon erlangt, dass er mangels Akkreditierung seines Masterstudiengangs aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschieden wurde, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Eine (frühere) Kenntnis bereits im Zeitpunkt der Ablehnung seiner Bewerbung kann nicht deshalb angenommen werden, weil die Bekl. in der Stellenausschreibung für den Fall, dass ein erfolgreich abgeschlossenes Masterstudium an einer Fachhochschule absolviert wurde, um Beifügung eines Akkreditierungsnachweises gebeten hatte. Da diese Anforderung nicht explizit unter den in der Ausschreibung genannten „zwingenden Anforderungskriterien“ aufgeführt wurde, musste der Kl. die „Bitte“ nicht, jedenfalls nicht ohne Weiteres, als ein solches Kriterium verstehen.

(2) Die Klagefrist des § 61b I ArbGG hat der Kl. durch die Klage vom 26.5.2020, die der Bekl. am 9.6.2020 und damit iSv § 167 ZPO „demnächst“ zugestellt worden ist, eingehalten. Die durch die Klageerhebung begründete Rechtshängigkeit ist entgegen der Annahme des LAG auch nicht zwischen erster und zweiter Instanz iSv § 321 I ZPO wieder entfallen.

(a) Nach § 321 I ZPO ist das Urteil auf Antrag zu ergänzen, wenn das Gericht versehentlich einen nach dem Tatbestand erhobenen Anspruch übergangen hat. Wird der Antrag auf Urteilsergänzung nicht innerhalb der in § 321 II ZPO genannten Zweiwochenfrist gestellt, entfällt die Rechtshängigkeit des übergangenen prozessualen Anspruchs (vgl. BAG 10.11.2021 – 10 AZR 696/19, BAGE 176, 160 Rn. 26 mwN = NZA 2022, 345; 20.8.2019 – 3 AZR 561/17, BeckRS 2019, 35217 Rn. 40 mwN).

(b) § 321 ZPO erfasst nur den Fall, dass ein geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch vom Gericht übergangen worden ist. Die Regelung bezieht sich auf den Anspruch im prozessualen, dh im streitgegenständlichen Sinne. Darum geht es hier nicht. Mit der vorliegenden Klage wird ein einheitlicher materiell-rechtlicher Anspruch nach § 15 II AGG verfolgt. Damit liegt erst recht nur ein Anspruch im prozessualen Sinne vor. Der Umstand, dass sich das ArbG mit einzelnen Begründungselementen der Klage nicht befasst hat, wird von § 321 ZPO nicht erfasst.

3. Dieser Rechtsfehler bedingt im Umfang der Hälfte der noch streitgegenständlichen Entschädigungsforderung die Zurückverweisung der Sache an das LAG. Im Übrigen ist die Klage jedenfalls in der Höhe unbegründet und stellt sich die angefochtene Entscheidung insoweit im Ergebnis als richtig dar.

a) Das LAG hat sich, unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung konsequent, nicht mit der Frage befasst, ob darin, dass die Bekl. nach ihrem eigenen Vorbringen die Bewerbung des Kl. mangels

Akkreditierung seines Masterstudiengangs an der TH W. bzw. mangels dahin gehenden Nachweises nicht berücksichtigt hat, eine den Kausalzusammenhang zwischen der Benachteiligung und dem Alter des Kl. belegende, mittelbare Altersdiskriminierung liegt. Das ArbG hat den Entschädigungsanspruch lediglich unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob die in der Nichteinstellung liegende Benachteiligung des Kl. durch seine Schwerbehinderung „motiviert“ war; darauf, ob er Entschädigung aufgrund einer Benachteiligung wegen des Alters verlangen kann, ist es nicht eingegangen.

b) Danach ist iHv 6.601,56 EUR nebst hierauf entfallender Zinsen eine Zurückverweisung zur Wahrung des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) geboten. Das vom Kl. beanstandete Kriterium der Akkreditierung des Studiengangs bei Bewerbern, die ihren Master an einer Fachhochschule erlangt haben, kann eine mittelbare Benachteiligung iSv § 3 II AGG allenfalls bewirken, wenn in der Anwendung des Kriteriums wesentlich mehr ältere Fachhochschulabsolventen benachteiligt werden als jüngere Absolventen mit einem an einer Fachhochschule erlangten Masterabschluss (zu den Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung und dem Erfordernis der Vergleichsgruppenbildung vgl. nur: BAG 12.12.2012 – 10 AZR 718/11, NZA 2013, 577 Rn. 21, 22 mwN; BGH 25.4.2019 – I ZR 272/15, NZA-RR 2020, 50 Rn. 35 ff.; EuGH 15.11.2018 – C-457/17, ECLI:EU:C:2018:912 Rn. 45 ff. = NZA 2019, 383 – Maniero). Insoweit ist aber zumindest unklar, welche Bewerber welchen Alters der Kl. durch die mutmaßlich diskriminierende Verfahrensweise als in besonderer Weise benachteiligt sieht, soweit er meint, das „System der Akkreditierung“ sei zu der Zeit, als er den Masterstudiengang an der TH W. absolvierte, noch nicht „etabliert“ gewesen. Sollte er dabei auf Zugangsmöglichkeiten zu akkreditierten (Master-)Studiengängen an Fachhochschulen abstellen wollen, fehlt es diesbezüglich an konkretem Tatsachenvortrag. Das ist umso mehr beachtlich, als das Akkreditierungserfordernis durch die Protokollerklärung zu § 7 S. 5 TV EntGO Bund nF bis zum 31.12.2024 ausgesetzt wurde. Unter Berücksichtigung der unmittelbaren Tarifbindung der Bekl. ist zumindest nicht ohne Weiteres die Annahme begründet, dass die beanstandete Heranziehung des Akkreditierungserfordernisses iSd § 3 II AGG sachlich gerechtfertigt ist.

c) Begründet ist die Revision auf dieser Grundlage aber nur, soweit der Kl. unter dem Gesichtspunkt der Benachteiligung wegen seines Alters eine Entschädigung in Höhe von nicht mehr als 6.601,56 EUR nebst hierauf entfallender Zinsen verlangt. Der Betrag entspricht dem eineinhalbfachen des im Zeitpunkt der Ablehnung der Bewerbung des Kl. auf der ausgeschriebenen Stelle nach der Entgeltgruppe 14 TVöD (Bund) Stufe 1 zu erzielenden Bruttomonatsentgelts, das sich auf 4.401,04 EUR belief. Ein höherer Anspruch scheidet aus.

aa) Die Entschädigung nach § 15 II AGG muss einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz der aus den Antidiskriminierungsrichtlinien des Unionsrechts hergeleiteten Rechte gewährleisten. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH – der sich der Senat angeschlossen hat – muss die Härte der Sanktionen der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt (BAG 27.8.2020 – 8 AZR 62/19, BAGE 172, 99 Rn. 87 mwN = NZA 2021, 189). Sie muss auf jeden Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen (BAG 16.2.2023 – 8 AZR 450/21, BAGE 180, 194 Rn. 112 mwN = NZA 2023, 958).

bb) Auf dieser Grundlage kommt die Festsetzung einer Entschädigung maximal bis zur Höhe von eineinhalb Bruttomonatsgehältern in Betracht. Eine Entschädigung in dieser Höhe wäre in jedem Fall ausreichend, um einen – unterstellt – vom Kl. erlittenen Schaden wegen der allein noch zu prüfenden Benachteiligung wegen des Alters auszugleichen, und um die notwendige abschreckende Wirkung zu entfalten. Dies berücksichtigt, dass einerseits Gesichtspunkte, die mit einer etwaigen Abwesenheit oder einem geringen Grad von Verschulden zusammenhängen, bei der Bemessung der Entschädigung nicht mindernd Berücksichtigung finden, und es andererseits an Umständen, die die Festsetzung einer Entschädigung in Höhe von mehr als eineinhalb Monatsgehältern begründen könnten, offenkundig fehlt. Insbesondere fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten, die ein höheres Verschulden der Bekl.

belegen könnten (vgl. dazu: BAG 14.6.2023 – 8 AZR 136/22, NZA 2023, 1248 Rn. 58; 28.5.2020 – 8 AZR 170/19, BAGE 170, 340 Rn. 39 = NZA 2020, 1392).

Entscheidung 3 – BAG Urt. v. 25.7.2024 – 8 AZR 24/24:

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten darüber, ob das beklagte Land die Kl. in die Auswahl um sachgrundlos befristet ausgeschriebene Arbeitsverhältnisse einzubeziehen hat, obwohl zwischen den Parteien bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Die Kl. verfügt über einen Bachelor- und Masterabschluss im Fach Soziale Arbeit. Während ihres Studiums schloss sie im Zeitraum von Oktober 2016 bis Juli 2020 insgesamt sieben befristete und auf die jeweilige Vorlesungszeit von vier bis fünf Monaten begrenzte Arbeitsverträge mit dem beklagten Land. Im Rahmen dieser befristeten Arbeitsverträge war sie als Tutorin an der Universität V eingesetzt.

Ende Juli 2021 schrieb das beklagte Land u.a. für die M in B. eine Stelle für eine sozialpädagogische Fachkraft in der sozialen Arbeit in schulischer Verantwortung ab dem 1.10.2021 aus. In der Ausschreibung heißt es unter „Befristungsart“ nur „befristet bis 31.7.2023“, ohne einen Hinweis, dass eine sachgrundlose Befristung beabsichtigt sei. Die Kl. bewarb sich auf die ausgeschriebene Stelle. Am 2.9.2021 meldete sich das Regionale Landesamt für Schule und Bildung bei der Kl. und teilte ihr mit, dass sie aufgrund der Beschäftigungen als studentische Hilfskraft während ihres Studiums „bewerbungsunfähig“ sei.

Gleichlautende Ausschreibungen erfolgten durch das beklagte Land für mehrere Schulen. Die Mittel für die Stellen stammten aus den pandemiebezogenen Aktionsprogrammen „Aufholen nach Corona für Kinder und Jugendliche“ des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und „Startklar in die Zukunft“ des niedersächsischen Landesamtes für Soziales, Jugend und Familie.

Die Kl. hat die Ansicht vertreten, einem öffentlichen Arbeitgeber sei es ohne hinreichende sachliche Begründung nicht gestattet, Stellen nur befristet auszuschreiben. Andernfalls werde der Bewerberkreis unzulässig beschränkt. Der generelle Ausschluss aufgrund von Vorbeschäftigungen stelle kein sachgerechtes Kriterium für die Bewerberauswahl dar. Ein Ausschluss von Bewerbern mit Vorbeschäftigung sei in Bezug auf die Stelle an der M in B. auch deshalb nicht möglich, weil in der Stellenausschreibung die Absicht einer sachgrundlos befristeten Besetzung nicht erwähnt sei. Allein der Hinweis auf die Befristung der Stelle genüge nicht. Im Übrigen könne mit der Kl. ein Arbeitsvertrag wirksam sachgrundlos befristet werden, weil es sich bei der Tutorentätigkeit an der Universität um eine, der Wirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung nicht entgegenstehende Vorbeschäftigung iSv § 14 II 2 TzBfG handle. Die Feststellungsanträge seien zulässig, weil sie beabsichtige, sich auch künftig auf befristet ausgeschriebene Stellen zu bewerben, und zu erwarten sei, dass das beklagte Land sie aufgrund ihrer Vorbeschäftigungen weiterhin nicht berücksichtigen werde.

Die Kl. hat beantragt,

1. das beklagte Land zu verurteilen, sie im Rahmen des Auswahlverfahrens um die Stelle als „pädagogische Mitarbeiterin/pädagogischer Mitarbeiter als sozialpädagogische Fachkraft (w/m/d) in der sozialen Arbeit in schulischer Verantwortung“ an der GS M, B. (befristete Stellenausschreibung gem. Anlage K7 zur Klageschrift), in das Auswahlverfahren einzubeziehen und zu einem Auswahlgespräch einzuladen;

2. festzustellen, dass das beklagte Land nicht berechtigt ist, sie von einer befristeten Tätigkeit als sozialpädagogische Fachkraft in der sozialen Arbeit in schulischer Verantwortung von vornherein mit dem Hinweis auf ihre Vorbeschäftigungszeiten als studentische Hilfskraft bei der Universität V auszuschließen;

3.(hilfsweise zum Feststellungsantrag zu 2) festzustellen, dass das beklagte Land nicht berechtigt ist, sie von einer sachgrundlos befristeten Tätigkeit als sozialpädagogische Fachkraft in der sozialen Arbeit in schulischer Verantwortung von vornherein mit dem Hinweis auf ihre Vorbeschäftigungszeiten als studentische Hilfskraft bei der Universität V im Zeitraum Oktober 2016 bis Juli 2020 auszuschließen.

Das ArbG Osnabrück (2.11.2022 – 2 Ca 348/21 Ö, BeckRS 2022, 53529) hat die Klage insgesamt abgewiesen. Nachdem der Zeitraum, für den die befristete Tätigkeit an der M vorgesehen war, zum 31.7.2023 abgelaufen ist, haben die Parteien den Rechtsstreit bezogen auf den Antrag zu 1 im Berufungsverfahren übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt. Insoweit hat das LAG dem beklagten Land im Berufungsurteil die Kosten nach § 91a I ZPO auferlegt und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Diese ist beim BAG unter dem Aktenzeichen 8 AZB 2/24 anhängig. Die Berufung der Kl. in Bezug auf die Feststellungsanträge zu 2 und zu 3 hatte vor dem LAG Niedersachsen (18.12.2023 – 4 Sa 913/22, BeckRS 2023, 51335) keinen Erfolg. Mit der vom LAG zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre Feststellungsanträge weiter. Die Revision des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision der Kl. ist unbegründet. Das LAG hat die Berufung der Kl. in Bezug auf die Feststellungsanträge im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Die Feststellungsanträge haben keinen Erfolg.

I. Die Feststellungsanträge der Kl. bedürfen der Auslegung. Entgegen der Auffassung des LAG sind sie nicht als ein einheitliches Feststellungsbegehren, sondern als zwei gesondert zur Entscheidung gestellte Anträge anzusehen.

1. Das RevGer. hat prozessuale Erklärungen selbstständig auszulegen. Klageanträge sind entsprechend den für Willenserklärungen geltenden Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) so auszulegen, dass im Zweifel gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der richtig verstandenen Interessenlage entspricht. Für das Verständnis eines Klageantrags ist deshalb nicht am buchstäblichen Wortlaut des Antrags zu haften. Die Grenzen der Auslegung oder auch der Umdeutung eines Klageantrags sind jedoch erreicht, wenn ein Kl. unmissverständlich ein bestimmtes Prozessziel verfolgt, auch wenn dieses Vorgehen seinem wohlverstandenen Eigeninteresse widerspricht. Dies dient nicht zuletzt der hinreichenden Berücksichtigung der schutzwürdigen Belange des Klagegegners als Erklärungsadressaten (BAG 25.4.2024 – 8 AZR 143/23, BeckRS 2024, 13990 Rn. 15 mwN).

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen handelt es sich um zwei gesondert zu entscheidende Feststellungsanträge. Für dieses Verständnis streitet bereits der Wortlaut nach dem der zu 3 gestellte Feststellungsantrag ausdrücklich nur „hilfsweise zum Feststellungsantrag zu 2“ gestellt sein soll. Danach wird der weitere Feststellungsantrag nur für den Fall des Unterliegens mit dem ersten Feststellungsantrag zur Entscheidung gestellt. Das verdeutlicht, dass es sich um zwei getrennt zu betrachtende Anträge handelt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass im Zweifel gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der richtig verstandenen Interessenlage der Partei entspricht. Das gilt unabhängig davon, ob der erste Feststellungsantrag für sich betrachtet mangels Feststellungsinteresse als unzulässig anzusehen ist. Jedenfalls nachdem sich die Kl. in der Revisionsbegründung das Auslegungsergebnis des LAG, es handele sich um ein einheitliches Feststellungsbegehren, ausdrücklich nur hilfsweise zu eigen macht, überschreitet ein dahin gehendes Verständnis die Grenzen der zulässigen Auslegung. Die Kl. stellt insoweit klar, dass sie zwar in erster Linie die Feststellung ihrer „Bewerbungsfähigkeit“ im Hinblick auf sachgrundlos befristet ausgeschriebene Arbeitsverhältnisse klären möchte, die mit dem Hauptantrag begehrte Feststellung sich aber gerade nicht auf sachgrundlose Befristungen beschränkt. Damit verfolgt die Kl. unmissverständlich ein bestimmtes Prozessziel, so dass zunächst der sowohl auf Sachgrundbefristungen als auch auf sachgrundlose Befristungen bezogene Hauptantrag zu

entscheiden ist. Erst wenn dieser nicht erfolgreich ist, kann der konkret auf sachgrundlose Befristungen zugeschnittene Hilfsantrag entschieden werden.

II. Der so verstandene weite Hauptantrag (Antrag zu 2) ist unzulässig.

1. Er genügt zwar den Bestimmtheitserfordernissen des § 253 II Nr. 2 ZPO, da trotz seiner Weite – anhand der vorgenommenen Auslegung – erkennbar ist, für welche Fälle die Kl. die beantragte Feststellung begehrt. Der Umstand, dass der Antrag eine Vielzahl von Konstellationen umfasst, macht ihn daher nicht unbestimmt (vgl. BAG 29.9.2020 – 1 ABR 21/19, BAGE 172, 292 Rn. 19 mwN = NZA 2021, 213).

2. Dem Hauptantrag fehlt jedoch das Feststellungsinteresse iSd § 256 I ZPO. Die Kl. legt nicht nachvollziehbar dar, aus welchen Gründen ihre Vorbeschäftigungen dazu führen könnten, dass eine spätere Sachgrundbefristung möglicherweise unwirksam sein könnte. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass aufgrund der Vorbeschäftigungen eine rechtsmissbräuchliche Kettenbefristung mit Sachgrund ernsthaft in Betracht käme, so dass ein rechtliches Interesse bestünde, die Rechtslage insoweit zu klären (vgl. zu den Voraussetzungen einer unzulässigen Kettenbefristung BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, BAGE 157, 125 Rn. 23ff. mwN = NZA 2017, 382).

III. Der ausschließlich auf sachgrundlose Befristungen bezogene hilfsweise gestellte Feststellungsantrag (Antrag zu 3) ist zulässig.

1. Dem steht nicht entgegen, dass die Kl. ihre Klage erst in der Berufungsinstanz um den Hilfsantrag ergänzt hat. Das LAG hat die hilfsweise Klageerweiterung nach § 64 VI 1 ArbGG iVm § 533 ZPO als zulässig angesehen. Das ist in der Revisionsinstanz in entsprechender Anwendung von § 268 ZPO nicht mehr zu überprüfen (vgl. BAG 25.3.2021 – 8 AZR 120/20, BeckRS 2021, 21721 Rn. 66 mwN).

2. Die Kl. hat auch ein rechtliches Interesse, ein Rechtsverhältnis iSv § 256 ZPO zwischen den Parteien zu klären. Eine Feststellungsklage nach § 256 I ZPO kann sich auch auf einzelne Bedingungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken – sog. Elementenfeststellungsklage. Das Feststellungsinteresse nach § 256 I ZPO ist allerdings nur dann gegeben, wenn durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag ein zwischen den Parteien bestehender Streit über Leistungsverpflichtungen insgesamt bereinigt wird und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann (BAG 24.1.2024 – 4 AZR 122/23, NZA 2024, 991 Rn. 15 mwN). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Kl. macht geltend, sich auch künftig auf Stellen des beklagten Landes bewerben zu wollen, die sachgrundlos befristet ausgeschrieben werden. Solche künftigen Bewerbungsverhältnisse stellen Rechtsverhältnisse iSv § 256 I ZPO dar (LAG Düsseldorf 17.3.2011 – 13 Sa 39/11, BeckRS 2011, 72748 (zu B I); vgl. auch BAG 15.1.2013 – 9 AZR 358/11, NZA-RR 2013, 439 Rn. 11 = NZA 2013, 1232 Os.). Der Annahme eines rechtlichen Interesses steht nicht entgegen, dass die Kl. zwischenzeitlich ein Arbeitsverhältnis mit einem anderen Schulträger begründet hat, weil das künftige Bewerbungen beim beklagten Land nicht ausschließt. Das beklagte Land beruft sich auch weiterhin darauf, es müsse die Kl. aufgrund ihrer Vorbeschäftigungen nicht in die Auswahlentscheidung betreffend künftig sachgrundlos befristet ausgeschriebener Stellen einbeziehen. Dieser Streit kann zwischen den Parteien durch die Feststellungsklage abschließend geklärt werden.

IV. Der Antrag festzustellen, dass das beklagte Land nicht berechtigt ist, die Kl. von der Auswahl um sachgrundlos befristet ausgeschriebene Arbeitsverhältnisse wegen ihrer Vorbeschäftigungszeiten auszuschließen, ist unbegründet.

1. Das LAG geht insoweit zutreffend davon aus, dass es sich um einen unteilbaren Globalantrag handelt. Die Kl. möchte festgestellt wissen, dass ihre Bewerbungen auf sachgrundlos befristet

ausgeschriebene Stellen nicht allein deshalb unberücksichtigt bleiben dürfen, weil bereits zuvor Arbeitsverhältnisse mit dem beklagten Land bestanden haben. Ein solcher Globalantrag ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG unbegründet, wenn nur eine Fallgestaltung erfasst ist, in der der geltend gemachte Anspruch nicht besteht (BAG 29.9.2020 – 1 ABR 21/19, BAGE 172, 292 Rn. 22 mwN = NZA 2021, 213). Dies ist vorliegend der Fall.

2. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das beklagte Land im Zusammenhang mit dem Auswahlverfahren für eine sozialpädagogische Fachkraft in der sozialen Arbeit an der M in B. im Juli 2021 hinreichend dokumentiert hat, dass es sich um ein sachgrundlos befristet ausgeschriebenes Arbeitsverhältnis handelt. Die Parteien streiten in der Revision nicht mehr über die Beteiligung der Kl. an diesem Auswahlverfahren. Vielmehr steht nur noch in Streit, ob das beklagte Land die Kl. künftig von Auswahlverfahren um sachgrundlos befristet ausgeschriebene Arbeitsverhältnisse ausschließen darf. Unabhängig davon, wie die Entscheidung zur Ausschreibung eines nur sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses im Einzelnen zu dokumentieren ist, kann jedenfalls nicht angenommen werden, das beklagte Land sei zu einer ordnungsgemäßen Dokumentation künftig nicht bereit oder nicht in der Lage (vgl. zur Dokumentation einer Organisationsentscheidung bei einer Sachgrundbefristung BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 28 ff.).

3. Das beklagte Land verletzt grundsätzlich nicht den Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 II GG, wenn es die Kl. von Auswahlverfahren ausnimmt, die zur Besetzung mittels eines sachgrundlos zu befristenden Arbeitsverhältnisses vorgesehen sind. Eine rechtssichere sachgrundlose Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist dem beklagten Land aufgrund der Vorbeschäftigungen der Kl. nicht möglich.

a) Nach Art. 33 II GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Der unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistete Grundsatz der Bestenauslese dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt die Bestimmung dem berechtigten Interesse der Bediensteten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen Rechnung. Sie begründet grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Bewerbern steht deshalb bei der Besetzung von Stellen des öffentlichen Dienstes ein verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrensanspruch zu. Daraus folgt angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in Art. 33 II GG ein subjektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (vgl. BVerfG 20.9.2016 – 2 BvR 2453/15, BVerfGE 143, 22 Rn. 18 = NVwZ 2017, 313; BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 16 mwN). Öffentliche Ämter iSv Art. 33 II GG sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch Stellen, die ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes mit Arbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt (vgl. BVerfG 8.11.2016 – 1 BvR 2317/15, NZA 2017, 111 Rn. 8; BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 16 mwN).

b) Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Bewerbers aus Art. 33 II GG auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bedarf der Abgrenzung zur Organisationsfreiheit des öffentlichen Arbeitgebers. Die Vorentscheidungen, die zur Existenz eines verfügbaren öffentlichen Amtes führen, unterfallen der Organisationsgewalt des staatlichen Rechtsträgers; ein subjektives Recht auf Ausbringung einer bestimmten Planstelle besteht nicht. Über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet der Dienstherr nach organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten (BVerfG 8.11.2016 – 1 BvR 2317/15, NZA 2017, 111 Rn. 8; BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 17 mwN; vgl. zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Organisationsgewalt BVerwG 28.10.2004 – 2 C 23.03, BVerwGE 122, 147 (zu 4) = NVwZ 2005, 457). Die Bereitstellung und Ausgestaltung von Stellen und deren Bewirtschaftung dienen grundsätzlich allein dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben (BVerwG 10.12.2020 – 2 A 2.20, BVerwGE 171, 17 Rn. 15 = NVwZ-RR 2021, 455; BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 16). Es obliegt daher auch dem organisatorischen

Ermessen, wie der Dienstherr einen Dienstposten zuschneiden will und welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zugrunde zu legen sind. Er kann etwa wählen, ob er eine Stelle im Wege der Beförderung oder der Versetzung vergeben will (vgl. BVerfG 28.11.2007 – 2 BvR 1431/07, NJW 2008, 909 Rn. 10; BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 16 mwN; BVerwG 24.2.2022 – 1 WB 40.21, BVerwGE 175, 53 Rn. 23 = NVwZ 2022, 889). Der Dienstherr ist in Ausübung seines Organisationsermessens auch frei, ob er eine Stelle im Rahmen eines Beamten- oder Arbeitsverhältnisses ausschreibt (vgl. BVerfG 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11, NVwZ 2012, 368 Rn. 20; BVerwG 17.3.2021 – 2 B 3.21, BVerwGE 172, 8 Rn. 12 = NZA-RR 2021, 320 = NZA 2021, 895 Ls.; BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 16 mwN). Zur Organisationsentscheidung zu zählen ist auch die Festlegung des öffentlichen Arbeitgebers, eine Stelle befristet auszuschreiben (BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 18ff.).

4. Die Entscheidung, die ausgeschriebene Stelle nur im Wege eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses zu besetzen, und Bewerber vom Auswahlverfahren auszunehmen, mit denen eine sachgrundlose Befristung aufgrund einer Vorbeschäftigung nicht rechtssicher möglich ist, ist ebenfalls Teil der dem Auswahlverfahren nach Art. 33 II GG vorgelagerten Organisationsentscheidung.

a) Der Gesetzgeber hat mit § 14 II TzBfG für öffentliche Arbeitgeber in gleicher Weise wie für private Arbeitgeber die Möglichkeit geschaffen, ein erstes Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer für die Dauer von bis zu zwei Jahren ohne Sachgrund und damit regelmäßig rechtssicher zu befristen (vgl. dazu BAG 9.9.2015 – 7 AZR 190/14, NZA 2016, 232 Rn. 24f.; vgl. auch BT-Drs. 14/4374, 14ff.). Entgegen der Auffassung der Kl., sind öffentliche Arbeitgeber nicht gehalten, Befristungen von Arbeitsverhältnissen ausschließlich mit einem Sachgrund nach § 14 I TzBfG zu vereinbaren. Vielmehr steht es dem öffentlichen Arbeitgeber frei, eine Organisationsentscheidung zu treffen, eine offene Stelle mittels eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses nach § 14 II TzBfG zu besetzen. Es handelt sich insoweit um Fragen der Ausgestaltung von Stellen und deren Bewirtschaftung. Dagegen ist die gem. Art. 33 II GG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu treffende Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbern noch nicht betroffen (vgl. für die Sachgrundbefristung BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 19).

b) Eine Entscheidung des öffentlichen Arbeitgebers, nur Bewerber in die Auswahl für die zu besetzende Stelle einzubeziehen, bei denen nicht die naheliegende Möglichkeit gegeben ist, dass die sachgrundlose Befristung aufgrund einer Vorbeschäftigung unwirksam ist, ist ebenfalls dem Bereich der Organisationsentscheidung zuzuordnen. Wäre der öffentliche Arbeitgeber verpflichtet, auch solche Bewerber in die Auswahl einzubeziehen, bei denen die naheliegende Möglichkeit besteht, dass die sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses wegen einer Vorbeschäftigung iSv § 14 II 2 TzBfG unwirksam ist, wäre die Entscheidung für eine sachgrundlos befristete Besetzung in keiner Weise rechtssicher umsetzbar. Zwischen der Entscheidung, eine Stelle im Wege eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses zu besetzen, und der Entscheidung, nur solche Bewerber in das Auswahlverfahren einzubeziehen, bei denen nicht die naheliegende Möglichkeit gegeben ist, dass die Befristung wegen einer Vorbeschäftigung unwirksam ist, besteht ein untrennbarer Zusammenhang (vgl. für die Sachgrundbefristung BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 20).

5. Die Organisationsentscheidung, eine ausgeschriebene Stelle im Wege eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses zu besetzen und nur Bewerber in die Auswahl einzubeziehen, mit denen eine sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen einer Vorbeschäftigung möglicherweise unwirksam ist, hält sich regelmäßig im Rahmen des dem öffentlichen Arbeitgeber zustehenden weiten Organisationsermessens. Die Organisationshoheit ist mit einem weiten Gestaltungs-, Beurteilungs- und Ermessensspielraum verbunden (BVerwG 10.12.2020 – 2 A 2.20, BVerwGE 171, 17 Rn. 13 = NVwZ-RR 2021, 455). Das aus dem Organisationsrecht des Dienstherrn erwachsende organisations- und verwaltungspolitische Ermessen bei der haushaltsrechtlichen Ausbringung und Bewirtschaftung von Planstellen des öffentlichen Dienstes ist ein anderes als das bei

der Stellenbesetzung zu beachtende „Auswahlermessen“ (genauer: als der dort bestehende Beurteilungsspielraum). Wie der öffentliche Arbeitgeber seine Organisationsfreiheit nutzt, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen (BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 22 mwN).

a) Dabei ist jedoch in den Blick zu nehmen, dass damit Bewerber von vornherein von dem Auswahlverfahren nach Art. 33 II GG ausgeschlossen werden, sofern sie bereits in der Vergangenheit bei demselben Arbeitgeber aufgrund eines Arbeitsvertrags beschäftigt waren. Für die ausgeschlossenen Bewerber stellt dies eine erhebliche Belastung dar, weil es bedeuten kann, dass – wenn Stellen ohne sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht zu erreichen sind – die Begründung eines erneuten Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes nicht möglich ist (vgl. zur Sachgrundbefristung BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 24).

b) Der Ausschluss von sachgrundlosen Befristungen im Falle einer Vorbeschäftigung nach § 14 II 2 TzBfG ist allerdings verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden (BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 35ff. mwN = NZA 2018, 774).

aa) § 14 II 2 TzBfG berührt die Berufsfreiheit derjenigen, die Arbeit suchen. Darin liegt eine Beeinträchtigung von Art. 12 I GG, denn das Grundrecht schützt die Vertragsfreiheit der Beschäftigten im beruflichen Bereich. Das Grundrecht garantiert die freie Wahl des Arbeitsplatzes und schützt den Entschluss, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen, ein Arbeitsverhältnis beizubehalten oder es aufzugeben. Der Gesetzgeber beschränkt diese Freiheit durch § 14 II 2 TzBfG, der die sachgrundlose Befristung eines Arbeitsvertrags verbietet, wenn „bereits zuvor“ ein Arbeitsverhältnis bei demselben Arbeitgeber bestanden hat (vgl. BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 38f. mwN = NJW 2018, 2542 = NZA 2018, 774). Im Bereich öffentlicher Arbeitgeber berührt § 14 II 2 TzBfG darüber hinaus den verfassungsrechtlichen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 II GG, weil Bewerber von vornherein nicht in das Auswahlverfahren um sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse einbezogen werden, sowie das öffentliche Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes (vgl. BVerfG 20.9.2016 – 2 BvR 2453/15, BVerfGE 143, 22 Rn. 18 = NVwZ 2017, 313).

bb) Die Beeinträchtigung der Bewerberinnen und Bewerber wiegt schwer, weil den Schutzinteressen derjenigen, die Erwerbsarbeit suchen, ein hoher Stellenwert zukommt. Der Arbeitsplatz ist in aller Regel die wirtschaftliche Existenzgrundlage. Lebenszuschnitt und Wohnumfeld werden davon ebenso bestimmt wie gesellschaftliche Stellung und Selbstwertgefühl, gesellschaftliche Teilhabe und Zukunftschancen. Auch eine nur befristete Erwerbsarbeit ist für die soziale Absicherung der Beschäftigten in einem sozialversicherungsrechtlichen System, das sich maßgeblich aus im Arbeitsverhältnis erwirtschafteten Beitragszahlungen finanziert, von erheblicher Bedeutung (BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 56 = NZA 2018, 774; vgl. auch BAG 29.2.2024 – 8 AZR 187/23, NZA 2024, 620 Rn. 24). Im Bereich der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes beeinträchtigt § 14 II 2 TzBfG die Bewerberinnen und Bewerber zusätzlich, weil sie ihr spezielles Gleichheitsrecht aus Art. 33 II GG nicht ausüben können.

cc) In der Abwägung mit dem Schutz der Beschäftigten im Arbeitsverhältnis (Art. 12 I GG) und den im Sozialstaatsprinzip der Art. 20 I, 28 I GG verankerten sozial- und beschäftigungspolitischen Zielsetzungen erweisen sich die mit § 14 II 2 TzBfG verbundenen Beeinträchtigungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jedoch als zumutbar (vgl. BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 53 = NZA 2018, 774). Sie sollen die Gefahr einer Kettenbefristung ausschließen. Sie sollen zudem eine für die soziale Absicherung der Beschäftigten wichtige unbefristete Dauerbeschäftigung als Regelbeschäftigungsform im Normalfall sichern. Die Beschränkung der sachgrundlosen Befristung auf Fälle der erstmaligen Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem jeweiligen Arbeitgeber soll diesen veranlassen, „den Arbeitnehmer entweder unbefristet weiter zu beschäftigen oder bei weiterhin bestehendem nur vorübergehendem Arbeitskräftebedarf einen

anderen Arbeitnehmer befristet einzustellen“ (BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 41, 48 = NZA 2018, 774; BT-Drs. 14/4374, 14).

dd) Jedoch ist ein Verbot der sachgrundlosen Befristung bei nochmaliger Einstellung bei demselben Arbeitgeber unzumutbar, soweit eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht besteht und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich ist, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als Regelbeschäftigungsform zu erhalten (BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 62 = NZA 2018, 774). Das sich aus § 14 II 2 TzBfG ergebende Verbot der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags kann insbesondere unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist. So liegt es etwa bei geringfügigen Nebenbeschäftigungen während der Schul- und Studien- oder Familienzeit (vgl. Bauer NZA 2011, 241 (243); Löwisch BB 2001, 254; Rudolf BB 2011, 2808 (2810)), bei Werkstudierenden und studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung (vgl. dazu BAG 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, BAGE 137, 275 Rn. 2, 12 = NZA 2011, 905) oder bei einer erzwungenen oder freiwilligen Unterbrechung der Erwerbsbiographie, die mit einer beruflichen Neuorientierung oder einer Aus- und Weiterbildung einhergeht (vgl. Staudinger/Temming, 2022, BGB § 620 Rn. 184a; ähnlich Löwisch BB 2001, 254; s. dazu insges. BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 63 = NZA 2018, 774).

c) Das beklagte Land ist nicht deswegen gehalten, die Kl. in die Auswahl um ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis einzubeziehen, weil in Erwägung gezogen werden könnte, bei der während ihres Studiums ausgeübten Tutorientätigkeit handele es sich um für die Wirksamkeit einer späteren sachgrundlosen Befristung unbeachtliche Vorbeschäftigungen.

aa) Mit der Regelung zur sachgrundlosen Befristung für die Dauer von bis zu zwei Jahren nach § 14 II TzBfG wollte der Gesetzgeber eine erleichterte Möglichkeit der Befristung schaffen (BT-Drs. 14/4374, 19). Entscheidet sich der öffentliche Arbeitgeber eine Stelle zur Besetzung im Wege eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses auszuschreiben, ist er nicht verpflichtet, sein Organisationsermessen in einer Weise auszuüben, die die naheliegende Möglichkeit begründet, dass sich die Befristung im Rahmen einer Befristungskontrollklage aufgrund einer Vorbeschäftigung als unwirksam erweist. Das gilt jedenfalls in Fallgestaltungen, in denen die Vorbeschäftigung nicht eindeutig für die Wirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung des Arbeitsverhältnisses unbeachtlich ist, weil sie sehr lang zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist (vgl. BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 63 = NZA 2018, 774).

bb) Bei der Tutorientätigkeit der Kl. während ihres Studiums handelt es sich nicht eindeutig um eine für die Wirksamkeit einer späteren sachgrundlosen Befristung des Arbeitsverhältnisses als sozialpädagogische Fachkraft in der sozialen Arbeit in schulischer Verantwortung unbeachtliche Vorbeschäftigung. Die Vorbeschäftigungen lagen weder sehr lange zurück (vgl. dazu BAG 21.8.2019 – 7 AZR 452/17, BAGE 167, 334 Rn. 25 = NZA 2020, 40) noch können sie – jedenfalls in Summe – als solche von sehr kurzer Dauer angesehen werden (vgl. BAG 23.1.2019 – 7 AZR 13/17, NZA 2019, 1029 Rn. 25). Als Grund für eine mögliche Herausnahme der Tutorientätigkeit aus dem Kreis der für die Wirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung des Arbeitsverhältnisses beachtlichen Vorbeschäftigungen iSv § 14 II 2 TzBfG kommt in Betracht, dass diese „ganz anders geartet“ gewesen sein könnte als die Tätigkeit einer sozialpädagogischen Fachkraft in der sozialen Arbeit in schulischer Verantwortung. Ob das der Fall ist, lässt sich für den Arbeitgeber in der Bewerbungssituation jedoch nicht hinreichend rechtssicher beantworten. Es besteht die naheliegende Möglichkeit, dass die Befristung wegen der Vorbeschäftigungen unwirksam wäre. Zwar verweist das BVerfG (6.6.2018 – 1 BvL 7/14, BVerfGE 149, 126 Rn. 63 = NZA 2018, 774) unter Hinweis auf das Urteil des 7. Senats des BAG vom 6.4.2011 (7 AZR 716/09, BAGE 137, 275 = NZA 2011, 905) darauf, dass bei studentischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Rahmen ihrer Berufsqualifizierung eine für die Wirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht beachtliche Vorbeschäftigung gegeben

sein könnte. Jedoch handelte es sich bei der vom BVerfG in Bezug genommenen Fallgestaltung um eine Tätigkeit, die mit Textkorrekturen sowie Kopierarbeiten inhaltlich derjenigen der ausgeschriebenen Stelle als Lehrerin nicht besonders ähnlich war. Sie ist mit der Tutorentätigkeit der Kl. an der Universität V nicht zu vergleichen. Die Vorbeschäftigungen der Kl. weisen einen engen fachlichen Bezug zu den vom beklagten Land ausgeschriebenen Stellen im Bereich der sozialen Arbeit in schulischer Verantwortung auf. Auch sonst ergeben sich aus der Rechtsprechung weder des BVerfG noch des BAG Grundsätze, aufgrund derer sich die Vorbeschäftigungen der Kl. hinreichend rechtssicher als für die Wirksamkeit einer sachgrundlosen Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht beachtlich einordnen ließen.

Entscheidung 4 – BAG Urt. v. 23.4.2024 – 5 AZR 212/23:

Zum Sachverhalt:

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

Der Kl. arbeitet seit Februar 2008 als vollzeitbeschäftigter Containermechaniker bei der Bekl. Gemäß § 2 des Arbeitsvertrags vom 1.2.2009 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 8.12.2014 – gültig ab 1.10.2014 – (MTV). Ferner existiert eine Gesamtbetriebsvereinbarung „Allgemeine Arbeitsordnung“ vom 22.1.2008 (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 zum jeweils festgelegten Arbeitsbeginn in Arbeitskleidung am Arbeitsplatz befinden. Zudem besteht eine Betriebsvereinbarung zur Regelung der betrieblichen Arbeitszeiten vom 31.3.2004 (BV). Unter Nr. 5 VII BV ist bestimmt, dass die tägliche Arbeitszeit mit Abschluss der jeweils zugeteilten Arbeit oder der entsprechenden Anweisung des Vorgesetzten endet.

Ein Arbeitstag des Kl. 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 Bekl. 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 Kl. ein und gibt weisungsgemäß die von der Bekl. bestimmte Uhrzeit des Schichtbeginns ein. Danach begibt er sich an seinen 30–40 m entfernten Arbeitsplatz und nimmt seine eigentliche Tätigkeit auf, die nach den Feststellungen des LAG 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 Kl. von der Bekl. 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 Bekl. im Betrieb zur Reinigung. Danach begibt er sich zum Zeiterfassungsterminal und gibt weisungsgemäß die von der Bekl. bestimmte Uhrzeit des Endes der Schicht ein. Dann verlässt er den Betrieb.

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

Der Kl. hat – soweit für die Revision unter Berücksichtigung bereits rechtskräftig abgewiesener Teilforderungen noch von Bedeutung – zuletzt sinngemäß beantragt,

1. die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. 418,68 EUR brutto nebst Zinsen zu zahlen,
2. die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. 133,14 EUR brutto nebst Zinsen zu zahlen,
3. die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. 252,97 EUR brutto nebst Zinsen zahlen,
4. die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. 226,34 EUR brutto nebst Zinsen zu zahlen,

5. die Bekl. zu verurteilen, an den Kl. 79,88 EUR brutto nebst Zinsen zu zahlen,

6.–11. die Bekl. zu verurteilen, in einzelnen, jeweils im Bereich zwischen 150 EUR und 260 EUR brutto nebst Zinsen bezifferte Summen, an den Kl. zu zahlen.

12. festzustellen, dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten des Kl. Arbeitszeiten sind und als solche dem Kl. durch die Bekl. zu vergüten sind,

13. festzustellen, dass die vom Kl. auf dem Betriebsgelände der Bekl. zurückgelegten Wege zwischen Umkleideraum und Arbeitsstätte und zurück Arbeitszeiten sind und von der Bekl. an den Kl. zu vergüten sind,

14. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Feststellungsantrag zu 12, festzustellen, dass die Zeit im Betrieb für den Kl., 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 Tarifizuschlag, derzeit von 25%,

15. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Feststellungsantrag zu 13, festzustellen, dass der durch den Kl. auf dem Betriebsgelände der Bekl. 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 Bekl. an den Kl. zu vergüten sind zuzüglich dem jeweils gültigen Tarifizuschlag, derzeit von 25%,

16. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Feststellungsantrag zu 14, festzustellen, dass der Kl. 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 Bekl. verpflichtet ist, die mithilfe des Zeiterfassungsterminals erfassten Zeiten als Arbeitszeit gemäß dem Arbeitsvertrag zu vergüten.

Die Bekl. hat gemeint, die vom Kl. 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 II BGB ableiten. Das Duschen sei weder angewiesen noch aus Gründen des Gesundheitsschutzes erforderlich.

Das ArbG Nürnberg (21.6.2022 – 9 Ca 5217/20, BeckRS 2022, 50780) 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 EUR brutto nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das LAG Nürnberg (6.6.2023 – 7 Sa 275/22, NZA-RR 2024, 10 = NZA 2024, 346 Ls.) das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Bekl. ausgehend von arbeitstäglich 21 Minuten vergütungspflichtiger Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten verurteilt, an den Kl. für denselben Zeitraum 2.387,70 EUR brutto nebst Zinsen zu zahlen. Zudem hat es festgestellt, „dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten sowie die Wege vom Umkleideraum zur Arbeitsstätte des Kl. und zurück Arbeitszeit sind und als solche dem Kl. durch die Bekl. zu bezahlen sind“. Die weitergehende Berufung des Kl. und die Berufung der Bekl. hat das LAG zurückgewiesen. Die vom LAG zugelassene Revision der Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision der Bekl. ist überwiegend begründet. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen kann der Klage, soweit der Kl. 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 arbeitstäglich 21 Minuten verlangt sowie die Feststellung begehrt, dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten durch die Bekl. zu vergütende Arbeitszeit sind, nicht stattgegeben werden. Dies führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 I ZPO) und Zurückverweisung der Sache an das LAG (§ 563 I 1 ZPO). Die Revision ist aber unbegründet, soweit sich die Bekl. gegen die Feststellung wendet, dass die Wegezeit vom Umkleideraum zur Arbeitsstätte des Kl. und zurück vergütungspflichtige Arbeitszeit ist.

I. Die Revision ist im eingelegten Umfang statthaft. Entgegen der Ansicht des Kl. hat das LAG 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 LAG hat vielmehr in Nr. VI. des Tenors des Berufungsurteils die Revision unbeschränkt zugelassen. Die Ausführungen unter V der Urteilsgründe enthalten – anders als der Kl. 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 24.1.2024 – 5 AZR 331/22, NZA-RR 2024, 163 Rn. 12 mwN).

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

1. Die Zulässigkeit der Berufung ist Prozessvoraussetzung für das gesamte weitere Verfahren nach der Berufungseinlegung und deshalb vom RevGer. von Amts wegen zu prüfen. Das gilt auch, wenn das BerGer. das Rechtsmittel für zulässig gehalten hat (BAG 28.6.2023 – 5 AZR 9/23, NZA 2023, 1388 Rn. 13; 13.10.2021 – 5 AZR 291/20, BeckRS 2021, 46645 Rn. 16). Eine Berufungsbegründung muss gem. § 520 III 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 28.6.2023 – 5 AZR 9/23, NZA 2023, 1388 Rn. 13).

2. Diesen Anforderungen genügt die Berufungsbegründung des Kl. auch, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage hinsichtlich der Vergütung der Wegezeit vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz und zurück richtet. Der Kl. hat insoweit geltend gemacht, entgegen der Auffassung des ArbG beginne die Arbeitszeit nicht erst mit der Anwesenheit am konkreten Arbeitsplatz, sondern mit dem Betreten des Firmengeländes, weil die Bekl. 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 ArbG war eine weitergehende Begründung nicht erforderlich.

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

1. Nach § 253 II 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 10.11.2021 – 10 AZR 256/20, BeckRS 2021, 51587; 24.9.2014 – 5 AZR 593/12, BAGE 149, 169 Rn. 18 Rn. 12 = NZA 2015, 35).

2. Diesen Grundsätzen genügt die Klage nicht, soweit der Kl. im Rahmen der Klageanträge zu 2 bis 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 EUR brutto auf 19,02 EUR brutto ab Oktober 2020 geltend macht (Klageerweiterung vom 14.4.2021, Klageantrag zu 5 nach der Darstellung im Tatbestand des Berufungsurteils auf Seite 6). Die Parteien haben im ersten Rechtszug unstreitig gestellt, dass der Kl. 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 Kl. für seine Berechnung in der Klageerweiterung vom 14.4.2021 97 Arbeitstage für die Zeit von Oktober 2020 bis Februar 2021 zugrunde legt. Wie sich die vom Kl. dort behaupteten 97 Arbeitstage auf diesen Zeitraum verteilen sollen, erschließt sich aus seinem Vortrag nicht.

IV. Die Revision ist im Weiteren begründet, soweit das LAG die Bekl. zur Zahlung von Vergütung für Umkleide- und Körperreinigungszeiten verurteilt hat. Das BerGer. hat zu Unrecht angenommen, dem Kl. 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 LAG, die ein Vorgehen nach § 287 II iVm I ZPO ermöglichen. Zudem erfolgte die Schätzung dieser Zeiten nicht frei von Rechtsfehlern. Das LAG hat zum Teil sachfremde Erwägungen und nicht bewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt. Nicht zu beanstanden ist demgegenüber die Schätzung des BerGer., soweit sie sich auf die Wegezeit vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz des Kl. und zurück bezieht. Insoweit ist die Revision der Bekl. unbegründet.

1. Das LAG ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass eine Vergütung für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten gem. § 611a II BGB dem Grunde nach in Betracht kommt.

a) Die innerbetrieblichen Umkleidezeiten sind vergütungspflichtige Arbeitszeit iSv § 611a II BGB.

aa) Zu der im Dienste eines anderen erbrachten Arbeitsleistung iSv § 611a I 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 (stRspr, vgl. nur BAG 13.10.2021 – 5 AZR 270/20, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 69 Rn. 14 = BeckRS 2021, 46644).

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 13.10.2021 – 5 AZR

270/20, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 69 Rn. 19 = BeckRS 2021, 46644; 15.7.2021 – 6 AZR 207/20, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 66 Rn. 31 = NZA 2021, 1720).

cc) Nach diesen Grundsätzen ist die erforderliche Zeit für das An- und Ablegen der von der Bekl. dem Kl. zur Verfügung gestellten Dienstkleidung vergütungspflichtige Arbeitszeit. Die Bekl. stellt den Containermechanikern Schutzkleidung zur Verfügung, die diese bei der Arbeit tragen und nach der Arbeit zur Reinigung wieder abgeben müssen. Dazu muss der Kl. 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 Kl. 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 Bekl. zu vergüten.

b) Die Wegezeit des Kl. vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz und zurück ist Teil der von der Bekl. geschuldeten vergütungspflichtigen Arbeitszeit (dazu BAG 6.9.2017 – 5 AZR 382/16, BAGE 160, 167 Rn. 13 = NZA 2018, 180; 26.10.2016 – 5 AZR 168/16, BAGE 157, 116 Rn. 12 = NZA 2017, 323). Die Notwendigkeit des An- und Ablegens der Arbeitskleidung und der damit verbundene Zeitaufwand des Kl. – auch zum Aufsuchen des Umkleideraums – beruhen auf der Anweisung der Bekl. zum Tragen der Dienstkleidung während der Arbeitszeit. Der Kl. hat nicht die Möglichkeit, die Arbeitskleidung am Arbeitsplatz an- und abzulegen, sondern muss dafür den räumlich getrennten Umkleideraum aufsuchen. Der Weg, den der Kl. vom Umkleideraum zu seinem Arbeitsplatz und zurück zurücklegt, ist daher ausschließlich fremdnützig.

c) Gemäß § 611a II BGB können auch Körperreinigungszeiten vergütungspflichtige Arbeitszeit sein.

aa) Ob es sich bei Körperreinigungszeiten um vergütungspflichtige Arbeitszeit nach § 611a II BGB handelt, ist höchstrichterlich bislang nicht entschieden. Zwar hatte der Senat bereits in dem der Entscheidung vom 11.10.2000 (5 AZR 122/99, BAGE 96, 54 = NZA 2001, 458) zugrunde liegenden Fall eines „Fahrers/Müllwerkers“ angenommen, dass neben dem Umkleiden das „Waschen“ nach Tätigkeitsende als fremdnützig und als „Arbeit“ anzusehen ist, mangels Vergütungserwartung nach § 612 I BGB hat er aber eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers verneint (vgl. BAG 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, BAGE 96, 45 (zu IV 4) = NZA 2001, 458). 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 I BGB „versprochenen Diensten“ gehöre (vgl. BAG 19.9.2012 – 5 AZR 678/11, BAGE 143, 107 Rn. 28 = NZA-RR 2013, 63).

bb) Die Vergütungspflicht von Körperreinigungszeiten bedarf einer differenzierten Beurteilung. Auszugehen ist von den von der Rechtsprechung zu Umkleidezeiten entwickelten allgemeinen Kriterien (vgl. dazu BAG 25.4.2018 – 5 AZR 245/17, NZA 2018, 1077 Rn. 22; 17.11.2015 – 1 ABR 76/13, BAGE 153, 225 Rn. 25 = NZA 2016, 247). Körperreinigungszeiten sind danach als Arbeitszeit anzusehen, wenn sie mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängen und deshalb ausschließlich der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dienen (vgl. BAG 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, BAGE 96, 54 (zu IV 3d) = NZA 2001, 458).

(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 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, BAGE 96, 45 (zu IV 3d) = NZA 2001, 458; LAG Nürnberg 6.6.2023 – 7 Sa 275/22, NZA-RR 2024, 10 (17) mAnm Fink; Franzen NZA 2016, 136 (139); MhdB ArbR/Koberski, 5. Aufl., Bd. 2, § 182 Rn. 19).

(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 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, BAGE 96, 45 (zu IV 3 d) = NZA 2001, 458). 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 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. LAG Nürnberg 6.6.2023 – 7 Sa 275/22, NZA-RR 2024, 10 (17) mAnm Fink; 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 I ArbStättV) und die den Anhang konkretisierenden Technischen Regeln für Arbeitsstätten (vgl. dazu BAG 18.7.2017 – 1 ABR 59/15, BAGE 159, 360 Rn. 25 = NZA 2017, 1615) 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.

(4) Aufgrund der Vielzahl der Tätigkeiten und Arbeitsbedingungen ist – soweit eine generelle, zB tarifvertragliche Regelung nicht existiert (dazu BAG 21.7.2021 – 5 AZR 572/20, NZA 2021, 1659 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.

2. Die Vergütungspflicht für Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten ist im vorliegenden Fall – wie das LAG zutreffend erkannt hat – nicht durch den MTV, die GBV oder die BV ausgeschlossen.

a) Die Einordnung der Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten als Teil der im Dienste eines anderen erbrachten Arbeitsleistung iSv § 611a II 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 21.7.2021 – 5 AZR 572/20, NZA 2021, 1659 Rn. 25; zu Fahrtzeiten von Servicetechnikern vgl. 18.3.2020 – 5 AZR 36/19, BAGE 170, 172 Rn. 18 = NZA 2020, 868; zu Reisezeiten bei Auslandsentsendung vgl. 17.10.2018 – 5 AZR 553/17, BAGE 164, 57 Rn. 18 = NZA 2019, 159).

b) Weder die bei der Bekl. geltende GBV noch die BV schließen eine Vergütungspflicht der vom Kl. behaupteten Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten aus.

aa) Nr. 5 III 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 I und II 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 Parteien der GBV allein arbeitszeitrechtliche Fragen geregelt haben und nicht die Vergütung der Arbeitszeit. Denn der Betriebsrat hat gem. § 87 I Nr. 2 und 3 BetrVG nur über die Lage und die vorübergehende Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit mitzubestimmen, nicht aber über deren Vergütung. Aus Nr. 6 III GBV ergibt sich kein anderes Verständnis. Diese Bestimmung regelt hinsichtlich der Wasch- und Umkleideräume nur, wann diese aufgesucht werden sollen. Etwaige Vergütungsfragen werden hiervon nicht erfasst. Auch aus der Lage der Zeiten, in denen die Wasch- und Umkleideräume gem. Nr. 6 III 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 11.12.2019 – 5 AZR 579/18, BAGE 169, 126 Rn. 12 mwN = NZA 2020, 664), andererseits zum Ende der Arbeitszeit, mithin zu gegebenenfalls 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 VII BV. 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 Arbeitszeit verkürzt würde, stünde zudem die Tarifsperre des § 77 III BetrVG entgegen.

aa) Nach § 77 III 1 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, 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 (stRspr, zB BAG 18.3.2020 – 5 AZR 36/19, BAGE 170, 172 Rn. 20 = NZA 2020, 868; 15.1.2019 – 1 AZR 64/18, BeckRS 2019, 4999 Rn. 13; zust. Hoffmann/Köllmann NZA 2020, 914; BAG 18.3.2020 – 5 AZR 36/19, NZA 2020, 868 = AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 62 mAnm Salamon). 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 12.3.2019 – 1 AZR 307/17, NZA 2019, 784 Rn. 32 mwN). Auf die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers kommt es nicht an (vgl. BAG 23.1.2018 – 1 AZR 65/17, BAGE 161, 305 Rn. 17 = NZA 2018, 871). Ein Verstoß gegen § 77 III BetrVG liegt nicht erst dann vor, wenn ein

Tarifvertrag insgesamt zum Inhalt einer Betriebsvereinbarung gemacht wird. Die Sperrwirkung des § 77 III 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 III GG gewährleisten. Dazu räumt sie den Tarifvertragsparteien den Vorrang bei der Regelung von Arbeitsbedingungen ein (vgl. BAG 23.1.2018 – 1 AZR 65/17, BAGE 161, 305 Rn. 17 = NZA 2018, 871). Ein Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 III BetrVG führt zur Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung in der Betriebsvereinbarung (BAG 18.3.2020 – 5 AZR 36/19, NZA 2020, 868 Rn. 20; 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, BAGE 162, 379 Rn. 29 = NZA 2018, 1150; zust. Hoffmann/Köllmann NZA 2020, 914 (916); BAG 18.3.2020 – 5 AZR 36/19, NZA 2020, 868 = AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 62 mAnm Salamon (unter V 2)).

bb) Die als Arbeitsleistung zu behandelnden etwaigen Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten des Kl. sind nach den Regelungen des einschlägigen Tarifvertrags vergütungspflichtig. Der MTV lässt ergänzende Regelungen durch Betriebsvereinbarungen nicht zu.

(1) Der MTV ist nach seinem Geltungsbereich auf die Bekl. anwendbar. Nach § 1 MTV gilt er räumlich für das „Land“ Bayern und fachlich u.a. für Betriebe, die das produzierende und/oder verarbeitende Gewerbe, den Handel sowie privat- und öffentlich-rechtliche Auftraggeber bei der Verwirklichung ihrer Zielsetzung insbesondere durch Dienstleistungen im Bereich Transport-, Spedition- und/oder (Kontrakt-)Logistik unterstützen. Die Bekl., 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 u.a.:

„§ 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, dh 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 iHv 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 Manteltarifvertrags:

a) der Lohntarifvertrag

...“

Für den noch streitgegenständlichen Zeitraum sind der Lohntarifvertrag Nr. 34 vom 20.11.2018 gültig ab 1.10.2018 und der Lohntarifvertrag Nr. 35 vom 27.11.2020 gültig ab 1.12.2020 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.

(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 entgeltspflichtigen Arbeitszeit zuzurechnen und mit der tariflichen Grundvergütung zu vergüten.

Ausgehend von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden gem. § 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 Bekl. – 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 Gesamtschau 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. Etwaige Regelungen in der GBV oder der BV wären daher wegen eines Verstoßes gegen § 77 III BetrVG nichtig.

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

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 13.10.2021 – 5 AZR 270/20, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 69 Rn. 22 = BeckRS 2021, 46644; 6.9.2017 – 5 AZR 382/16, BAGE 160, 167 Rn. 27f. mwN = NZA 2018, 180). 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 II 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 4.5.2022 – 5 AZR 359/21, BAGE 178, 25 Rn. 18 mwN = NZA 2022, 1267).

b) Steht fest, dass Umkleide- und Körperreinigungszeiten auf Veranlassung des Arbeitgebers entstanden sind, kann aber der Kl. seiner Darlegungs- und Beweislast für den zeitlichen Umfang, in dem diese erforderlich waren, nicht in jeder Hinsicht genügen, hat das Gericht die erforderlichen Umkleide- und Körperreinigungszeiten nach § 287 II iVm I 1 und 2 ZPO zu schätzen (vgl. zu Umkleide- und Wegezeiten BAG 6.9.2017 – 5 AZR 382/16, BAGE 160, 167 Rn. 28 mwN = NZA 2018, 180).

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 31.3.2021 – 5 AZR 148/20, BAGE 174, 329 Rn. 34 = NZA 2021, 1192). 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, u.a. in Bezug auf die Privatskleidung je nach Jahreszeit, zu berücksichtigen (vgl. BAG 13.10.2021 – 5 AZR 270/20, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 69 Rn. 22 mwN = BeckRS 2021, 46644). 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 II ZPO die Schätzung möglich und geboten ist (vgl. zu Umkleide- und Wegezeiten BAG 13.10.2021 – 5 AZR 270/20, AP BGB § 611 Arbeitszeit Nr. 69 Rn. 24 = BeckRS 2021, 46644).

bb) Eine vom Tatsachengericht gem. § 287 II 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 damit die Schätzung mangels konkreter Anhaltspunkte völlig „in der Luft hängt“, also willkürlich ist (BAG 24.6.2021 – 5 AZR 505/20, BAGE 175, 193 Rn. 53 = NZA 2021, 1398; BGH 12.7.2016 – KZR 25/14, BGHZ 211, 146 Rn. 49 = NZKart 2016, 436, jew. mwN).

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

aa) Die tatsächlichen Feststellungen des LAG zu der vom Kl. anzulegenden Arbeitskleidung sind bereits widersprüchlich. Während es auf Seite 4 des Berufungsurteils ausführt, der Kl. 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 Seite 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 Bekl. zur Vergütung gestellte Arbeitskleidung lediglich aus Sicherheitsschuhen, Latzhose, T-Shirt und langärmeliger Jacke besteht oder ob der Kl. – etwa im Winter – zusätzlich Hemd, Pullover und Winterjacke trägt. Für den Selbstversuch des Vorsitzenden und die Schätzung der Kammer hat es die

auf Seite 4 des Berufungsurteils genannten und von der Bekl. mitgebrachten Bekleidungsstücke einschließlich der Sicherheitsschuhe berücksichtigt.

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.

(1) Bei Beachtung des modifizierten subjektiven Maßstabs (oben Rn. 46) hat der Arbeitnehmer zur Erforderlichkeit der Umkleidezeit darzulegen, welche Kleidungsstücke er – gegebenenfalls 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 III ZPO), anderenfalls hat das 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 II iVm I 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 gegebenenfalls die Annahme einer – geschätzten – arbeitstäglichen Durchschnittszeit rechtfertigen.

(2) Dass die im Selbstversuch des Kammervorsitzenden ermittelte Zeit diesen Anforderungen entspricht, hat das BerGer. 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 LAG aber nicht festgestellt, dass der Kl. ähnliche Kleidungsstücke wie der Kammervorsitzende in der Berufungsverhandlung – insbesondere Jackett, Unterhemd und Oberhemd – bei Arbeitsbeginn und -ende ab- und anlegt.

(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 I 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 Bekl. zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, weshalb das Berufungsurteil auf diesem Mangel beruht (dazu BGH 12.7.1984 – IX ZR 127/83, BeckRS 1984, 30401003 (zu II 3a)).

(4) Das LAG hat im Rahmen der Schätzung der Umkleidezeiten schließlich sachfremde Erwägungen angestellt und unbewiesene Anknüpfungstatsachen zugrunde gelegt. So hat es pauschal und damit rechtsfehlerhaft auf ein „Überwiegen der kühlen Monate in Bayern“ abgestellt. Das BerGer. 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 LAG, dass der Kl. 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 BerGer. vorgenommene Schätzung der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

aa) Die Revision rügt zu Recht, dass das LAG zur Schätzung der Körperreinigungszeiten des Kl. die in der Alten- und Krankenpflege geltenden Zeitanteile 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 BerGer., dass die auf der von der Bekl. zur Verfügung gestellten Arbeitskleidung vorhandenen Farbspritzer auch die Körperreinigungszeit des Kl. beeinflussen. Diese Erwägung beruht auf nicht bewiesenen Anknüpfungstatsachen. Ebenso wenig ist schlüssig begründet, warum das LAG von der Notwendigkeit der Reinigung der Fingernägel ausgegangen ist, obwohl es festgestellt hat, dass dem Kl. bei Schleif- und Lackierarbeiten von der Bekl. Handschuhe zur Verfügung gestellt werden. Weiterhin sind die vom LAG zur Kompensation geringerer Waschzeiten herangezogenen „Wartezeiten“ des Kl. wegen „Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie“ nicht hinreichend konkret festgestellt worden. Schließlich hat das LAG zur Begründung seiner Schätzung ohne bestehende Anknüpfungstatsachen auf die Regelung von Waschzeiten in dem der Senatsentscheidung vom 21.7.2021 (5 AZR 110/21, BeckRS 2021, 30979) zugrunde liegenden Manteltarifvertrag zwischen der Volkswagen AG und der IG Metall Bezirksleitung Niedersachsen und Sachsen-Anhalt vom 15.12.2008 idF vom 5.3.2018 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 Tarifaufonomie vereinbarten Zeiten auf andere Arbeitsverhältnisse übertragen werden können. All dies hat die Bekl. zu Recht gerügt.

bb) Das LAG hat des Weiteren keine konkreten Feststellungen zur Intensität der Verschmutzung des Kl. 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.

(1) Die Revision rügt zu Recht, dass das BerGer. nicht ausreichend und widerspruchsfrei festgestellt hat, dass und an welchen Tagen der Kl. auf Veranlassung der Bekl. 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.

(2) Hiervon ausgehend entbehrt die Annahme des LAG, der Kl. erledige an der überwiegenden Zahl seiner Arbeitstage auf Weisung der Bekl. 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 LAG in Bezug genommenen Fotos eines Kollegen des Kl. Die Revision rügt zu Recht, das LAG habe nicht festgestellt, bei welchen Tätigkeiten die dort gezeigten Verschmutzungen aufgetreten seien und in welchem Umfang der Kl. solche Tätigkeiten ausgeführt habe. Ohne diese Feststellungen kann weder der Umfang noch die Dauer der erforderlichen Körperreinigungszeiten geschätzt werden.

cc) Soweit die Bekl. darüber hinaus die Verletzung des Verfahrens durch das LAG rügt, liegen keine begründeten Verfahrensrügen vor. Der Senat hat die Rügen geprüft und sieht gem. § 564 S. 1 ZPO von einer weiteren Begründung ab.

4. Das LAG hat die Wegezeit vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz des Kl. und zurück ohne Rechtsfehler geschätzt. Insoweit ist die Revision unbegründet. Die Voraussetzungen einer Schätzung für die Wegezeit lagen vor, nachdem die Parteien vor dem LAG unstreitig gestellt hatten, dass der Weg vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz des Kl. etwa 40m beträgt. Der Kl. benötigt für den Weg vom

Umkleideraum zu seiner Arbeitsstätte und zurück nach der Schätzung des LAG insgesamt eine Minute. Insoweit greift die Revision das Berufungsurteil auch nicht an.

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

1. Die Feststellungsanträge des Kl. sind zunächst auszulegen.

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 Ast. 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 13.10.2021 – 5 AZR 55/20, NZA 2022, 1055 Rn. 15; 25.4.2018 – 5 AZR 245/17, NZA 2018, 1077 Rn. 17).

b) Unter Beachtung dieser Grundsätze begehrt der Kl. 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 LAG umfasst die Reinigung des Kl. das Waschen und/oder das Duschen. Das BerGer. hat den Begriff der „Duschzeiten“ in den Entscheidungsgründen synonym für alle Körperreinigungszeiten des Kl. im Betrieb der Bekl. verwendet. Zudem ergibt die Auslegung, dass lediglich die unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Kl. erforderlichen Zeiten von den Feststellungsanträgen zu 12 und zu 13 erfasst sein sollen. Der Kl. möchte festgestellt wissen, dass die Umkleide-, Körperreinigungs- und Wegezeiten – soweit vom LAG anerkannt – vergütungspflichtige Arbeitszeit sind, um einen zukünftigen Rechtsstreit zu diesen Fragen zu vermeiden.

2. Auch in dieser von der Interessenlage des Kl. 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 gem. § 253 II Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt sein. Die Klagepartei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt (näher BAG 25.1.2024 – 6 AZR 363/22, BeckRS 2024, 7780 Rn. 65 mwN). Bei ungenügender Bestimmtheit eines Feststellungsantrags ist er als unzulässig abzuweisen.

b) Nach § 256 I 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 1.10.2020 – 2 AZR 214/20, NZA 2020, 1637 Rn. 12; 20.2.2018 – 1 AZR 361/16, NZA 2018, 607 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 gegebenenfalls erforderliche Leistungsklagen entbehrlich zu machen (vgl. BAG 20.2.2018 – 1 AZR 361/16, NZA 2018, 607 Rn. 9).

c) Ein Feststellungsinteresse ist jedoch ausnahmsweise entbehrlich, wenn es sich bei dem Antrag um eine zulässige Zwischenfeststellungsklage iSd § 256 II 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, verselbstständigt 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 Vorgeiflichkeit 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 15.7.2021 – 6 AZR 207/20, NZA 2021, 1720 Rn. 53 mwN; vgl. auch 25.4.2018 – 5 AZR 245/17, NZA 2018, 1077 Rn. 19). Die Vorgeiflichkeit muss im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (noch) vorliegen (vgl. BAG 25.1.2024 – 6 AZR 390/20, NZA 2024, 568 Rn. 13; 15.7.2020 – 10 AZR 507/18, NZA 2020, 1650 Rn. 46). Die Hauptklage muss mit anderen Worten noch rechtshängig und über sie muss in der Sache zu entscheiden sein (BAG 7.2.2019 – 6 AZR 84/18, NZA 2019, 726 Rn. 18).

d) Nach diesen Grundsätzen ist der Klageantrag zu 12 weder als Feststellungsantrag noch als Zwischenfeststellungsantrag zulässig.

aa) Der Feststellungsantrag zu 12 ist bereits zu unbestimmt, weil mit der Formulierung „dass die anfallenden Umkleide- und Duschzeiten des Kl. Arbeitszeiten sind“ keine Klarheit darüber erzielt wird, in welchem Umfang die Bekl. zur Vergütung von Umkleide- und Körperreinigungszeiten des Kl. verpflichtet ist. Die eigentliche Streitfrage kann so nicht mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden.

bb) Darüber hinaus fehlt es auch am erforderlichen Feststellungsinteresse. Zwar steht nach der Prüfung des Zahlungsantrags fest, dass der Kl. gegen die Bekl. dem Grunde nach einen Anspruch auf Vergütung der Umkleidezeiten hat und dass der Vergütungsanspruch für die Umkleide- und etwaig anfallenden fremdnützigen Körperreinigungszeiten gem. § 611a II 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 II ZPO entbehrlich. Auf der Grundlage der Feststellungen des LAG 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.

3. Der Klageantrag zu 13 ist demgegenüber als Zwischenfeststellungsantrag nach § 256 II ZPO zulässig, soweit er für die Revision noch von Belang die Feststellung umfasst, dass die vom Kl. 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 bestimmt. Der Antrag ist insoweit auch begründet. Die Bekl. ist – wie ausgeführt (Rn. 61) – gem. § 611a II BGB verpflichtet, dem Kl. 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 Kl. diesen Hilfsantrag erstmals in der Berufungsinstanz angebracht hat, denn insoweit liegt eine nach §§ 533 Nr. 2, 525 S. 1, 260, 263 ZPO sachdienliche Klageänderung vor. Der Antrag ist aber aus den bereits zu dem Antrag zu 12 dargestellten Gründen (vgl. Rn. 66ff.) weder als Feststellungsantrag nach § 256 I ZPO noch als Zwischenfeststellungsantrag nach § 256 II ZPO zulässig.

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).

VIII. Die Entscheidung des LAG 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 III ZPO), weil hierfür erforderliche Feststellungen fehlen. Sie ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I ZPO).

1. Im Rahmen der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das LAG – 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 der Vorgaben aus dem Revisionsurteil festzustellen und dabei gegebenenfalls die angebotenen Beweise zu erheben haben.

2. Bei der Prüfung der Zahlungsanträge wird das LAG zu beachten haben, dass das Berufungsurteil rechtskräftig ist, soweit das LAG die Bekl. 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 (s. 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 Kl. im fortgesetzten Berufungsverfahren die Möglichkeit zu eröffnen, seinen Sachantrag den Zulässigkeitsbedenken des erkennenden Gerichts anzupassen (dazu BAG 29.3.2023 – 5 AZR 55/19, NZA 2023, 1265 Rn. 29).

3. Hinsichtlich der Zinsen wird das LAG zu beachten haben, dass diese aus §§ 291, 288 I 2 BGB folgen. Prozesszinsen stehen dem Kl. allerdings nach § 187 I BGB erst ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag zu (BAG 16.12.2021 – 8 AZR 498/20, BAGE 177, 45 Rn. 69 = NZA 2022, 713; 17.10.2018 – 5 AZR 538/17, NZA 2019, 796 Rn. 40). Dies wäre auch hinsichtlich der unter Nr. II. 9, II. 10 und II. 11 des Tenors des Berufungsurteils zugesprochenen Zinsen zu beachten. Die diesbezüglichen Klageerweiterungen wurden der Bekl. erst am 28.1.2022 (Vergütung für November bis Dezember 2021), am 1.4.2022 (Vergütung für Januar bis Februar 2022) und am 27.5.2022 (Vergütung für März bis April 2022) zugestellt, so dass Zinsen jeweils erst ab dem 29.1.2022, ab dem 2.4.2022 und ab dem 28.5.2022 zuzusprechen wären.

Entscheidung 5 – BAG Urt. v. 16.4.2024 – 9 AZR 165/23:

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über Urlaubsabgeltung aus den Jahren 2015–2020.

Die Kl. war bei der Bekl. vom 1.2.2009 bis zum 25.11.2020 als Therapeutin mit einer monatlichen Bruttovergütung in Höhe von zuletzt 3.700 EUR angestellt. Seit dem Jahr 2010 belief sich ihre wöchentliche Arbeitszeit auf 36 Stunden bei einer Verteilung auf fünf Wochentage. Ihr arbeitsvertraglicher Jahresurlaub betrug 29 Arbeitstage.

Ab dem 24.8.2015 befand sich die seinerzeit mit ihrem ersten Kind schwangere Kl. im Mutterschutz. Zu diesem Zeitpunkt stand ihr noch ein Arbeitstag Urlaub aus dem laufenden Jahr zu. Im unmittelbaren Anschluss an die Mutterschutzfrist nahm sie Elternzeit in Anspruch. Daran schlossen sich nahtlos die Mutterschutzfristen anlässlich der Geburt eines weiteren Kindes an, nach deren Ablauf die Kl. Elternzeit bis zum 25.11.2020 nahm. Mit Schreiben vom 8.7.2020 kündigte sie das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis zum Ablauf der Elternzeit am 25.11.2020. Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses hatte die Bekl. nicht erklärt, den auf die Elternzeit bezogenen Urlaub zu kürzen. Mit Schreiben vom 15.3.2021 forderte die Kl. die Bekl. unter Fristsetzung bis zum 31.3.2021 vergeblich auf, den Resturlaub aus den Jahren 2015–2020 abzugelten.

Mit ihrer Klage hat die Kl. die Abgeltung von insgesamt 146 Arbeitstagen Urlaub aus den Jahren 2015–2020 (ein Tag aus dem Jahr 2015 und je 29 Tage aus den Jahren 2016–2020) in Höhe von insgesamt 24.932,42 EUR brutto geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, die Urlaubsansprüche seien während der Mutterschutzfristen und der Elternzeit in voller Höhe entstanden. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses könne die Bekl. den Urlaub nicht mehr kürzen. Da ihre Urlaubsansprüche weder verfallen noch verjährt seien, habe die Bekl. sie mit der gewöhnlichen Vergütung abzugelten.

Die Kl. hat zuletzt beantragt, die Bekl. zu verurteilen, an sie 24.932,42 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.4.2021 zu zahlen.

Die Bekl. hat ihren Klageabweisungsantrag darauf gestützt, dass der jeweilige Jahresurlaub nach § 17 I BEEG auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel gekürzt werden könne. Doch selbst wenn der Kl. dem Grunde nach noch Urlaubsansprüche zustünden, errechne sich der Urlaubsabgeltungsanspruch auf 0 EUR, weil die Kl. im Referenzzeitraum des § 11 I 1 BUrlG keinen Verdienst erzielt habe und ihr elternzeitbedingter Arbeitsausfall nicht iSv § 11 I 3 BUrlG unverschuldet sei. Jedenfalls seien etwaige Urlaubsansprüche aus den Jahren 2015–2017 verjährt.

Das ArbG Freiburg (10.2.2022 – 9 Ca 158/21, BeckRS 2022, 48583) hat der Klage stattgegeben. Das LAG Baden-Württemberg (20.9.2022 – 11 Sa 12/22, BeckRS 2022, 48582) hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Die vom Senat zugelassene Revision der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision der Bekl. ist unbegründet. Das LAG hat die Berufung der Bekl. gegen das der Klage stattgebende Urteil des ArbG zu Recht zurückgewiesen. Die Kl. hat gegen die Bekl. gem. § 7 IV BUrlG, § 17 III BEEG Anspruch auf Abgeltung von 146 Arbeitstagen Urlaub mit einem Bruttobetrag iHv 24.932,42 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.4.2021.

I. Gemäß § 7 IV BUrlG ist der Urlaub abzugelten, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Dies gilt nach § 17 III BEEG auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis – wie vorliegend – im Anschluss an die Elternzeit nicht fortgesetzt wird. Ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch offene Urlaubsansprüche bestehen, die nicht mehr erfüllt werden können, weil das Arbeitsverhältnis beendet ist (BAG 28.3.2023 – 9 AZR 488/21, NZA 2023, 826 Rn. 17).

II. Zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 25.11.2020 standen der Kl. noch Urlaubsansprüche aus den Jahren 2015–2020 im Umfang von 146 Arbeitstagen zu.

1. Zu Beginn der Mutterschutzfristen hatte die Kl. Resturlaub aus dem Jahr 2015 in Höhe von einem Arbeitstag. In den Jahren 2016–2020 erwarb sie jeweils zu Beginn des Jahres einen Urlaubsanspruch im Umfang von 29 Arbeitstagen. Weder der zweimalige Mutterschutz noch die beiden Elternzeiten, die die Kl. in diesen Jahren in Anspruch nahm, hinderten das Entstehen von Urlaubsansprüchen im Umfang von insgesamt 145 Arbeitstagen. Für die Mutterschutzfristen folgt dies unmittelbar aus § 24 S. 1 MuSchG, dem zufolge die Ausfallzeiten wegen eines Beschäftigungsverbots für die Berechnung des Anspruchs auf bezahlten Erholungsurlaub als Beschäftigungszeiten gelten. Die Regelung in § 17 I 1 BEEG berücksichtigt über die Vorgaben der RL 2003/88/EG hinaus und abweichend von § 3 BUrlG die Zeiten der Inanspruchnahme von Elternzeit zunächst bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs uneingeschränkt, räumt dem Arbeitgeber jedoch das Recht ein, den Urlaubsumfang für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit im Wege der Kürzung an die ausgesetzte Arbeitspflicht des Arbeitnehmers anzupassen (vgl. BAG 19.3.2019 – 9 AZR 362/18, NZA 2019, 1141 Rn. 20).

2. Die Urlaubsansprüche aus den Jahren 2015–2020, deren Abgeltung die Kl. begehrt, sind vor dem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis der Parteien endete, nicht gem. § 7 III BUrlG verfallen. Das Fristenregime des § 7 III BUrlG findet während der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote und der Elternzeit keine Anwendung.

a) § 24 S. 2 MuSchG, dem zufolge die Arbeitnehmerin den vor Beginn der Beschäftigungsverbote nicht oder nicht vollständig erhaltenen Erholungsurlaub auch noch nach Ablauf der Verbote im laufenden Jahr oder im Folgejahr nehmen kann, steht einem Verfall von Urlaub während der Mutterschutzfristen entgegen. Die Vorschrift regelt das für das Fristenregime des § 7 III BUrlG maßgebliche Urlaubsjahr (BAG 9.8.2016 – 9 AZR 575/15, BAGE 156, 65 Rn. 14 = NZA 2016, 1392).

b) Während der Elternzeit gehen die gesetzlichen Sonderregelungen in § 17 I 1 und II BEEG den allgemeinen Befristungsregelungen in § 7 III BUrlG vor (BAG 5.7.2022 – 9 AZR 341/21, NZA 2022, 1469 Rn. 32; 19.3.2019 – 9 AZR 495/17, BAGE 166, 189 Rn. 12 = NZA 2019, 1136). Der Urlaub muss weder nach § 7 III 1 BUrlG im laufenden Kalenderjahr noch nach § 7 III 2 und 3 BUrlG in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahrs gewährt und genommen werden.

aa) Nach § 17 I BEEG kann der Arbeitgeber Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Die Bestimmung entkoppelt den grundsätzlich der Kürzung unterliegenden Urlaubsanspruch vom Urlaubsjahr und nimmt ihn somit von einem Verfall nach § 7 III BUrlG während der Elternzeit aus (BAG 5.7.2022 – 9 AZR 341/21, NZA 2022, 1469 Rn. 33; 19.3.2019 – 9 AZR 495/17, BAGE 166, 189 Rn. 14 ff. = NZA 2019, 1136).

bb) § 17 II BEEG trifft bezüglich der Erfüllung und des Verfalls des Urlaubs eine eigenständige, von § 7 III BUrlG abweichende Regelung des Urlaubsjahres. Hat der Arbeitnehmer den ihm zustehenden Urlaub vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhalten, hat der Arbeitgeber den Resturlaub gem. § 17 II BEEG nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren. Diese Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Erholungsurlaub im laufenden Kalenderjahr

gewährt und genommen werden muss (BAG 5.7.2022 – 9 AZR 341/21, NZA 2022, 1469 Rn. 34 mwN), gilt auch bei einer Mehrzahl von aufeinander folgenden Mutterschutzfristen und Elternzeiten (vgl. BAG 5.7.2022 – 9 AZR 341/21, NZA 2022, 1469 Rn. 34 mwN).

c) Die Urlaubsansprüche der Kl. bestanden danach wegen der nahtlos aneinander anschließenden Mutterschutzfristen und Elternzeiten nach dem Ende der zweiten Elternzeit fort. An die Mutterschutzfrist nach der Entbindung ihres ersten Kindes schloss sich nach den Feststellungen des LAG eine Elternzeit an und sodann eine erneute Mutterschutzfrist anlässlich der bevorstehenden Entbindung ihres zweiten Kindes. Die auf die Mutterschutzfrist nach der Entbindung folgende Elternzeit dauerte bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 25.11.2020.

3. Die Urlaubsansprüche der Kl. aus den Jahren 2015–2020 sind nicht aufgrund einer Kürzungserklärung der Bekl. gem. § 17 I BEEG teilweise untergegangen. Das LAG hat zutreffend erkannt, dass der Bekl. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr das Recht zustand, die auf die Elternzeit entfallenden Urlaubsansprüche zu kürzen.

a) Nach § 17 I 1 BEEG kann der Arbeitgeber den Erholungsurlaub, der dem Arbeitnehmer für das Urlaubsjahr zusteht, für jeden vollen Kalendermonat der Elternzeit um ein Zwölftel kürzen. Dazu ist eine hierauf gerichtete rechtsgeschäftliche Erklärung erforderlich, die dem Arbeitnehmer zugehen muss. Die Kürzungserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden (BAG 5.7.2022 – 9 AZR 341/21, NZA 2022, 1469 Rn. 39).

aa) Die in der Vorschrift vorgesehene Kürzungsmöglichkeit verstößt weder gegen Art. 7 I RL 2003/88/EG noch gegen § 5 Nr. 2 der überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub vom 18.6.2009 im Anhang der RL 2010/18/EU (ausf. BAG 19.3.2019 – 9 AZR 362/18, NZA 2019, 1141 Rn. 19ff. mwN).

bb) Möchte der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Erholungsurlaub nach § 17 I 1 BEEG kürzen, muss er die entsprechende Erklärung im bestehenden Arbeitsverhältnis abgeben. Das Kürzungsrecht setzt somit voraus, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub bei Zugang der Kürzungserklärung noch besteht. Es kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsabgeltung hat (mit ausf. Begründung BAG 19.5.2015 – 9 AZR 725/13, BAGE 151, 360 Rn. 10, 13ff. = NZA 2015, 989).

(1) Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bildet eine Zäsur, die nicht nur die gegenseitigen Hauptleistungspflichten, sondern auch den Anspruch auf den bezahlten Jahresurlaub betrifft. Trotz des gemeinsamen Ursprungs besteht zwischen Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruch keine Zweckidentität, die es erforderte, den Urlaubsanspruch, der eine bezahlte Freistellung zum Inhalt hat, und den Abgeltungsanspruch, der einen reinen Geldanspruch darstellt, gleich zu behandeln. Der Arbeitnehmer kann nicht mehr zu Erholungszwecken unter Fortzahlung seines Arbeitsentgelts von der Arbeitspflicht freigestellt werden (BAG 31.1.2023 – 9 AZR 456/20, NZA 2023, 757 Rn. 41). An die Stelle des Urlaubsanspruchs tritt der Urlaubsabgeltungsanspruch, bei dem es sich um einen Geldanspruch handelt. Das Gesetz unterstellt allein den „Erholungsurlaub“ der Kürzungsbefugnis des Arbeitgebers, nicht dagegen den auf Geldzahlung gerichteten Abgeltungsanspruch (BAG 5.7.2022 – 9 AZR 341/21, NZA 2022, 1469 Rn. 38; 19.3.2019 – 9 AZR 362/18, NZA 2019, 1141 Rn. 32).

(2) Diesem Verständnis steht nicht der Einwand der Bekl. entgegen, der Arbeitgeber müsse den Urlaub auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kürzen dürfen, weil der Gesetzgeber bei Schaffung des § 17 I 1 BEEG die – vom Senat mittlerweile vollständig aufgegebene – Surrogatstheorie vor Augen gehabt habe, die dies noch zugelassen habe.

(a) Nach der Surrogatstheorie ist der Urlaubsabgeltungsanspruch Erfüllungssurrogat des Urlaubsanspruchs. Bei Annahme einer Zweckidentität zwischen Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen (vgl. BAG 19.6.2012 – 9 AZR 652/10, BAGE 142, 64 Rn. 16 = NZA 2012, 1087) konnte der Urlaub auch nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch gekürzt werden (vgl. BAG 19.5.2015 – 9 AZR 725/13, BAGE 151, 360 Rn. 17 = NZA 2015, 989).

(b) Der Senat hat die Surrogatstheorie vollständig aufgegeben. An ihr konnte bereits deshalb nicht festgehalten werden, weil sie nicht im Einklang mit dem Unionsrecht steht. Nach Art. 7 II RL 2003/88/EG, der dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für die nicht genommenen Urlaubstage einräumt, ist alleinige Voraussetzung für das Entstehen des Abgeltungsanspruchs, dass das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Arbeitnehmer nicht den gesamten bezahlten Jahresurlaub genommen hat, auf den er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch hatte (EuGH 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 Rn. 42–48 = NZA 2018, 1467 – Bauer und Willmeroth). Von weiteren Voraussetzungen (zB die Arbeitsfähigkeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses) darf der Urlaubsabgeltungsanspruch nicht abhängig gemacht werden. Damit ist der Surrogatstheorie die rechtliche Grundlage entzogen und der Urlaubsabgeltungsanspruch – dem Verständnis des Art. 7 II RL 2003/88/EG entsprechend – als reiner Geldanspruch anzusehen (vgl. ausf. BAG 19.6.2012 – 9 AZR 652/10, BAGE 142, 64 Rn. 14 ff. = NZA 2012, 1087).

(c) Der Surrogatscharakter des Abgeltungsanspruchs ist im Gesetzeswortlaut auch nicht ausdrücklich angelegt. Die Bestimmung in § 7 IV BUrlG verlangt für den Anspruch auf Urlaubsabgeltung keine Geltendmachung, sondern setzt allein die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraus. Sie trifft keine Regelung über den Verfall. § 7 III BUrlG hingegen normiert seinem Wortlaut und Sinn nach allein die zeitliche Bindung und Übertragung des Urlaubs als bezahlte Freistellung (vgl. BAG 19.6.2012 – 9 AZR 652/10, BAGE 142, 64 Rn. 21 = NZA 2012, 1087).

b) Nach diesen Grundsätzen hat die Bkl. den der Kl. zustehenden Urlaub, der auf die Zeiträume ihrer Elternzeiten entfällt, nicht wirksam gekürzt. Im bestehenden Arbeitsverhältnis hat sie keine Kürzungserklärung abgegeben. Im anhängigen Rechtsstreit konnte sie sich auf ihr Kürzungsrecht nicht mehr berufen.

4. Zutreffend hat das LAG zudem erkannt, dass die Bkl. nicht nach § 214 I BGB berechtigt war, die Abgeltung des Urlaubs aus den Jahren 2015–2017 wegen Eintritts der Verjährung zu verweigern. Die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB war bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien noch nicht abgelaufen.

a) Gemäß § 194 I BGB unterliegt das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, der Verjährung. Dies gilt grundsätzlich auch für den Anspruch des Arbeitnehmers auf den gesetzlichen Mindesturlaub (BAG 20.12.2022 – 9 AZR 266/20, BAGE 179, 372 Rn. 38 = NZA 2023, 683).

aa) Soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist, die nach § 195 BGB drei Jahre beträgt, mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 I Nr. 1 BGB) und der Gläubiger von den Umständen, die den Anspruch begründen, sowie von der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 I Nr. 2 BGB).

bb) Nach allgemeinen Grundsätzen ist ein Anspruch iSv § 199 I Nr. 1 BGB entstanden, wenn er erstmals geltend gemacht und notfalls klageweise durchgesetzt werden kann. Regelmäßig entsteht ein Anspruch im verjährungsrechtlichen Sinne, wenn er fällig ist, weil der Gläubiger von diesem Zeitpunkt an nach § 271 II BGB mit Erfolg die Leistung fordern und den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung verhindern kann (BAG 20.12.2022 – 9 AZR 266/20, BAGE 179, 372 Rn. 40 = NZA 2023,

683; 29.9.2020 – 9 AZR 266/20 (A), BAGE 172, 337 Rn. 30 = NZA 2021, 413). Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub entsteht nach Ablauf der Wartezeit (§ 4 BUrlG) zu Beginn eines jeden Urlaubsjahres (vgl. BAG 21.2.2012 – 9 AZR 486/10, NZA 2012, 750 Rn. 14). Zu diesem Zeitpunkt kann der Arbeitnehmer von dem Arbeitgeber grundsätzlich verlangen, ihm Urlaub zu gewähren, dh ihn unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freizustellen (vgl. BAG 20.12.2022 – 9 AZR 266/20, BAGE 179, 372 Rn. 40 = NZA 2023, 683; 25.8.2020 – 9 AZR 612/19, BAGE 172, 66 Rn. 22 = NZA 2020, 1633).

cc) Für während der Beschäftigungsverbote vor und nach der Geburt sowie der Elternzeit entstandene Urlaubsansprüche gelten Besonderheiten.

(1) Der Urlaubsanspruch wird nicht vor Ablauf der Mutterschutzfristen bzw. Beendigung der Elternzeit fällig. Die Inanspruchnahme von Urlaub setzt das Bestehen einer Arbeitspflicht voraus, von der der Arbeitnehmer zum Zwecke der Erholung und Entspannung freigestellt werden kann (vgl. BAG 18.3.2014 – 9 AZR 669/12, AP BUrlG § 7 Nr. 72 Rn. 16 = BeckRS 2014, 70342). Während des Beschäftigungsverbots bzw. der suspendierten Arbeitspflicht kann daher Verjährung nicht eintreten.

(2) Zudem kann Urlaub vor Ablauf des Urlaubsjahres weder verfallen noch verjähren. § 24 S. 2 MuSchG und § 17 II BEEG bestimmen abweichend von § 7 III 1 BUrlG, dass der Urlaub nicht im „laufenden“ Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss, sondern verschieben das für das Fristenregime des § 7 III BUrlG maßgebliche Urlaubsjahr auf die Zeit nach Ablauf der Mutterschutzfristen bzw. Elternzeit (vgl. BAG 15.12.2015 – 9 AZR 52/15, BAGE 154, 1 Rn. 21 = NZA 2016, 433).

(3) Schließlich beginnt die Verjährungsfrist nach der unionsrechtskonformen Auslegung des § 199 I Nr. 1 BGB erst mit Ende des Jahres, in dem der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten im Zusammenhang mit der Gewährung und Inanspruchnahme des gesetzlichen Mindesturlaubs erfüllt hat (vgl. BAG 20.12.2022 – 9 AZR 266/20, BAGE 179, 372 Rn. 31 = NZA 2023, 683; zu den Mitwirkungs- obliegenheiten grdl. BAG 19.2.2019 – 9 AZR 423/16, BAGE 165, 376 Rn. 39 ff. = NZA 2019, 977). Dasselbe gilt für den arbeitsvertraglichen Mehrurlaub, wenn die Parteien – wie im Streitfall – nichts Abweichendes vereinbart haben (mit ausf. Begründung BAG 20.12.2022 – 9 AZR 266/20, BAGE 179, 372 Rn. 31 = NZA 2023, 683).

b) Danach standen der Kl. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien am 25.11.2020 die nicht erfüllten streitgegenständlichen Urlaubsansprüche noch zu. Seit dem 24.8.2015 bestand in Folge der Beschäftigungsverbote und Elternzeit keine Arbeitspflicht. Da sie in dieser Zeit weder Gewährung ihres Urlaubs verlangen noch klageweise durchsetzen konnte, sind ihre Urlaubsansprüche nicht vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 25.11.2020 verjährt.

III. Die Bekl. ist gem. § 7 IV BUrlG, § 17 III BEEG verpflichtet, den bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehenden Anspruch der Kl. auf Urlaub für 146 Arbeitstage mit einem Betrag iHv 24.932,42 EUR brutto abzugelten. Entgegen der Auffassung der Revision reduziert sich der Abgeltungsanspruch vorliegend nicht dadurch auf null, dass sich die Kl. in den letzten 13 Wochen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Elternzeit befunden und deshalb kein Entgelt von der Bekl. erhalten hat. Dies hat das LAG zutreffend erkannt.

1. Der Anspruch auf Abgeltung des nicht in Anspruch genommenen gesetzlichen Mindesturlaubs ist gem. § 7 IV BUrlG, § 17 III BEEG nach Maßgabe von § 1 iVm § 11 BUrlG zu berechnen. Die Grundsätze gelten auch für die Abgeltung des übergesetzlichen Urlaubs, wenn die Parteien insoweit keine von den Bestimmungen des Bundesurlaubsgesetzes abweichenden Vereinbarungen getroffen haben (vgl. BAG 22.10.2019 – 9 AZR 98/19, NZA 2020, 307 Rn. 29). Die Höhe des Urlaubsabgeltungsanspruchs

errechnet sich – ebenso wie die Höhe des Urlaubsentgelts – aus einer Multiplikation von Zeit- und Geldfaktor.

a) Der Zeitfaktor ergibt sich im bestehenden Arbeitsverhältnis aus dem durch den Urlaub ausfallenden Teil der Arbeitszeit. Er gehört zu dem unabdingbaren Teil der Bezahlung iSd § 1 BUrlG (BAG 20.11.2018 – 9 AZR 349/18, NZA 2019, 722 Rn. 31). Wie die in Folge Urlaubs ausfallende Arbeitszeit zu vergütet ist (sog. Geldfaktor), bestimmt sich nach dem in § 11 I BUrlG geregelten Referenzprinzip.

b) Der Geldfaktor, dh die Höhe der Vergütung, die je Zeiteinheit zu zahlen ist, bemisst sich gem. § 11 I 1 BUrlG nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, den der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, sofern nicht eine andere Berechnung aufgrund gesetzlicher Bestimmungen sowie nach § 13 BUrlG zulässiger kollektivrechtlicher oder vertraglicher Vereinbarungen zu erfolgen hat (stRspr, BAG 27.7.2021 – 9 AZR 376/20, NZA 2022, 916 Rn. 30; 21.9.2010 – 9 AZR 510/09, BAGE 135, 301 Rn. 16 mwN = NZA 2011, 805). Für die Ermittlung der Höhe des nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses begründeten Urlaubsabgeltungsanspruchs ist ebenfalls auf den durchschnittlichen Arbeitsverdienst in den letzten 13 Wochen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzustellen (BAG 22.10.2019 – 9 AZR 98/19, NZA 2020, 307 Rn. 29).

c) Hat der Arbeitnehmer im Referenzzeitraum seine Arbeit unverschuldet versäumt, ist sein gewöhnlicher Arbeitsverdienst für die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete regelmäßige Arbeitszeit zugrunde zu legen (vgl. BAG 27.10.2020 – 9 AZR 630/19, NZA 2021, 586 Rn. 22). Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum in Folge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, führen nach § 11 I 3 BUrlG zu keiner Minderung des Abgeltungsanspruchs. Zu den Zeiten unverschuldeter Arbeitsversäumnis zählen auch Abwesenheitszeiten in Folge Elternzeit.

aa) In Abgrenzung zu den in § 11 I 3 BUrlG genannten Verdienstkürzungen in Folge von Kurzarbeit und Arbeitsausfällen betrifft die dritte Alternative der Bestimmung in der Sphäre des Arbeitnehmers liegende Verhinderungen (BAG 27.6.1978 – 6 AZR 753/76, AP BUrlG § 11 Nr. 15 (zu 1)). Die Versäumnis der Arbeit ist unverschuldet, wenn der Arbeitnehmer durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung gehindert ist. Das Verschuldensprinzip folgt dem allgemeinen Grundgedanken, dass der Eintritt bestimmter Rechtsfolgen nur gerechtfertigt ist, wenn den Handelnden für das Eintreten eines Umstands die Verantwortung trifft oder er diese Verantwortung selbst übernommen hat. Dazu genügt es nicht, dass dieser das Eintreten des Umstands lediglich veranlasst hat. Bestandteil des Vorwurfs schuldhaften Verhaltens ist das Werturteil, dass dem Handelnden vorgeworfen wird, er habe vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Rechtsordnung verstoßen. Verschulden setzt daher Rechtswidrigkeit voraus. Danach scheidet ein Schuldvorwurf aus, wenn es an einem Rechtsverstoß fehlt (BGH 13.5.2015 – XII ZR 65/14, BGHZ 205, 300 Rn. 37 = NJW 2015, 2419 = NZM 2015, 538).

bb) Erfasst sind danach nicht nur – ohne die zeitliche Beschränkung auf eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit – die Fälle des § 616 BGB (ErfK/Gallner, 24. Aufl., BUrlG § 11 Rn. 25), Arbeitsunfähigkeitszeiten ohne Anspruch auf Entgeltfortzahlung (BAG 15.1.2013 – 9 AZR 465/11, NZA-RR 2013, 585 Rn. 16) oder unbezahlter Sonderurlaub (BAG 6.5.2014 – 9 AZR 678/12, BAGE 148, 115 Rn. 24 = NZA 2014, 959). Auch Arbeitsversäumnisse in Folge Elternzeit verstoßen nicht gegen arbeitsvertragliche Pflichten und können sich deshalb bei der Bemessung der Urlaubsvergütung nicht zulasten des Arbeitnehmers auswirken. Der Anspruch auf Elternzeit nach § 15 I BEEG ist ein vom Gesetzgeber geschaffenes Instrument, durch das die Betreuung und Erziehung eines Kindes in den ersten Lebensjahren durch einen Elternteil gefördert werden soll („bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie“ BT-Drs. 14/3553, 11; vgl. ErfK/Gallner, 24. Aufl., BEEG § 15 Rn. 2). Die Nutzung dieses Instruments durch den Arbeitnehmer innerhalb der Rechtsordnung ist nicht vorwerfbar, sondern vom Gesetzgeber ausdrücklich erwünscht und rechtfertigt keine Schmälerung des Urlaubsentgelts.

cc) Dieses Verständnis entspricht den Vorgaben des Art. 7 I RL 2003/88/EG, deren Umsetzung u.a. § 11 I 3 BUrlG dient.

(1) Danach muss – soweit ein Urlaubsanspruch in bestimmter Höhe entstanden ist – das Urlaubsentgelt dem „gewöhnlichen Arbeitsentgelt“ des Arbeitnehmers entsprechen. Der Arbeitnehmer soll ein Entgelt erhalten, das mit der Vergütung für Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist. Zwar unterliegt die Struktur des gewöhnlichen Entgelts eines Arbeitnehmers als solche den Vorschriften und Gepflogenheiten des nationalen Rechts. Die nationale Regelung darf jedoch keinen Einfluss auf den Anspruch des Arbeitnehmers haben, während des ihm für Erholung und Entspannung zur Verfügung stehenden Zeitraums in den Genuss wirtschaftlicher Bedingungen zu kommen, die mit denen vergleichbar sind, die die Ausübung seiner Arbeit betreffen (EuGH 9.12.2021 – C-217/20, ECLI:EU:C:2021:987 Rn. 26ff. = NZA 2022, 36 – Staatssecretaris van Financiën). Diese Grundsätze stehen einer Kürzung des Urlaubsentgelts wegen Arbeitsversäumnis grundsätzlich und unabhängig davon entgegen, ob der Urlaubsanspruch als solcher nach § 3 I BUrlG wegen des Ausfalls von Arbeit gemindert wird (vgl. dazu BAG 25.7.2023 – 9 AZR 43/22, NZA 2023, 1531 Rn. 36f.; 30.11.2021 – 9 AZR 225/21, BAGE 176, 251 Rn. 9ff. = NZA-RR 2022, 332). Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen das Unionsrecht eine Kürzung des Urlaubsentgelts bei schuldhafter Arbeitsversäumnis ausnahmsweise zulässt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Die Inanspruchnahme von Elternzeit führt jedenfalls nicht zu einer verschuldeten Arbeitsversäumnis.

(2) Der unionsrechtskonformen Auslegung des § 11 I 3 BUrlG kann nicht entgegengehalten werden, dass nach dem Unionsrecht während der Elternzeit bereits keine Urlaubsansprüche entstehen (vgl. EuGH 4.10.2018 – C-12/17, ECLI:EU:C:2018:799 Rn. 38 = NZA 2018, 1323 – Dicu; BAG 19.3.2019 – 9 AZR 495/17, BAGE 166, 189 Rn. 20 = NZA 2019, 1136) und deshalb ein rein nationaler Auslegungsmaßstab anzulegen ist. Zum einen steht vorliegend nicht allein die Abgeltung von Urlaub im Streit, der sich auf die Elternzeiten der Kl. bezieht, sondern auch von solchem, der in den Mutterschutzfristen entstanden ist und dort sowohl nach § 24 S. 1 MuSchG als auch nach Unionsrecht entstehen musste (vgl. EuGH 18.3.2004 – C-342/01, ECLI:EU:C:2004:160 Rn. 37 = NZA 2004, 535 – Merino Gomez; ErfK/Schlachter, 24. Aufl., MuSchG § 24 Rn. 1). Zum anderen unterscheidet § 11 I 3 BUrlG hinsichtlich der Arbeitsversäumnisse im Referenzraum nicht danach, ob durch das Urlaubsentgelt Urlaub vergütet werden soll, der zwingend nach dem Unionsrecht entstehen muss, und solchem, auf den dies nicht zutrifft. Die Vorschrift ist deshalb einheitlich – unionsrechtskonform – auszulegen und anzuwenden.

2. Den danach von der Bekl. gem. § 7 IV BUrlG, § 17 III BEEG geschuldeten Abgeltungsbetrag hat das LAG nach § 1 iVm § 11 BUrlG zutreffend berechnet. Da die Parteien für die Abgeltung des übergesetzlichen Urlaubs keine gegenüber dem Bundesurlaubsgesetz eigenständigen Regelungen vereinbart haben, sind die für den gesetzlichen Mindesturlaub geltenden Bestimmungen auch auf den vertraglichen Mehrurlaub anzuwenden. Auf der Grundlage eines Bruttomonatsgehalts iHv 3.700 EUR hat die Bekl. jeden Urlaubstag mit einem Bruttobetrag iHv 170,77 EUR (3.700 EUR x 3 Monate ./ 65 Arbeitstage in der Fünftagewoche und einer gleichmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 36 Stunden) abzugelten.

IV. Der Zinsanspruch in Höhe von fünf Prozentpunkten ab dem 1.4.2021 ist aufgrund der gesetzlichen Vorschriften über den Schuldnerverzug (§§ 288 I, 286 II Nr. 1 BGB) begründet. Der Verzug der Bekl. mit der Urlaubsabgeltung trat mit Ablauf der in der Mahnung vom 15.3.2021 bis zum 31.3.2021 gesetzten Zahlungsfrist ein. Verzugszinsen schuldet sie ab dem Folgetag, dem 1.4.2021 (§ 187 I BGB).

Entscheidung 6 – LAG Düsseldorf Urt. v. 19.12.2023 – 3 Sa 210/23:

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch die mit Schreiben der Bekl. vom 3.1.2023 ausgesprochene fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung mit Wirkung zum 30.6.2023 sowie über den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch des Kl.

Der am ... 1992 geborene, verheiratete und zwei Kindern gegenüber unterhaltspflichtige Kl. ist bei der Bekl., einem kommunalen Entsorgungsunternehmen mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern, seit dem 1.9.2016 als Müllabfuhr-Springer auf der Grundlage zuletzt des schriftlichen Arbeitsvertrags vom 31.8.2018 gegen ein durchschnittliches Bruttomonatsentgelt iHv 3.525 EUR beschäftigt. Im Betrieb der Bekl. besteht ein Betriebsrat.

Die Arbeitsleistungen des Kl. waren bislang beanstandungsfrei. In dem Arbeitsverhältnis gibt es keine Abmahnungen.

Am Dienstag, 20.12.2022 parkte der Kl. seinen privaten Pkw auf einem Betriebsparkplatz, der nicht ihm, sondern dem Arbeitskollegen Herrn C dauerhaft zugewiesen war. Am 21.12.2022 stellte Herr C den Kl. deswegen zur Rede und es kam zu einem Streitgespräch, dessen Einzelheiten zwischen den Parteien streitig sind. Herr C bat um ein Personalgespräch, das am Vormittag des Donnerstags, 22.12.2022 unter Beteiligung des Vorgesetzten E sowie der Betriebsratsmitglieder L und U stattfand. Der Kl. wurde zu der Beschwerde des Herrn C angehört, er habe diesen als „Bastard“ bezeichnet und im Verlaufe des 21.12.2022 auf dessen Auto gespuckt. Der Kl. wies die Vorwürfe zurück.

Am selben Tag zwischen 12 und 13 Uhr begab sich der Kl. in den Besprechungsraum des Betriebsrats, in dem sich die Betriebsratsmitglieder Herr L, Herr U und Herr V befanden, legte drei kleine schwarze, in durchsichtiger Folie eingeschweißte Pakete auf den Tisch und erklärte, es handle sich um ein Geschenk. Weitere Einzelheiten zu den Äußerungen des Kl. sind zwischen den Parteien streitig. Der Kl. verließ dann direkt wieder den Besprechungsraum.

In den drei Paketen befanden sich – was von außen jedoch nicht zu erkennen war – jeweils Vibratoren. Diese hatte der Kl. zuvor im Rahmen seiner zusammen mit weiteren Arbeitskollegen durchgeführten Müllabfuhr Tätigkeit bei dem zur Entsorgung abgestellten Müll vorgefunden, wobei es sich insgesamt um 10 originalverschweißte Pakete mit Vibratoren handelte. Die Einzelheiten zum Auffinden aller und zur Weiterverwendung der übrigen 7 Pakete sind streitig, unstreitig ist aber keines der 10 Pakete von dem Kl. oder den anderen Mitarbeitern des Entsorgungsfahrzeugs unmittelbar der Müllentsorgung zugeführt worden.

Nach den Weihnachtsfeiertagen fand am 28.12.2022 zu den Vorfällen ein Personalgespräch unter Beteiligung der Personalleiterin Frau N, Herrn E, Herrn L, Herrn U und des Personalreferenten Herrn A statt. Über das Gespräch wurde ein Protokoll gefertigt, das unter anderem auch der Kl. unterzeichnete und wegen dessen Inhalts auf Blatt 45 f. der erstinstanzlichen Akte Bezug genommen wird.

Mit Schreiben vom 2.1.2023, wegen dessen Inhalts auf Blatt 48 ff. der erstinstanzlichen Akte Bezug genommen wird, hörte die Bekl. den Betriebsrat zu der beabsichtigten außerordentlichen, fristlosen sowie hilfsweise ordentlichen Tat- und Verdachtskündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kl. an. Der Betriebsrat erteilte unter dem 3.1.2023 „abschließend“ seine Zustimmung.

Daraufhin sprach die Bekl. mit Schreiben vom 3.1.2023, dem Kl. am 4.1.2023 zugegangen, die fristlose sowie hilfsweise die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.6.2023 aus.

Mit seiner am 6.1.2023 bei dem ArbG Essen eingegangenen und der Bekl. am 13.1.2023 zugestellten Klageschrift hat der Kl. Kündigungsschutzklage erhoben. Er hat das Vorliegen eines hinreichenden Kündigungsgrundes sowie die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats bestritten und behauptet, Herr C sei ihn am 21.12.2022 in ungebotenen aggressiver Form angegangen. Herr C habe gesagt: „Hör mal Schwatten, das ist das letzte Mal, dass Du auf meinem Parkplatz parkst, jetzt marschier!“ Der Kl. habe sich bei Herrn C für das versehentliche Falschparken entschuldigt, ihm aber auch erklärt, dass er die Bezeichnung als „Schwatter“ nicht akzeptiere und dass dies ein Nachspiel haben werde. Dass er auf dem Parkplatz von Herrn C geparkt habe, habe auf einem Versehen beruht, da der ebenfalls bei der Bekl. beschäftigte Vater des Kl. zwei Plätze weiter links einen dauerhaft zugewiesenen Parkplatz habe und der Kl. dort – mit Erlaubnis seines Vaters – habe parken wollen. Mit dem „Nachspiel“ habe der Kl. gemeint, dass er sich nicht von Herrn C diskriminieren lasse und dies bei der Bekl. aktenkundig machen werde. Danach sei er direkt auf Tour gefahren. Das Auto von Herrn C habe er nicht bespuckt. Mit der diesbezüglichen, unbegründeten Beschwerde habe dann wohl Herr C dem Kl. und dessen Beschwerde zuvorkommen wollen. Nach dem Personalgespräch am 22.12.2022 sei er zunächst erneut mit seiner Mannschaft auf Müllabfuhr-Tour gewesen. In der Pause habe er dann die drei Pakete mit den Vibratoren den Betriebsratsmitgliedern V, U und L übergeben. Diese habe seine Kolonne am 7.12.2022 originalverpackt neben einer Mülltonne gefunden. Sie seien herrenlos gewesen. Die Mannschaft habe diese an sich genommen. Er habe vier Packungen an sich genommen. Herr L habe ihn im Nachgang angerufen, seine Verärgerung zum Ausdruck gebracht und ihn aufgefordert, die Geschenke unverzüglich abzuholen. Nachdem er realisiert habe, dass er eine Verärgerung ausgelöst habe, habe er sich unverzüglich beim Betriebsrat entschuldigt. Am 23.12.2022 sei er gegen zehn Uhr persönlich in das Betriebsratsbüro gegangen, um sich zu entschuldigen. Herr U und Herr V hätten ihm dann mitgeteilt, dass die Geschenke bereits in der Personalabteilung lägen und es für eine Abholung zu spät sei. Er habe die Geschichte nicht publik gemacht. Es habe sich um einen Scherz handeln sollen, der aber offensichtlich nicht gelungen sei. Der Tragweite seines Handelns sei er sich nicht bewusst gewesen.

Der Kl. hat erstinstanzlich beantragt,

1.festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die fristlose Kündigung vom 3.1.2023, hilfsweise fristgerechte Kündigung zum 30.6.2023, zugegangen am 4.1.2023, aufgelöst ist;

2.falls er mit dem Feststellungsantrag obsiegt, die Bekl. zu verurteilen, ihn bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Müllabfuhr-Springer weiterzubeschäftigen.

Die Bekl. hat behauptet, der Kl. habe Herrn C am 21.12.2022 beleidigt. Herr C habe ihn angesprochen, weil der Kl. am Tag zuvor auf dem für Herrn C reservierten Parkplatz geparkt hatte. Herr C habe den Kl. aufgefordert, dort nicht mehr zu parken. Darauf habe der Kl. sehr aggressiv reagiert. Herr C habe den Eindruck gehabt, der Kl. habe ihn „mit den Augen auffressen“ wollen. Er habe ihn als „Bastard“ bezeichnet und erklärt, der Vorfall werde noch ein Nachspiel für ihn haben. Darin liege sowohl eine Beleidigung als auch eine Bedrohung des Herrn C. Herr C habe den Kl. zuvor selbst nicht beleidigt. Herr C habe aber am Abend dieses Tages auf seinem Auto einen großen Speichelfleck entdeckt. Er sei davon ausgegangen, dass der Kl. das Auto bespuckt habe, was dann Anlass zu der Beschwerde gewesen sei. In dem Gespräch am Folgetag, dem 22.12.2022 habe sich der Kl. uneinsichtig gezeigt und habe dieses mehrfach verlassen wollen. Herr E habe ihm erklärt, dass ein derartiges Verhalten nicht toleriert werde. Die Mitglieder des Betriebsrats hätten ebenfalls ihr Unverständnis geäußert. Dies wiederum habe den Kl. erkennbar verärgert. Im Personalgespräch am 28.12.2022 habe er diesbezüglich erklärt, er habe sich allein gelassen gefühlt und als Kurzschlussreaktion dem Betriebsrat ein doofes Geschenk gemacht und seiner Wagenbesatzung dann davon erzählt. Die Bekl. glaube dem Kl. aber nicht, dass es sich um eine Kurzschlussreaktion gehandelt habe. Er habe am 22.12.2022

schließlich über eine Stunde Zeit gehabt, das Gespräch zu reflektieren. Er habe den Betriebsrat vielmehr vor der Belegschaft bewusst lächerlich machen wollen. Es handele sich um eine nicht zu akzeptierende Störung des Betriebsfriedens und eine sexuelle Belästigung. Der Betriebsrat habe die Pakete des Kl. zunächst ungeöffnet gelassen. Am 23.12.2022 habe sich gegen 9 Uhr der im Urlaub befindliche Betriebsratsvorsitzende Herr X gemeldet und mitgeteilt, er habe von einem Bekannten, der nicht bei der Bekl. tätig sei, erfahren, dass der Betriebsrat ein „tolles Geschenk“ erhalten habe, „das er sich in den Arsch stecken solle, damit er auch mal wieder etwas zu lachen habe“. Sodann hätten die Betriebsratsmitglieder eines der Pakete geöffnet und einen Vibrator gefunden. Mit der Äußerung gegenüber dem Bekannten des Betriebsratsvorsitzenden, die von dem Kl. stammen müsse, habe dieser seine Intention deutlich gemacht. Im Übrigen habe der Kl. die Vibratoren gestohlen. Diese hätten sich an der Ecke M-Straße befunden, einem Bereich, in dem die Tonnen oft sehr voll seien und sich noch Tüten neben ihnen befänden, die auch entsorgt würden. Daher könne es dahinstehen, ob sich die Vibratoren neben oder in den Tonnen befunden hätten. Der Kl. habe die Tüte in das Müllabfuhrfahrzeug gebracht und eine Packung geöffnet. Dann habe er den Kollegen A gefragt, ob er auch eines haben wolle, was dieser abgelehnt habe. Die Kollegen der Tour hätten übereinstimmend angegeben, dass der Kl. die Vibratoren allein an sich genommen habe.

Das ArbG Essen hat der Klage mit Urteil vom 13.3.2023 in vollem Umfang stattgegeben.

Das Urteil ist der Bekl. über ihre Prozessbevollmächtigten am 22.3.2023 zugestellt worden. Sie hat mit am 28.3.2023 bei dem LAG Düsseldorf eingegangenem Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten Berufung eingelegt, die sie – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 16.6.2023 – mit am 14.6.2023 bei dem LAG eingegangenem Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten begründet hat.

Die Bekl. verfolgt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihr Ziel der Klageabweisung weiter. Sie rügt, das ArbG habe verkannt, dass jeder der drei Kündigungsvorwürfe an sich bereits die außerordentliche Kündigung rechtfertige und der dritte Kündigungsgrund zudem nicht an einer unzureichenden Betriebsratsanhörung scheitere, jedenfalls aber die Kündigungsvorwürfe in der Gesamtschau zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen müssten. Die Bezeichnung von Herrn C als „Bastard“ begründe eine gravierende Ehrkränkung. Insoweit berufe sie sich auf die Entscheidung des LAG Hamm vom 20.1.2022 (18 Sa 645/21, BeckRS 2022, 48260). Die Bekl. lege auch großen Wert auf einen respektvollen, wertschätzenden Umgang der Mitarbeiter untereinander, und zwar in sämtlichen Arbeitsbereichen. Derartige Entgleisungen würden daher nicht akzeptiert oder toleriert. Als städtischer Betrieb stehe die Bekl. im Fokus der Öffentlichkeit und sei daher um eine positive Außenwirkung bemüht. So hätten auch die Betriebsratsmitglieder, die gleichfalls aus dem gewerblichen Bereich kämen, die Übergabe der Pakete mit den Vibratoren keinesfalls lustig gefunden, sondern hätten sich empört an die Personalabteilung gewandt. Auch die Äußerung gegenüber Herrn C, die Sache werde ein „Nachspiel“ haben, lasse im Kontext des sehr aggressiven Auftretens des Kl. keinen Zweifel offen, dass dieser auch zu körperlicher Gewalt gegenüber Herrn C bereit gewesen sei. Diesbezüglich habe das ArbG auch zu Unrecht ungewürdigt gelassen, dass der Kl. das Auto von Herrn C bespuckt habe. Jedenfalls sei ein außerordentlicher Kündigungsgrund durch die Übergabe der Pakete mit den Vibratoren an die Betriebsratsmitglieder gegeben. Darin liege eine schwerwiegende Beleidigung und auch eine sexuelle Belästigung der Betroffenen, die weite Kreise gezogen habe. Die Betriebsratsmitglieder seien sowohl innerhalb als auch außerhalb der Betriebsöffentlichkeit lächerlich gemacht worden. So habe ein Dritter gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden X erklärt, der Kl. habe ihm gegenüber geäußert, der Betriebsrat habe von ihm ein tolles Geschenk erhalten, das er sich „in den Arsch stecken solle, damit er auch mal wieder etwas zu lachen habe“. Eine derart derbe und primitive Äußerung gegenüber Dritten könne keinen Zweifel offenlassen, dass der Kl. die Betriebsräte in ihrer Personenwürde habe beeinträchtigen wollen. Bedauerlicherweise sei der (inzwischen ehemalige) Betriebsratsvorsitzende nicht bereit, den Namen des Dritten preiszugeben. Nichtsdestotrotz wäre er als „Ohrenzeuge“ hinsichtlich der Äußerung des Dritten ihm gegenüber zu

vernehmen gewesen. Zudem, so behauptet die Bekl., habe der Kl. die Kollegen seiner Kolonne über die Paketübergabe informiert und damit für eine Verbreitung der Aktion in der Betriebsöffentlichkeit gesorgt. Die Aktion der Übergabe der Pakete mit den Vibratoren an die Betriebsräte sei von ihm mit den Worten „Ich habe hier ein Weihnachtsgeschenk für Euch, das habt Ihr Euch verdient“ begleitet worden. Schon der Umstand, dass der Kl. sich unmittelbar nach der Übergabe schnell wieder entfernt und auf den ihm nacheilenden Herrn L nicht mehr reagiert habe, der ihm – noch in Unkenntnis des Paketinhalts – zugerufen habe, er solle die Pakete wieder mitnehmen, da der Betriebsrat keine Geschenke annehmen dürfe, zeige, dass es ihm nicht um einen lustig gemeinten Scherz gegangen sei. Denn dann hätte er ja die Reaktion der Beschenkten abgewartet. Die Betriebsratsmitglieder seien angewidert und verärgert gewesen, als sie am nächsten Morgen nach dem Anruf von Herrn X eines der Pakete geöffnet und seinen Inhalt wahrgenommen hätten. Der Kontext sei klar: Der Kl. habe es den Betriebsratsmitgliedern – aus seiner Sicht – heimzahlen wollen. Er habe sie mit der Übergabe eines Sexspielzeugs beschämen, demütigen und lächerlich machen wollen. Der Kl. sei auch früher bereits wegen emotionalen, impulsiven Verhaltens auffällig geworden. Eine Entschuldigung seinerseits sei erstmals am 23.12.2022 gegenüber Herrn L erfolgt, als er aber schon gewusst habe, dass die Vibratoren inzwischen bei der Personalabteilung gelegen hätten und die Sache Konsequenzen für ihn bzw. sein Arbeitsverhältnis haben würde.

Die Bekl. beantragt, das Urteil des ArbG Essen vom 13.3.2023 (6 Ca 37/23) abzuändern und die Klage abzuweisen.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze beider Parteien nebst Anlagen in erster und zweiter Instanz sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Die Berufungskammer hat Beweis erhoben nach Maßgabe des Beschlusses des Beweises vom 19.12.2023 durch Vernehmung der Zeugen L, U und V. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Die Berufung der Bekl. ist zulässig. Sie ist angesichts des Streits der Parteien über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Ausspruch der fristlosen und hilfsweise ordentlichen Kündigung vom 3.1.2023 statthaft gem. § 64 I, II Buchst.c ArbGG. Ferner ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

II. Die Berufung ist nicht begründet. Jedenfalls nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme – und wenn auch nicht in allen Teilen der Begründung, so doch im Ergebnis – ist auch aus Sicht der Berufungskammer dem ArbG darin zu folgen, dass die streitgegenständliche Kündigung der Bekl. vom 3.1.2023 weder den Anforderungen des § 626 I BGB noch denen aus § 1 II KSchG genügt und das Arbeitsverhältnis des Kl. mithin nicht beendet hat. Dementsprechend ist auch die Verurteilung der Bekl. zur Weiterbeschäftigung des Kl. zu Recht erfolgt. Im Einzelnen:

1. Die form- und fristgerecht iSd §§ 13, 4, 7 KSchG erhobene Kündigungsschutzklage ist begründet. Die außerordentliche Kündigung genügt weder als Tat- noch als Verdachtskündigung den Wirksamkeitsanforderungen aus § 626 I BGB und die hilfsweise ordentliche Kündigung erweist sich ebenso als sozial nicht gerechtfertigt iSv § 1 II KSchG, dessen allgemeine Anwendungsvoraussetzungen hier vorliegen.

a) Nach § 626 I BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine

besonderen Umstände „an sich“, dh typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen (1. Stufe). Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (2. Stufe, vgl. BAG 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 Rn. 15; 25.1.2018 – 2 AZR 382/17, NZA 2018, 845 Rn. 26; 14.12.2017 – 2 AZR 86/17, BAGE 161, 198 Rn. 27 = NZA 2018, 646; 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621 Rn. 25; 8.5.2014 – 2 AZR 249/13, NZA 2014, 1258 Rn. 16; 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, BAGE 146, 303 Rn. 15 = NZA 2014, 243; 21.6.2012 – 2 AZR 694/11, BAGE 142, 188 Rn. 20 = NZA 2013, 199; 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 Rn. 14; 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 Rn. 30).

Als wichtiger Grund nach § 626 I BGB – und damit zugleich auch als verhaltensbedingter Kündigungsgrund einer ordentlichen Kündigung nach § 1 II KSchG – kann neben der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten auch die schuldhafte Verletzung von Nebenpflichten „an sich“ geeignet sein (BAG 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621 Rn. 26; 8.5.2014 – 2 AZR 249/13, NZA 2014, 1258 Rn. 19; 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, BAGE 137, 54 Rn. 29 = NZA 2011, 798). Nach § 241 II BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Diese Regelung dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann (BAG 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621 Rn. 26; 8.5.2014 – 2 AZR 249/13, NZA 2014, 1258 Rn. 19).

Kommt gemessen daran ein wichtiger Grund „an sich“ in Betracht, ist Voraussetzung weiter, dass sich die Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als verhältnismäßig erweist.

Die Interessenabwägung im Rahmen von § 626 I BGB hat bei Vorliegen einer Vertragspflichtverletzung unter anderem zum Gegenstand, ob dem Kündigenden eine mildere Reaktion als eine fristlose Kündigung und damit insbesondere eine Abmahnung, aber zB auch eine ordentliche Kündigung zumutbar war. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen regelmäßig eine Abmahnung voraus (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 27 mwN = NZA 2021, 1178). Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach einer Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 27 = NZA 2021, 1178; 27.2.2020 – 2 AZR 570/19, NZA 2020, 1405 Rn. 23; 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 Rn. 30; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 28 = NZA 2017, 1121). Liegt nur eine dieser Fallgruppen vor, kann Ergebnis der Interessenabwägung nicht sein, den Kündigenden auf eine Abmahnung als milderer Mittel zu verweisen (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 27 = NZA 2021, 1178; 27.2.2020 – 2 AZR 570/19, NZA 2020, 1405 Rn. 24).

Zur ersten Fallgruppe ist dann, wenn die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers beruht, grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 28 = NZA 2021, 1178; 27.2.2020 – 2 AZR 570/19, NZA 2020, 1405 Rn. 23; 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 Rn. 30; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 28 = NZA 2017, 1121).

Die zweite Fallgruppe betrifft ausschließlich das Gewicht der in Rede stehenden Vertragspflichtverletzung, die für sich schon die Basis für eine weitere Zusammenarbeit irreparabel entfallen lässt. Dieses bemisst sich gerade unabhängig von einer Wiederholungsgefahr. Die Schwere einer Pflichtverletzung kann zwar nur anhand der sie beeinflussenden Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, diese müssen aber die Pflichtwidrigkeit selbst oder die Umstände ihrer Begehung betreffen. Dazu gehören etwa ihre Art und ihr Ausmaß, ihre Folgen, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers sowie die Situation bzw. das „Klima“, in der bzw. in dem sie sich ereignete. Sonstige Umstände, die Gegenstand der weiteren Interessenabwägung sein können, wie etwa ein bislang unbelastetes Arbeitsverhältnis, haben bei der Prüfung der Schwere der Pflichtverletzung außer Betracht zu bleiben. Dies gilt umgekehrt ebenso für ein nachfolgendes wahrheitswidriges Bestreiten, das für sich genommen ebenfalls nichts über die Schwere der begangenen Pflichtverletzung besagt (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 27 = NZA 2021, 1178).

Kommt man nach Maßgabe dieser Grundsätze zur Entbehrlichkeit des vorherigen Ausspruchs einer Abmahnung, ist noch weitergehend in einer Gesamtwürdigung das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand abzuwägen (BAG 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 Rn. 28; 14.12.2017 – 2 AZR 86/17, BAGE 161, 198 Rn. 54 = NZA 2018, 646; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 26 = NZA 2017, 1121). Bei dieser Interessenabwägung ist insbesondere zu prüfen, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers auch dahingehend überwiegt, dass ihm nicht einmal die Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar war. Es hat eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Dabei lassen sich die Umstände, anhand derer zu beurteilen ist, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung zumindest bis zum Ende der Frist für eine ordentliche Kündigung zumutbar war oder nicht, nicht abschließend festlegen (vgl. aber die Aufstellung bei Henssler/Willemsen/Kalb/Sandmann, 10. Aufl., BGB § 626 Rn. 75ff. mwN). Zu berücksichtigen sind jedoch regelmäßig das Gewicht und die Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf (BAG 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 Rn. 29). Ebenfalls zu berücksichtigen ist das Nachtatverhalten bis zum Ausspruch der Kündigung (vgl. BAG 24.11.2005 – 2 AZR 39/05, NZA 2006, 484 Rn. 21, 23; LAG Berlin-Brandenburg 1.12.2011 – 2 Sa 2015/11, BeckRS 2012, 65693; KR/Fischermeier/Krumbiegel, 13. Aufl., BGB § 626 Rn. 256). Entscheidend sind die objektiv feststellbaren Umstände zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung, weshalb nachträgliche Umstände wie insbesondere ein bestimmtes Prozessverhalten im Kündigungsschutzverfahren grundsätzlich keine die bereits ausgesprochene Kündigung – sozusagen nachträglich – rechtfertigende oder das Gewicht einer Pflichtverletzung verstärkende oder mindernde Bedeutung mehr haben können (BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349 Rn. 52ff. mwN = NZA 2010, 1227).

Eine außerordentliche Kündigung kommt nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche mildernden Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Sie scheidet aus, wenn es ein „schonenderes“ Gestaltungsmittel – wozu außer der Abmahnung unter anderem eben auch die ordentliche Kündigung zählen kann – gibt, das ebenfalls geeignet ist, den mit einer außerordentlichen Kündigung verfolgten Zweck – nicht die Sanktion des pflichtwidrigen Verhaltens, sondern die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen des Arbeitsverhältnisses – zu erreichen (BAG 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 Rn. 29; 23.8.2018 – 2 AZR 235/18, AP BGB § 626 Nr. 272 = BeckRS 2018, 28019 Rn. 40; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 27 = NZA 2017, 1121).

b) Gemessen hieran erweist sich die außerordentliche Kündigung der Bekl. vom 3.1.2023 nicht als wirksam. Sie hält mit keinem der drei vorgebrachten Kündigungsgründe und auch in der Gesamtbetrachtung den vorstehend dargelegten Anforderungen des § 626 I BGB Stand.

aa) Das gilt zunächst für den Kündigungsgrund der Beleidigung und Bedrohung des Arbeitskollegen C durch den Kl.

(1) Grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeuten, stellen allerdings eine erhebliche Pflichtverletzung dar, die eine außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigen kann (BAG 24.8.2023 – 2 AZR 17/23, NZA-RR 2024, 105 Rn. 27; 5.12.2019 – 2 AZR 240/19, NZA 2020, 646 Rn. 77). Dasselbe gilt für eine ernstliche Drohung des Arbeitnehmers mit Gefahren für Leib oder Leben von Vorgesetzten oder Arbeitskollegen, für die kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund eingreift (BAG 28.2.2023 – 2 AZR 194/22, NZA 2023, 627 Rn. 10; 29.6.2017 – 2 AZR 47/16, BAGE 159, 250 Rn. 23 = NZA 2017, 1605), und auch der Vollzug oder auch nur die ernstliche Drohung mit einer vorsätzlichen Sachbeschädigung von Eigentum des Arbeitgebers oder von Arbeitskollegen begründet an sich einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung, wobei hier auch der dringende Verdacht einer solchen Tat kündigungsrelevant sein kann (vgl. LAG Hamburg 23.10.2008 – 2 Sa 14/08, BeckRS 2011, 66757).

(2) Zu den im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung des Kl. mit dem Arbeitskollegen C von der Bekl. erhobenen Vorwürfen kann ihr Vorbringen dazu, dass der Kl. den Kollegen im Disput über das am Vortag erfolgte Falschparken am 21.12.2022 unprovokiert einen „Bastard“ genannt habe, als wahr unterstellt werden. In diesem Verhalten lag eine grobe Beleidigung des Herrn C und damit ein an sich zur außerordentlichen Kündigung führender wichtiger Grund iSv § 626 I BGB. Insoweit vermag die Berufungskammer sich den nicht recht nachvollziehbaren Ausführungen des ArbG zur Wortbedeutung und dem Kontext im sozialen Umfeld der Abfallentsorgung, das „erfahrungsgemäß von einem relativ groben Umgang der Arbeitnehmer geprägt“ sei, nicht anzuschließen. Erfahrungswerte zu einem relativ groben Umgang der Arbeitnehmer im Bereich der Abfallentsorgung allgemein und bei der Bekl. im Besonderen sind vom ArbG nicht festgestellt worden und der Berufungskammer auch nicht bekannt. Die Bezeichnung eines Arbeitskollegen als „Bastard“ stellt auch keine Wortnutzung „mit beleidigendem Inhalt ohne inhaltliche Bedeutung“ dar, was auch immer darunter zu verstehen sein soll. Auch wenn dem eigentlichen Wortsinn der Bezeichnung eines unehelichen und damit sozial geächteten Kindes in einer aufgeklärten Gesellschaft heutzutage sicherlich keine besondere Bedeutung mehr zukommen dürfte, hat das Wort seine grob ehrverletzende Bedeutung entgegen der Auffassung des ArbG nicht verloren. Mit dem Schimpfwort „Bastard“ wird auch heute noch von demjenigen, der dieses Wort verwendet – denn warum sonst sollte er es verwenden? – die Herabstufung des Angesprochenen als unterwertiger Mensch von illegitimer Abstammung zum Ausdruck gebracht. Die mit dem Wort verbundene Bewertung des anderen als Mensch von minderem Wert ist der heute immer noch mit der Bezeichnung „Bastard“ verbundene Kerngehalt der Äußerung und begründet eine gravierende Ehrverletzung (ebenso LAG Hamm 20.1.2022 – 18 Sa 645/21, BeckRS 2022, 48260).

Im Ergebnis führt die Beleidigung des Arbeitskollegen C gleichwohl nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Denn insoweit wäre der Ausspruch einer Abmahnung vorrangig gewesen. Das Arbeitsverhältnis des Kl. bestand zum Zeitpunkt der Kündigung bereits seit 6 1/3 Jahren unstrittig beanstandungslos. Der Kl. ist zuvor noch nie für irgendein Fehlverhalten abgemahnt worden und somit erst recht nicht für ein einschlägiges (was im Übrigen einen wesentlichen Unterschied zu dem der Entscheidung des LAG Hamm zugrundeliegenden Sachverhalt bedeutet, vgl. LAG Hamm 20.1.2022 – 18 Sa 645/21, BeckRS 2022, 48260). Die – hier zugunsten der Bekl. unterstellte – Pflichtverletzung beruhte auf steuerbarem Verhalten. Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, dass das künftige Verhalten des Kl. schon durch die mit einer Abmahnung verbundene Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann (vgl. BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 28 = NZA 2021, 1178; 27.2.2020 – 2 AZR 570/19, NZA 2020, 1405 Rn. 23; 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 Rn. 30; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 28 = NZA 2017,

1121). Der Kl. hat insbesondere bei dem Personalgespräch mit Herrn E und den Betriebsratsmitgliedern am 22.12.2022 nicht etwa zum Ausdruck gebracht, dass er es für legitim hielte, den Kollegen C oder überhaupt einen anderen Menschen als „Bastard“ zu bezeichnen. Er hat vielmehr bestritten, diese Äußerung überhaupt getätigt zu haben und behauptet, seinerseits in diskriminierender Weise beleidigt worden zu sein. Geht man also mit dem Vorbringen der Bekl. davon aus, dass gleichwohl der Kl. derjenige war, der den Kollegen unprovokiert beleidigte und nicht etwa umgekehrt, ist eine Uneinsichtigkeit hinsichtlich der Unzulässigkeit von Beleidigungen und damit eine fehlende Steuerbarkeit im Hinblick auf den hier geltend gemachten Kündigungsgrund bei ihm nicht festzustellen. Dass der Kl. es dann gegebenenfalls mit der Wahrheit nicht so genau nimmt, ist in diesem Kontext kein von der Bekl. zur Begründung der Kündigung angeführter Kündigungsgrund.

Es liegt hier auch nicht der Ausnahmefall einer Pflichtverletzung vor, deren erstmalige Hinnahme dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (vgl. zu dieser Fallgruppe ebenfalls BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 27f. = NZA 2021, 1178; 27.2.2020 – 2 AZR 570/19, NZA 2020, 1405 Rn. 23; 13.12.2018 – 2 AZR 370/18, NZA 2019, 445 Rn. 30; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 28 = NZA 2017, 1121). Denn zwar liegt mit der Beleidigung des Kollegen C eine gravierende Pflichtverletzung vor. Jedoch handelt es sich um eine erstmalige Verfehlung des Kl. – die Bekl. trägt nichts anderes einlassungs- und überprüfungsfähig vor – und diese steht auch nach dem von der Bekl. vorgetragenen Sachverhalt im Kontext eines Disputs der beiden Arbeitnehmer über das Falschparken des Kl. am Vortag. Es handelte sich auch nach der Behauptung der Bekl. bei den Äußerungen des Kl. nicht um ein überlegtes und bewusst-planerisch provozierendes Verhalten. Vielmehr handelte es sich erkennbar um eine, sicherlich nicht akzeptable, aber aus einer verbalen Auseinandersetzung resultierende und verbal verbliebene, bislang einmalige Entgleisung des Kl. Auf ein solches Versagen von Anstand und Manieren im Augenblick kann bei einem mehrjährig bestehenden und bislang unbelasteten Arbeitsverhältnis durchaus steuernd vorrangig reagiert werden. Es war keineswegs offensichtlich und daher auch dem Kl. sofort erkennbar, dass die erstmalige Hinnahme einer solchen Pflichtverletzung durch die Bekl. ausgeschlossen wäre. Hinnahme in diesem Kontext bedeutet ja nicht, dass das Fehlverhalten gänzlich konsequenzenlos bliebe, es bedeutet lediglich, dass es nicht zur sofortigen Beendigung und damit der massivsten Reaktion auf Fehlverhalten im Arbeitsverhältnis führen würde, sondern eben zu einer Abmahnung. Diese ist aus Sicht der Berufungskammer jedenfalls die einzig angemessene Reaktion auf dieses Fehlverhalten des Kl.

(3) Gleiches gilt im Ergebnis für den Kündigungsvorwurf der Bedrohung des Kollegen C am 21.12.2022 durch die Ankündigung, dies werde „ein Nachspiel“ haben. Insoweit ist zunächst zur Konkretisierung der Bedeutung „Nachspiel“ auf die schriftliche Stellungnahme des Herrn C vom 29.12.2022 zurückzugreifen, auf die die Bekl. sich in ihrem Kündigungsvorwurf ja bezieht. Herr C spricht nicht von „Nachspiel“, sondern von der Äußerung des Kl. „warte, das kriegst Du wieder“ in Verbindung mit einem aggressiven Gesichtsausdruck des Kl.

Dass der Kl. Herrn C in der einen oder anderen Weise ein „Nachspiel“ angekündigt hat, ist unstrittig. Der Kl. behauptet gemeint zu haben, dass er sich seinerseits wegen der von ihm behaupteten Diskriminierung durch Herrn C hätte beschweren wollen. Herr C sei ihm dann aber zuvorgekommen. Die Bekl. interpretiert die Ankündigung des „Nachspiels“ als Bedrohung und sieht sie im Kontext mit dem Spuckfleck auf dem Auto von Herrn C. Die Äußerung „das kriegst Du wieder“ bzw. die eben damit gemeinte Ankündigung eines „Nachspiels“ ist selbst in Verbindung mit einem aggressiven Gesichtsausdruck, der mit vielen unfreundlich verlaufenden Disputen einhergehen dürfte, so offen gehalten, dass sie nicht von vornherein als Drohung mit körperlicher Gewalt gegen Person oder Sachen des Herrn C interpretiert werden kann. Insoweit ist der schon von dem ArbG vorgenommenen Auslegung beizutreten. Denkbar ist ebenso, dass der Kl. damit meinte, sich – selbst wenn es bei dieser Auseinandersetzung mit dem als wahr unterstellten Sachvortrag der Bekl. keine Beleidigung des Herrn C ihm gegenüber gegeben haben sollte – bei der nächsten sich anderweitig bietenden Gelegenheit

über Herrn C zu beschweren. Dass die Ankündigung eines „Nachspiels“ im Sinne einer Gefährdung von Leib oder Leben des Herrn C oder im Sinne der Ankündigung einer Sachbeschädigung zu verstehen wäre, erschließt sich nicht. Denn der Kl. ist unstreitig für derlei im Betrieb bislang in keiner Weise bekannt geworden. Ihm werden weder für die Vergangenheit noch im hiesigen Kündigungskontext körperliche Gewaltanwendungen zur Last gelegt. Auch ist nicht behauptet worden, der Kl. hätte irgendwann schon einmal mit körperlicher Gewalt auch nur gedroht. Warum also sollte seine Ankündigung eines „Nachspiels“ in der von Herrn C geschilderten Weise nunmehr am 21.12.2022 so zu verstehen sein? Das erschließt sich der Kammer weder im Bereich der Tatündigung noch wäre insoweit auch nur ein dringender Verdacht begründbar.

Eine insgesamt somit eher indifferente Ankündigung eines „Nachspiels“ wäre somit, wenn man ihr überhaupt den Charakter einer Pflichtverletzung als Verstoß gegen Rücksichtnahmepflichten zumessen wollte, allenfalls eine Pflichtverletzung von minderem Gewicht, auf die wegen der Steuerbarkeit des Verhaltens vorrangig mit dem Ausspruch einer Abmahnung zu reagieren wäre, erst recht, da sie ohnehin im unmittelbaren Kontext zur vorherigen Beleidigung erfolgte und damit ein und denselben Lebenssachverhalt betrifft, auf den dementsprechend einheitlich reagiert werden kann und sollte.

(4) Soweit dem Kl. das Anspucken des Pkw des Herrn C zur Last gelegt wird, kann ein solches Fehlverhalten weder nachgewiesen werden, da unmittelbare Tatzeugen nicht benannt sind, noch begründet die Schlussfolgerung der Bekl. zur Tatbegehung durch den Kl. aufgrund des zuvor geführten Disputs mit Herrn C einen hinreichenden Verdacht zur Rechtfertigung einer Verdachtskündigung.

Eine Verdachtskündigung kann gerechtfertigt sein, wenn starke, auf objektive Tatsachen gründende Verdachtsmomente vorliegen, die geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Der Verdacht muss auf konkrete, vom Kündigenden darzulegende und gegebenenfalls zu beweisende Tatsachen gestützt sein. Er muss ferner dringend sein. Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass er zutrifft. Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöchte. Bloße, auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen nicht aus (BAG 2.3.2017 – 2 AZR 698/15, NZA 2017, 1051 Rn. 22; 17.3.2016 – 2 AZR 110/15, BeckRS 2016, 72235 Rn. 39).

Im vorliegenden Fall gibt es einzig den – mit der Sachdarstellung der Bekl. erneut zu ihren Gunsten als wahr unterstellten – Spuckfleck an dem Pkw des Herrn C und die vorangegangene verbale Auseinandersetzung mit dem Kl. über dessen unberechtigte Parkplatznutzung mit der indifferenten Ankündigung eines „Nachspiels“ durch den Kl. Damit sind zwar gewisse Verdachtsmomente vorhanden, die auf eine Täterschaft des Kl. hindeuten könnten. Diese reichen jedoch selbst zur Begründung einer großen Wahrscheinlichkeit nicht aus. Letztlich bleibt die Tatbegehung des Anspuckens des Wagens eine reine Vermutung, die sich allein aus der vorherigen Auseinandersetzung ableitet. Das sind keine hinreichend starken Verdachtsmomente. Denn so wenig zB ein Mitarbeiter allein dadurch mit großer Wahrscheinlichkeit des Diebstahls verdächtig wird, dass er zuvor mal geäußert hat, finanzielle Probleme zu haben und dass er es nicht gerecht finde, dass sein Arbeitgeber so vermögend ist, kann der Kl. allein deshalb als mit großer Wahrscheinlichkeit verdächtig bzgl. des Spuckflecks auf dem Auto von Herrn C gelten, weil er zuvor mit Bezug zum Falschparken – aber nicht einmal konkret in Bezug auf speziell das Auto von Herrn C – einen Disput mit ihm hatte. Auch hier fehlen zB Anhaltspunkte dafür, dass der Kl. solcherlei Ausfälle schon früher einmal gezeigt hätte. Auch ist seine Ankündigung eines „Nachspiels“ wie schon zuvor aufgezeigt indifferent. Völlig ungeklärt ist zudem, ob und inwiefern der Spuckfleck, den Herr C am Nachmittag des 21.12.2022 wahrgenommen hat, noch so frisch war, dass er auf die verbale Auseinandersetzung mit dem Kl. schon zeitlich

zurückzuführen war oder ob er zB auch schon älter hätte sein können. All dies ist auch von der Bekl., die dies aber kündigungsbegründend anführen möchte, nicht weiter aufgeklärt worden.

Schließlich läge im Anspucken des Autos des Herrn C – wollte man entgegen der Würdigung der Berufungskammer einen hinreichenden Verdacht zur Täterschaft des Kl. bejahen – keine Sachbeschädigung, sondern – dann erneut – eine ehrverletzende Kundgabe der Missachtung. Das Verhalten stünde dann immer noch in einem sehr engen zeitlichen und räumlichen Kontext zur vorangegangenen Beleidigung und richtete sich nunmehr tätlich gegen einen Herrn C gehörenden Gegenstand. Es begründete durchaus eine gleichfalls und erst Recht im Kontext erhebliche Pflichtverletzung, wäre aber gleichfalls steuerbar und in dem bislang unbelasteten Arbeitsverhältnis vorrangig mit einer Abmahnung zu beantworten. Diese bringt bereits hinreichend zum Ausdruck, dass die Bekl. derlei Fehlverhalten nicht toleriert und im Wiederholungsfall mit einer Kündigung beantworten wird. Damit ist dem Betriebsfrieden und auch dem notwendigen Schutz des Arbeitskollegen C für die Zukunft hinreichend Genüge getan, denn dass der Kl., der für solcherlei Ausfälle bislang überhaupt nicht bekannt war, sich nicht durch die Abmahnung würde leiten und zur Raison bringen lassen, steht nicht zu erwarten. Der Kl. ist unterhaltspflichtig für drei Personen. Die Berufungskammer hat sehr wohl den Eindruck gewonnen, dass er sich jedenfalls durch die Reaktion der Bekl. nunmehr klar darüber geworden ist, was es für ihn und die ihm Schutzbefohlenen bedeutet, den Arbeitsplatz und damit die wirtschaftliche Existenzgrundlage zu verlieren. Diese Einsichtsfähigkeit hätte er zur Überzeugung der Kammer im Falle einer – wie gesagt: erstmaligen – Abmahnung sicherlich auch bereits gehabt.

bb) Die Kündigung kann von der Bekl. nicht erfolgreich auf den Vorwurf eines Diebstahls durch das Ansichnehmen der Vibratoren – gleichgültig, ob der Kl. nun alle, vier oder wie man nach dem Schriftsatz vom 16.10.2023 annehmen muss, jedenfalls wohl mindestens acht dieser Pakete an sich genommen hat – gestützt werden. Es mangelt bereits an einer Pflichtverletzung und selbst wenn man eine solche annähme, läge sie nicht in einer Straftat begründet, so dass auch dieses Fehlverhalten zuvor hätte abgemahnt werden können und müssen. Ob die Bekl., wie das ArbG meint, schon mangels hinreichender Betriebsratsanhörung gehindert ist, diesen Kündigungsgrund im Verfahren zur Begründung der Kündigung anzuführen, kann dahingestellt bleiben.

(1) Zwar begründen sowohl der nachgewiesene Diebstahl von Eigentum des Arbeitgebers als auch der dringende Verdacht einer solchen Tat an sich eine außerordentliche Kündigung.

Begeht nämlich ein Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit rechtswidrige und vorsätzliche – gegebenenfalls strafbare – Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen seines Arbeitgebers, verletzt er in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 II BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen. Ein solches Verhalten kann einen wichtigen Grund iSd § 626 I BGB darstellen. Dies gilt auch dann, wenn die rechtswidrige Handlung Gegenstände von geringem Wert betrifft oder zu einem nur geringfügigen, möglicherweise zu gar keinem Schaden geführt hat (BAG 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621 Rn. 27; 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571 Rn. 18; 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349 Rn. 26 = NZA 2010, 1227). Maßgebend ist der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch (BAG 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621 Rn. 27; 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, 17BAGE 142, 176 Rn. 17 = NZA 2012, 1025).

Verhaltensbedingte Gründe bilden aber nur dann einen wichtigen Grund, wenn der Gekündigte nicht nur objektiv, sondern auch rechtswidrig und schuldhaft, dh vorwerfbar seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verletzt hat (vgl. BAG 15.9.2011 – 8 AZR 846/09, NZA 2012, 377 Rn. 45; 14.2.1996 – 2 AZR 274/95, NZA 1996, 873). Spricht der Arbeitgeber eine Tatündigung wegen eines vorsätzlichen Verhaltens des Arbeitnehmers aus, muss er Umstände vortragen und beweisen, die neben dem objektiven Tatbestand der Pflichtverletzung auch den Vorsatzvorwurf begründen können. Bei der

Verdachtskündigung müssen hinreichende Tatsachen zur Begründung einer großen Wahrscheinlichkeit vorsätzlichen Handelns des Arbeitnehmers dargelegt und im Bestreitensfalle nachgewiesen werden (vgl. BAG 15.9.2011 – 8 AZR 846/09, NZA 2012, 377 Rn. 45).

(2) Sowohl für den strafrechtlichen Vorwurf eines Diebstahls als auch für die arbeitsrechtliche Bewertung einer schwerwiegenden Pflichtverletzung ist somit Voraussetzung, dass die in einer Mülltonne abgelegten oder neben einer solchen abgestellten 10 Pakete mit Vibratoren, die unstreitig vom bisherigen Eigner zur Müllentsorgung bereit- bzw. abgestellt waren, für den Kl. bei der Ansichnahme nicht nur objektiv fremde Sachen waren, sondern er insoweit auch vorsätzlich handelte, ihm die Fremdheit also bewusst war.

Die Rechtsfrage, ob beim zur Müllentsorgung bereitgestellten Müll bzw. einzelnen Bestandteilen desselben ein Fall der Dereliktion nach § 959 BGB vorliegt, so dass die Sachen herrenlos werden und eine Aneignung nach § 958 BGB in Betracht kommt, wird in Rechtsprechung und Literatur sehr kontrovers behandelt (vgl. zum Streitstand allein Staudinger/Heinze, Neubearb. 2020, BGB § 959 Rn. 3f. mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand). Während noch das RG auf dem Standpunkt stand, dass Gegenstände, die zur Müllentsorgung in einen entsprechenden Behälter entsorgt bzw. zur Entsorgung bereitgestellt werden, wegen Eigentums- und Besitzaufgabe herrenlos sind (RG 3.2.1914 – II 823/13, RGSt 48, 121 (123f.)); ebenso auch in neuerer Zeit noch LG Bonn 25.6.2002 – 18 O 184/01, NJW 2003, 673 bei Sperrmüll und MüKoBGB/Oechsler, 9. Aufl., BGB § 958 Rn. 5, § 959 Rn. 4 zu Hausmüll), wird in der jüngeren Rechtsprechung und Literatur teilweise stärker nach den Umständen des Einzelfalls differenziert (vgl. zB OLG Hamm 10.2.2011 – III-3 RVs 103/10, BeckRS 2011, 7785 zur für den Fall abgelehnten Dereliktion, dass jemand eine EC-Karte zur Entsorgung in den in den Geschäftsräumen einer Bank befindlichen Abfallbehälter verbringt). Auch der BGH hat jedenfalls für den Fall der Altpapierentsorgung, aber ohne abschließende Klärung erkennen lassen, dass er der Auffassung zuneigt, dass der Endverbraucher durch das Bereitstellen des Altpapiers zur Abholung sein Eigentum hieran nicht gem. § 959 BGB aufgeben möchte, sondern dass das Abstellen zur Entsorgung als Übereignungsangebot an den, den es angeht zwecks ordnungsgemäßer Entsorgung aufgefasst werden könnte (BGH 16.10.2015 – V ZR 240/14, NJW 2016, 1887 Rn. 12, 25). Auch der BGH betont dabei, dass allgemeingültige Aussagen nicht möglich seien, entscheidend zur Bestimmung eines Erklärungsinhalts des Verhaltens des Endverbrauchers vielmehr die Umstände des Einzelfalls seien (BGH 16.10.2015 – V ZR 240/14, NJW 2016, 1887 Rn. 12). Nimmt man wiederum ein Übereignungsangebot an den, den es angeht an, müsste dieses auch durch den Betreffenden angenommen werden, woran es aus Sicht des BGH aber fehlt, wenn der das Müllgut abholende Erklärungsempfänger keinen Fremderwerbswillen, sondern allein den Willen zum unmittelbaren Eigenerwerb hat (BGH 16.10.2015 – V ZR 240/14, NJW 2016, 1887 Rn. 17). Ob dies gleichermaßen auch bei Arbeitnehmern gelten kann, die besitzrechtlich Besitzdiener nach § 855 BGB sind, ist damit nicht entschieden worden. Die Besitzdienereigenschaft führt aber nicht zur Eigentumsbegründung beim Arbeitgeber durch Annahme eines entsprechenden Angebots des Endverbrauchers, wenn der den Müll an sich nehmende Mitarbeiter ihn erkennbar nicht zur Entsorgung, sondern zur eigenen Verwendung an sich nimmt. Geschädigt würde dann aber nicht das Eigentum des Arbeitgebers, sondern allenfalls das des bisherigen Eigentümers und Endverbrauchers. Arbeitgeberseitig geschädigt werden könnte gegebenenfalls das Ansehen des Entsorgungsunternehmens, seine Reputation – vorausgesetzt, der Endverbraucher hätte im vorliegenden Kontext ein Problem mit der Ansichnahme statt Entsorgung der 10 originalverpackten, also ungenutzten Vibratoren. Diese Frage kann im Übrigen auch durchaus eine Rolle spielen bei der Würdigung, ob dem Abstellen der 10 Pakete mit originalverpackten Vibratoren oder aber dem Verbringen in die Mülltonne im konkreten Fall ein Wille zur Eigentumsaufgabe zu entnehmen ist oder nicht (vgl. insoweit auch MüKoBGB/Oechsler, 9. Aufl., BGB § 959 Rn. 4). Diese Fragen sind allesamt schon vom Sachverhalt her ungeklärt, die Bekl. hat nicht ermittelt und trägt daher auch nichts Näheres dazu vor, mit welcher erkennbaren Intention die Pakete in den Hausmüll bzw. neben die Mülltonne zur Entsorgung verbracht worden sein könnten. Damit lässt sich aber auch nicht klären, ob von der betreffenden Person allein die Übereignung an das

Müllentsorgungsunternehmen beabsichtigt war oder ob es ihr gleichgültig war, wer die immerhin originalverpackten, ungenutzten Sexspielzeuge, die keinerlei Bezug zur Person des vorherigen Besitzers oder Eigentümers enthielten oder herstellen ließen, zu welchem Zweck an sich nehmen würde.

Wenn aber schon die objektive Sach- und Rechtslage zu den Eigentumsverhältnissen bei zur Entsorgung bereitgestelltem Müll generell und im Speziellen bei den 10 Paketen mit den Vibratoren im vorliegenden Fall unklar ist, kann selbst dann, wenn man sich auf den Standpunkt stellte, es habe ein Eigentumserwerb der Bekl. in ihrer Eigenschaft als Entsorgungsunternehmen stattgefunden, jedenfalls kein Vorsatz des Kl. angenommen werden, er hätte seinen Arbeitgeber hier bestehlen wollen. Denn dass die Pakete nicht herrenlos und mithin für ihn fremd waren, noch dazu, dass sie zum Eigentum des Arbeitgebers gehörten, war dem Kl. unwiderlegt nicht bewusst. Dafür spricht im Übrigen neben der schwierigen Rechtslage und der ungeklärten Sachlage auch die Art der Verwendung durch den Kl. Dieser hat ja nicht etwa ein Geheimnis aus seiner „Quelle“, also der Herkunft der Pakete gemacht, war sich also offenkundig keiner Verfehlung bewusst. Betroffen ist hier auch nicht etwa nur ein Verbotsirrtum, sondern von vornherein das Bewusstsein, eine fremde, eben nicht wie vom Kl. angenommen herrenlose Sache an sich genommen zu haben.

Dieses Bewusstsein ist offenbar auch nicht etwa durch eine entsprechende Arbeitsanweisung, idealerweise dann natürlich auch textlich festgehalten, durch die Bekl. geschaffen oder gefördert worden. Sie trägt nicht vor, dass es irgendwann eine ausdrückliche Anweisung gegeben hätte, die das Ansichnehmen von Müllgut durch die Mitarbeiter schlicht untersagt. Angesichts der unklaren Rechtslage zu den Eigentumsverhältnissen bei zur Entsorgung bereitgestelltem Müll und angesichts der Tatsache, dass ja auch die Bekl. keinesfalls ein Interesse an irgendeiner anderen Verwendung oder Verwertung als zum Zwecke der Entsorgung hat, so dass ein Vermögensverlust bei ihr nicht eintritt, wenn Müllbestandteile durch Mitarbeiter an sich genommen werden, wäre eine entsprechend klare Arbeitsanweisung aber sicherlich sinnvoll gewesen. Ein Verstoß gegen eine solche müsste nicht gleich ein Eigentumsdelikt begründen, stellte dann aber einen Pflichtverstoß – eben gegen die Anweisung – dar, der auch kündigungsrechtlich Bedeutung erlangen kann.

Auf der Grundlage des hier gegebenen Sachverhalts kann eine solche kündigungsrechtlich relevante Pflichtverletzung mangels Vorsatzes des Kl. hingegen nicht festgestellt werden. Nicht einmal ein entsprechender Verdacht ist begründet.

(3) Selbst wenn man einen Pflichtverstoß begründet sähe, fehlte es an jeglichem Schädigungsvorsatz des Kl., so dass auch in diesem Fall mangels feststellbaren besonderen Schweregrades bei aber vorhandener Steuerbarkeit und bislang gänzlich unbelastetem Arbeitsverhältnis jedenfalls der Ausspruch einer Abmahnung vorrangig gewesen wäre.

cc) Als deutlich schwergewichtigerer Kündigungsgrund der Bekl. verbleibt aus Sicht der Berufungskammer die gravierende Ehrverletzung der Betriebsratsmitglieder durch das in jeder Hinsicht unverschämte „Weihnachtsgeschenk“ des Kl., nämlich die Übergabe der 3 Pakete mit Vibratoren. Darin liegt ein schwerwiegender Pflichtverstoß, nämlich sowohl eine sexuelle Belästigung der betroffenen Betriebsräte als auch eine gravierende Ehrverletzung und mithin Beleidigung, die an sich zur außerordentlichen Kündigung berechtigte. Allein aufgrund der in der Gesamtschau nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme festzustellenden Einzelfallumstände gelangt die Berufungskammer hier im Rahmen der Interessenabwägung noch zu dem Ergebnis, dass das Verhalten gleichwohl keine Kündigung rechtfertigt.

(1) Im Hinblick auf die grundsätzliche Kündigungsrelevanz der Beleidigung von Arbeitskollegen, zu denen die Betriebsratsmitglieder zählen, kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

In der Übergabe der drei Pakete mit Vibratoren am 22.12.2022 liegt die Kundgabe einer Missachtung der Betriebsräte. Gleichgültig, ob der Kl. – was die Bekl. wieder nur vermuten, aber nicht beweisen kann – nun gegenüber Dritten wie der Herrn X informierenden, anonymen Person geäußert hat, der Erklärungswert dieses Geschenks liege darin, dass sich die Betriebsräte jene Geräte „in den Arsch stecken sollten, damit sie auch mal wieder etwas zu lachen haben“, liegt der objektive und offenkundig auch vom Kl. so gemeinte Erklärungsinhalt durchaus darin, die Betriebsratsmitglieder als Personen darzustellen, die eine solche künstlich stimulierende Belustigung nötig haben. Darin liegt die Kundgabe einer Geringschätzung, die auf eine Ehrverletzung gerichtet ist, und mithin eine Beleidigung. Keineswegs war es so, dass – wie die Klägervertreterin mit ihrer schriftsätzlichen Aussage, Vibratoren sollten „Freude schenken“ suggeriert – es dem Kl. hier um Wertschätzung und ein ehrlich gemeintes, Freude schaffendes „Geschenk“ ging. Allein schon der zeitliche Kontext zu dem vorherigen, für den Kl. wenig erfreulich verlaufenen Personalgespräch, in dem er sich durch die Betriebsräte nicht gebührend vertreten fühlte, sowie der Umstand, dass der Kl. auch nach eigenem Bekunden bislang noch nie dem Betriebsrat ein Geschenk gemacht hat – gleichgültig, ob dieser es überhaupt hätte annehmen dürfen – zeigen, dass hier natürlich kein freundlich oder gar freundschaftlich gemeintes Geschenk zu bzw. kurz vor Weihnachten bezweckt war, sondern eine Retourkutsche wegen der aus Sicht des Kl. ungenügenden vorherigen Vertretung im Personalgespräch.

Hinzu kommt, dass hier mit dieser Art von Geschenk eine sexuelle Belästigung der Betriebsratsmitglieder einherging.

Auch eine sexuelle Belästigung iSv § 3 IV AGG ist gem. § 7 III AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten, die „an sich“ als wichtiger Grund iSv § 626 I BGB geeignet ist (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 24 = NZA 2021, 1178; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 15 = NZA 2017, 1121; 20.11.2014 – 2 AZR 651/13, BAGE 150, 109 Rn. 15 = NZA 2015, 294). Sie liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch sexuell bestimmte Bemerkungen sexuellen Inhalts gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Im Unterschied zu § 3 III AGG können auch einmalige sexuell bestimmte Verhaltensweisen den Tatbestand einer sexuellen Belästigung erfüllen (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 24 = NZA 2021, 1178; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 17 = NZA 2017, 1121). Schutzgut der §§ 7 III, 3 IV AGG ist die sexuelle Selbstbestimmung als Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 I iVm Art. 1 I GG (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 24 = NZA 2021, 1178; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 18 = NZA 2017, 1121). Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wird als das Recht verstanden, selbst darüber zu entscheiden, unter den gegebenen Umständen von einem oder mehreren anderen in ein sexualbezogenes Geschehen involviert zu werden (Köhler/Koops BB 2015, 2807 (2808)).

Ein sexualbezogener Übergriff liegt auch dann vor, wenn das Verhalten das Geschlechtliche im Menschen zum unmittelbaren Gegenstand hat (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 24 = NZA 2021, 1178). Bei anderen Handlungen, für die dies nicht ohne Weiteres zutrifft, kann sich eine Sexualbezogenheit aufgrund der mit ihnen verfolgten sexuellen Absicht ergeben (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 24 = NZA 2021, 1178; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 18 = NZA 2017, 1121). Eine solche kann auch darin bestehen, den Betroffenen unter Verletzung seines Rechts auf Selbstbestimmung sexualbezogen zu beschämen. Geht es dagegen um ein Verhalten, das das Geschlechtliche im Menschen unmittelbar zum Gegenstand hat, genügt für das „Bewirken“ iSv § 3 IV AGG der bloße Eintritt der Belästigung. Gegenteilige Absichten oder Vorstellungen der für dieses Ergebnis aufgrund ihres Verhaltens objektiv verantwortlichen Person spielen keine Rolle (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE 175, 94 Rn. 24 = NZA 2021, 1178; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 20 = NZA 2017, 1121; 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 Rn. 19). Das Tatbestandsmerkmal der Unerwünschtheit verlangt nicht, dass der Betroffene seine ablehnende Einstellung zu den fraglichen Verhaltensweisen aktiv verdeutlicht hat. Maßgeblich ist allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war (BAG 20.5.2021 – 2 AZR 596/20, BAGE

175, 94 Rn. 24 = NZA 2021, 1178; 29.6.2017 – 2 AZR 302/16, BAGE 159, 267 Rn. 21 = NZA 2017, 1121; 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, NZA 2011, 1342 Rn. 19).

Im vorliegenden Fall liegt mit der Übergabe von Paketen mit Vibratoren an die Betriebsratsmitglieder ein unmittelbar sexualbezogenes Verhalten vor, das bezweckte, die Empfänger sexualbezogen zu beschämen und in der Betriebsöffentlichkeit lächerlich zu machen. Damit verbunden war der vorstehend bereits wiedergegebene sexualbezogene und eine Ehrverletzung bezweckende Erklärungsinhalt. Die Unerwünschtheit war objektiv zudem klar erkennbar. Es ging dem Kl. um die Überbringung einer Nachricht mit seinen „Geschenken“, nämlich die der Geringschätzung der Betriebsräte, denen er ein sexuell nicht hinreichend befriedigtes Leben unterstellte, weshalb sie diese „Geschenke“ benötigten. Der Charakter der Retourkutsche steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zudem fest, da alle drei als Zeugen vernommenen Betriebsratsmitglieder übereinstimmend bekundet haben, der Kl. habe die Pakete nicht nur einfach als „Geschenk“ überreicht, sondern verbunden mit den Worten „Das habt Ihr Euch verdient.“ Als „Verdienst“ konnte ja nur die kurz zuvor erfolgte Begleitung des Kl. im Personalgespräch gemeint gewesen sein, mit der der Kl. nach seiner eigenen Einlassung in der mündlichen Verhandlung vom 29.8.2023 aber keineswegs zufrieden war. In dieser mündlichen Verhandlung stellte der Kl. auch erstmals diese Aussage („Das habt Ihr Euch verdient“) streitig, die zuvor noch erstinstanzlich Bestandteil des unstreitigen Vorbringens beider Parteien gewesen ist. Diese wie auch weitere Einlassungen des Kl. lassen auf eine geringe Wahrheitsliebe oder ein schlechtes Gedächtnis schließen; beides ist in diesem Zusammenhang aber nicht Kündigungsgrund der Bekl., die auch keinen Auflösungsantrag gestellt hat. Das Bestreiten des Kl. ist allerdings widerlegt durch die Bekundungen der Betriebsräte L, U und V. Deren Aussagen sind glaubhaft und Bedenken gegen ihre Glaubwürdigkeit sind nicht ansatzweise ersichtlich. Im Gegenteil haben diese Zeugen sehr gut nachvollziehbar und in sich stringent und widerspruchsfrei den Sachverhalt aus ihrer Erinnerung wiedergegeben. Sie haben auch keinerlei Belastungstendenz gegenüber dem Kl. erkennen lassen, im Gegenteil hat der Zeuge L für den Kl. nicht unentscheidend günstig dessen Entschuldigung noch am 22.12.2022 bestätigt, was bei einer Belastungstendenz sicherlich nicht der Fall gewesen wäre.

Ob es der Kl. war, der den Umstand seines Geschenks und den Inhalt im Betrieb sodann verbreitet hat, kann vermutet werden und wird hier zugunsten der Bekl. als wahr unterstellt. Naheliegend ist es schon deshalb, weil der Kl. den Zweck der sexualbezogenen Bloßstellung der Betriebsräte verfolgt hat – welchen anderen Zweck hätten diese „Geschenke“ auch haben sollen? – und dazu die Verbreitung im Betrieb eine wesentliche zusätzliche Voraussetzung war. Außerdem kam, da nach auch insoweit übereinstimmender Bekundung aller vernommenen Zeugen vor dem Aufkommen der Gerüchte keines der Pakete, die von außen jedoch keinerlei Rückschluss auf ihren Inhalt zuließen, geöffnet worden war, allein der Kl. als derjenige in Betracht, der von seinem „Geschenk“ erzählt und damit die Gerüchte erst in Umlauf gebracht hat. Nicht zuletzt das hat er im Übrigen durch seine Unterschrift unter das Protokoll vom 28.12.2022 auch bestätigt. Seine Einlassung, den Text nicht gelesen und die dort niedergelegte Erklärung nicht getätigt zu haben, ist vor dem Hintergrund des zuvor Ausgeführten nicht glaubhaft.

Dass der Kl. noch weitergehend auch betriebsextern von seinem „Geschenk“ erzählt und jenem ominösen Dritten, der Herrn X angerufen haben soll, gesagt hat, dass sich die Betriebsräte die Geräte „in den Arsch stecken sollten, damit sie auch mal wieder etwas zu lachen haben“, kann nicht festgestellt werden, denn die Bekl. hat Herrn X lediglich als Zeugen dafür benannt, dass er entsprechendes von der Person, deren Namen er aber nicht nennen wolle, gehört habe. Das wiederum kann die Berufungskammer zugunsten der Bekl. als wahr unterstellen und beweist gleichwohl nicht, dass, wann und wie der Kl. selbst diese Aussage wem gegenüber getroffen hätte. Beweis erheben kann die Kammer hierzu aber nur auf Grundlage eines entsprechenden Vortrags der beweisbelasteten Bekl. und nicht in Ausforschung des Sachverhalts von Amts wegen. Entscheidende Unterschiede ergeben sich aber nicht, denn der objektive, sexuell belästigende Erklärungswert der

Übergabe der Vibratoren an die Betriebsratsmitglieder ist mit dieser dem Kl. unterstellten verbalen Äußerung nahezu identisch, wie zuvor bereits aufgezeigt.

Wie ebenfalls alle drei Zeugen gut nachvollziehbar und glaubhaft bekundet haben, hat das „Geschenk“, als ein Paket dann geöffnet worden war, ihre erhebliche Verärgerung ausgelöst. Das musste dem Kl. ebenso klar und mithin in seinen Plan aufgenommen worden sein wie der Umstand, dass diese Pakete früher oder später eben geöffnet und ihr sexualbezogener Inhalt offenbar würde. Das war der Zweck des mithin vorsätzlichen Handelns des Kl.

(2) Gleichwohl gelangt die Berufungskammer ebenfalls auf der Grundlage des Ergebnisses der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, dass im vorliegenden Fall aufgrund den Kl. entlastender Umstände noch nicht alles Vertrauen in eine ordnungsgemäße Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Zukunft zerstört und das Arbeitsverhältnis daher – wenn auch sicherlich nicht abmahnungsfrei – fortzusetzen ist.

Im Rahmen der Gesamtwürdigung ergibt sich den Kl. deutlich belastend hier eine vorsätzliche Beleidigung der Betriebsratsmitglieder und zugleich deren sexuelle Belästigung durch die Übergabe der Pakete mit den Vibratoren. Dass der sexuellen Belästigung sicherlich nicht entgegensteht, dass alle Betroffenen Männer waren, sei nur am Rande erwähnt und dürfte nach den vorstehend gemachten Ausführungen wirklich offensichtlich sein. Denn es kommt nicht auf den üblichen Adressatenkreis eines Sexspielzeugs wie dem hier in Rede stehenden an, sondern auf den mit der Übergabe bezweckten, sexualbezogenen Erklärungs(un)wert. Dem Kl. kann auch nicht wie noch bei der – hier unterstellten – Beleidigung des Kollegen C ein Augenblicksversagen im Rahmen eines Disputs zu Gute gehalten werden. Zwischen dem Personalgespräch und der Überreichung der Pakete im Betriebsratsbüro am 22.12.2022 lag unstreitig mehr als eine Stunde Zeit. Das Handeln des Kl. folgte mithin unstreitig keiner klugen, aber einer überlegten Vorgehensweise. Verwerflich ist darüber hinaus, dass eine sexuelle Belästigung und Beleidigung, die schon gegenüber Arbeitskollegen generell eine erhebliche Pflichtverletzung begründet, sich hier gegen Betriebsratsmitglieder richtete, die einfach nur ihre gesetzliche Aufgabe wahrgenommen hatten. Dabei müssen sie eben nicht immer einer Meinung mit dem Kl. sein, ver- wahren sich aber völlig zu Recht gegen derlei respektloses Nachtreten, wie der Kl. es hier praktiziert hat. Sein Verhalten war damit geeignet, den Betriebsfrieden erheblich zu beeinträchtigen und dem Ansehen sowohl des Betriebsrats als Organ der Betriebsverfassung als auch dem Betrieb als solchem zu schaden. Eine Rechtfertigung für das Verhalten des Kl. gibt es zudem in keiner Weise.

Zugunsten des Kl. bleibt auch hier – denn es liegen mit der Auseinandersetzung mit Herrn C und dem hier nun vorliegenden Vorfall der Beleidigung und sexuellen Belästigung der Betriebsräte Sachverhalte vor, die eng zeitlich und sachlich miteinander verknüpft sind und denen keine Abmahnung zwischengeschaltet war – zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis zwar noch nicht jahrzehntelang, aber doch 6 1/3 Jahre lang beanstandungsfrei und ohne jede Abmahnung bestanden hat. Dass der Kl. zuvor als Heißsporn aufgefallen wäre, ist einzig, aber ohne irgendeine Substanz und zudem ohne konkreten Beweisantritt zu irgendwelchen Vorfällen und mithin unbeachtlich einmal in der mündlichen Verhandlung vom 29.8.2023 von der Personalleiterin behauptet und direkt klägerseitig bestritten worden. Obwohl nachfolgend Gelegenheit zur weiteren Stellungnahme bestanden hat, ist diese Pauschalbehauptung zu keiner Zeit weiterverfolgt und einlassungsfähig sowie überprüfbar konkretisiert worden.

Zugunsten des Kl. kann somit durchaus noch von einer Steuerbarkeit ausgegangen werden. Obgleich die Pflichtverletzungen hier schon gravierend sind, liegt ein Versagen in einem eng miteinander verknüpften Lebenssachverhalt vor. Dass auch nach Abmahnung zu erwarten wäre, dass der Kl. sich erneut in solcher Weise daneben benimmt, kann aufgrund des bisherigen Verhaltens im Arbeitsverhältnis nicht angenommen werden.

Hinzu kommt durchaus entscheidend und diese Prognose positiv unterstützend, dass sich der Kl. nicht etwa – wie die Bekl. es ihm vorhält – erst bei den Betriebsräten entschuldigt hat, als bereits arbeitsrechtliche Konsequenzen in Gestalt der Kündigung konkret absehbar waren, sondern noch am 22.12.2022 im Telefonat mit Herrn L und damit noch deutlich bevor das erste Paket überhaupt geöffnet und an die Personalabteilung weitergereicht worden war. Das hat die Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen L gleichfalls zur Überzeugung der Berufungskammer ergeben, wäre jedenfalls aber mit seiner Aussage von der beweispflichtigen Bekl. nicht widerlegt worden. Herr L hat ausdrücklich bekundet und damit die gleichlautende Behauptung des Kl. bestätigt, dass der Kl. sich noch am Abend des 22.12.2022, also dem Tag der Übergabe der Pakete, bei ihm telefonisch für sein Handeln entschuldigt habe. Zu diesem Zeitpunkt sei aufgrund der „Gerüchteküche“ auch dem Zeugen trotz noch nicht erfolgter Öffnung der Pakete klar gewesen, dass sich wohl Sexspielzeuge in den Paketen befanden. Darüber hinaus habe der Kl. sich telefonisch nochmal am Folgetag entschuldigt – da sei die Sache aber schon bei der Personalabteilung gewesen – und nochmals am 28.12.2022, bevor man in das dann folgende Personalgespräch gegangen sei. Auch der Zeuge U hat bekundet, dass der Kl. sich am Abend des 23.12.2022 telefonisch bei ihm entschuldigt habe. Das war zwar bereits nach Weitergabe der Pakete an die Personalabteilung, aber ebenfalls noch deutlich vor einer für den Kl. konkret erkennbaren kündigungsrechtlichen Konsequenz der Personalabteilung. Der Zeuge V hat zwar keine Entschuldigung bestätigt, aber auch bekundet, nach dem 23.12.2022 mittags keinen Kontakt mehr mit dem Kl. gehabt zu haben. Zur Überzeugung der Berufungskammer steht damit fest, dass der Kl. sich sehr schnell bereits darüber klar geworden ist, dass er eine riesige Dummheit begangen hat. Er hat sich bei Herrn L noch am 22.12.2022 entschuldigt, was man als ehrliche und noch nicht durch unmittelbar befürchtete kündigungsrechtliche Konsequenzen in ihrer Wirkung abgeschwächte Reue berücksichtigen muss.

Daran zeigt sich auch, dass es sich bei dem Kl. nicht um jemand handelt, der keine Einsichtsfähigkeit besäße. Hinzu kommt, dass alle drei unmittelbar betroffenen Betriebsratsmitglieder übereinstimmend bekundet haben, zwar verärgert über diese „Geschenke“ gewesen zu sein – und dies zu Recht –, sich aber nicht etwa sexuell belästigt gefühlt zu haben. Das führt nicht dazu, dass keine sexuelle Belästigung vorläge, wohl aber dazu, dass deren Gewicht im Rahmen der Interessenabwägung deutlich schwächer ausfällt. Es bleibt mithin vor allem eine Beleidigung an sich. Auch diese wirkt noch schwer, die Auswirkungen wurden durch die sehr schnelle Entschuldigung aber ebenfalls noch in Grenzen gehalten. Auch wenn die Aktion als solche in die Betriebsöffentlichkeit und teilweise auch extern zur Kenntnis gelangte und der Kl. sicherlich zumindest für Ersteres unmittelbar Verantwortung trägt, waren die Auswirkungen auf den Betriebsfrieden durchaus noch überschaubar. Ein Schaden im Übrigen, insbesondere in materieller Hinsicht ist weder der Bekl. noch den anderen Bet. entstanden. Ordnung und Disziplin im Betrieb wiederherzustellen dürfte mit der erfolgten Entschuldigung des Kl. und einer Abmahnung ebenso effektiv möglich sein, so dass es hierzu keiner Kündigung als ultima ratio bedurfte. Abschließend gilt auch im Kontext des vorliegenden Verfahrens der Grundsatz, dass es keine absoluten Kündigungsgründe gibt (BAG 19.4.2012 – 2 AZR 186/11, NZA 2013, 27 Rn. 28; 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BAGE 134, 349 Rn. 16 = NZA 2010, 1227). Vielmehr sind wie bereits vorstehend ausgeführt immer alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen im Hinblick auf die Frage, ob das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten zur (außerordentlichen) Beendigung – auch ohne vorangegangene Abmahnung – ausreicht. Aus den dargelegten Gründen ist das hier noch nicht der Fall, wobei der Kl. gewarnt sein mag: Kommt es in Zukunft erneut zu derlei oder ähnlich beleidigendem und/oder sonst ausfälligem Verhalten gegenüber Dritten, wäre die hier noch aus den genannten Gründen gefolgerte Prognose einer positiven Steuerbarkeit sicherlich nicht mehr aufrechtzuerhalten. Dann folgt der hier befürworteten „gelben“ die sprichwörtliche „rote Karte“.

dd) So wenig die einzelnen Kündigungsgründe aus den vorstehend genannten Gründen die Kündigung zu rechtfertigen vermögen, so wenig ist dies in einer Gesamtschau des Gesamtverhaltens am 21./22./23.12.2022 der Fall. Der sachliche und zeitliche Bezug der Kündigungsgründe ist ohnehin so

eng, dass die vorstehenden Ausführungen zur Interessenabwägung und Abmahnfähigkeit des Verhaltens schon aufeinander Bezug genommen haben und miteinander verknüpft waren. Auch in der Gesamtschau ist dem Kl. vorzuhalten, in dem besagten engen zeitlichen Rahmen vor Weihnachten 2022 seine Emotionen nicht mehr im Griff gehabt und die Grundlagen respektvollen Umgangs miteinander schwerwiegend außer Acht gelassen zu haben. Da jedoch den miteinander in Verbindung stehenden Verhaltensweisen keine – wie gesehen erforderliche – Abmahnung zwischengeschaltet war, kann auch die Gesamtwürdigung noch nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. Das weitere Fehlverhalten des Kl. gegenüber dem Betriebsrat ist zwar von erheblichem Gewicht, konnte in seinen Auswirkungen auf Betriebsfrieden und -disziplin und -ordnung jedoch noch eingefangen werden. Die frühzeitigen Entschuldigungen des Kl. beweisen seine Steuerbarkeit und Einsichtsfähigkeit jedenfalls bei dem letztgenannten Vorfall deutlich. Er ist weder charakterlich als Heißsporn bekannt noch bislang durch – insbesondere abgemahntes – Fehlverhalten aufgefallen. Es kann somit durchaus erwartet werden, dass dem Kl. als Familienvater mit einer Abmahnung hinreichend vor Augen geführt sein wird, was er alles aufs Spiel setzt, wenn er sich noch einmal in einer solchen Weise daneben benimmt, wie es kurz vor Weihnachten 2022 geschehen ist.

Ebenso gilt all dies unter Berücksichtigung auch noch des Kündigungsgrundes des Diebstahls, der schon dem Grunde nach aus den dargelegten Gründen nicht begründet ist. Nähme man trotz nicht dargelegter Arbeitsanweisungen der Bekl. an, der Kl. hätte wissen müssen, dass er die Pakete mit den Vibratoren nicht hätte annehmen dürfen, liegt wie ebenfalls aufgezeigt und auch in der Gesamtschau ein derart geringfügiges Vergehen vor, dass diesbezüglich auf jeden Fall eine Abmahnung vorrangig wäre. Insoweit wäre es Sache der Bekl., zuerst für klare Verhältnisse durch entsprechende Arbeitsanweisungen in einem rechtlich ansonsten nämlich durchaus schwierigen Umfeld zu sorgen.

c) Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung führt ebenfalls nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Sie erweist sich aus den genannten Gründen, die die Beendigung generell und nicht nur bezogen auf die fristlose im Vergleich zur fristgerechten Kündigung zum Gegenstand haben und für unverhältnismäßig erklären, soweit nicht teilweise (Vorwurf des Diebstahls) von vornherein schon kein Pflichtverstoß begründbar ist, als sozial ungerechtfertigt iSv § 1 II KSchG.

2. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsantrag des Kl. ist angesichts des erneuten Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag nach den Grundsätzen der Entscheidung des Großen Senats des BAG (vgl. BAG 27.2.1985 – GS 1/84, BAGE 48, 122 = NZA 1985, 702 – Beschäftigungspflicht) begründet. Der Beschäftigung des Kl. trotz Obsiegens in zwei gerichtlichen Instanzen entgegenstehende und überwiegende schutzwerte Interessen der Bekl. sind nicht ersichtlich und auch nicht dargelegt worden.