

## **Der 5. Senat des BAG – ein rechtspolitischer Weichensteller?**

Von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

Der 5. Senat des BAG ist „im Wesentlichen zuständig für Fragen des Arbeitsentgelts und des Annahmeverzugs, der Entgeltfortzahlung bei Krankheit sowie der Vergütung beim Mutterschutz“ – so lässt es sich der Homepage des BAG entnehmen.<sup>1</sup> Dies erweckt den Eindruck, dass es um eher sekundäre Probleme geht. Ist nicht das beim 1. Senat angesiedelte „Arbeitskampfrecht“ sehr viel wichtiger, und gilt nicht dasselbe für den Kündigungsschutz, der in die Zuständigkeit des 2. Senats fällt? Auch das Tarifrecht des 4. Senats und das zwischen dem 1. und dem 7. Senat aufgeteilte Betriebsverfassungsrecht scheint zumindest in der breiten Öffentlichkeit stärkeres Interesse zu finden.

Im Folgenden soll dieser Eindruck am Beispiel von Entscheidungen des 5. Senats überprüft werden, dessen Vorsitz Rüdiger Linck am 27. Oktober 2017 übernahm. Dabei ist allerdings zunächst auf eine Entscheidung aus der Zeit vor der „Linck-Ära“ einzugehen, die durch die Aussage „Der Arbeitnehmer ist Verbraucher im Rechtssinne“ charakterisiert ist. In die Ära Linck fielen dann Entscheidungen zum Betriebsrisiko in der Pandemie sowie über das „böswillige Unterlassen anderweitigen Erwerbs“ nach Kündigung. Die größte mediale Aufmerksamkeit dürfte die Entscheidung über die tarifliche Abweichung vom Equal-Pay-Prinzip bei der Leiharbeit gefunden haben, der eine Vorlage an den EuGH vorausgegangen war. Schließlich soll eine der wenigen Urteile erwähnt werden, die es bisher zur Plattformarbeit gibt: Kann der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag vereinbaren, dass der Arbeitnehmer sein eigenes Handy und/oder sein eigenes Fahrrad mitbringen muss, um so für ein reibungsloses Ausfahren von Speisen aller Art zu sorgen?

### **I. Der Arbeitnehmer als Verbraucher**

Ob Verbraucherrecht im Arbeitsverhältnis angewandt werden kann, wird in vielen anderen Ländern als denkbar fernliegende Frage angesehen. Dagegen spricht schon der alltägliche Sprachgebrauch, der deutlich zwischen „Verbraucher“ und „Arbeitnehmer“ unterscheidet.

---

<sup>1</sup> <https://www.bundesarbeitsgericht.de/die-arbeitsgerichtsbarkeit/organisation/der-vizepraesident/> (abgerufen am 15.1.2025)

Auch gehört – etwas platt gesagt - der Verbraucher nach überkommener Auffassung ins Zivilrecht und der Arbeitnehmer ins Arbeitsrecht.

Die Schaffung des § 13 BGB und der „Einbau“ des Verbraucherrechts und einiger arbeitsvertraglicher Regelungen in das BGB durch das Fernabsatzgesetz<sup>2</sup> und durch das wenig später erlassene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>3</sup> haben die rechtlichen Rahmenbedingungen jedoch entscheidend verändert. Da § 13 BGB den Verbraucher lediglich „negativ“, als Nicht-Unternehmer definiert („Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“), ist vom Wortsinn her auch der Arbeitnehmer erfasst, der einen Arbeitsvertrag schließt, ihn verändert oder aufhebt. Ob man dies wirklich so sehen muss, war nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes eine wichtige Streitfrage, zu der sich eine ungewöhnlich große Zahl von Autoren geäußert hat.<sup>4</sup> Der 2. Senat des BAG hat die Frage zunächst dahinstehen lassen,<sup>5</sup> der 5. Senat hat sich dann mit eingehender Begründung für die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers ausgesprochen.<sup>6</sup> Dies konnte weitreichende Konsequenzen haben, weil gewissermaßen ein zusätzliches Teil-Rechtsgebiet, das in der Regel die schwächere Seite schützt, in das Arbeitsrecht integriert wurde.

Unanwendbar wurde die Vorschrift des § 288 Abs. 2 BGB, wonach der Zinssatz für Entgeltforderungen im Verzugsfall 8 % über dem Basiszinssatz liegt. Stattdessen gilt seither § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Zinssatz lediglich 5 % über dem Basiszinssatz liegt. Dies kommt allein der Arbeitgeberseite zugutekommt, da Arbeitnehmer nie Entgeltschuldner sind; auch soweit sie überzahlte Beträge zurückerstatten oder Schadensersatz leisten müssen, handelt es sich nicht um eine Entgeltschuld.

Sehr viel wichtiger ist freilich, dass § 310 Abs. 3 BGB anwendbar wird: Nach dieser Vorschrift unterliegt praktisch jeder Arbeitsvertrag der AGB-Kontrolle, es sei denn, der Arbeitnehmer habe seinerseits bestimmte Vertragsinhalte in die Verhandlungen eingebracht und ihre Fixierung im Vertrag erreicht. Dies ist insbesondere dort von Bedeutung, wo wie in vielen Kleinbetrieben

---

<sup>2</sup> Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro v. 27.6.2000, BGBl. I S. 897, berichtigt 1139.

<sup>3</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I S. 3138.

<sup>4</sup> Überblick bei Däubler/Deinert/Walser-Däubler, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 5. Aufl.2021, Einl. Rn.60 ff.

<sup>5</sup> BAG 27.11.2003 – 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597

<sup>6</sup> BAG 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111, 1115

kein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wird. Damit wird der arbeitsrechtliche Schutz gerade in einem Bereich erweitert, wo er besonders notwendig ist. Freilich erfolgte keine volle Gleichstellung mit dem Verbraucher: Zum einen sind nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ angemessen zu berücksichtigen, was die Rechtsprechung ohne wirklich einsichtigen Grund durchweg als Auftrag zur „Abmilderung“ der AGB-Kontrolle verstanden hat.<sup>7</sup> Zum andern fehlt die AGB-rechtliche Verbandsklage, die in § 15 UKlaG ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Verbraucher haben in vielen Situationen, z. B. bei einem Vertragsabschluss außerhalb von Geschäftsräumen, ein Widerrufsrecht, das nach § 355 Abs. 2 BGB innerhalb von 14 Tagen ausgeübt werden muss. Dies hätte man nicht nur auf den Arbeitsvertrag, sondern insbesondere auch auf den Aufhebungsvertrag erstrecken können, doch ist die Rechtsprechung entsprechenden Anregungen aus der Literatur nicht gefolgt.<sup>8</sup>

Verbrauchern gegenüber bestehen im Regelfall gesteigerte Informationspflichten, da ihnen anders als einem Unternehmer kein ausreichendes Wissen über den wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext des abgeschlossenen Vertrages unterstellt werden kann. Sie sind daher mit allen Informationen zu versorgen, die sie zur Vornahme freier und sachkundiger Entscheidungen benötigen.<sup>9</sup> Insbesondere beim Abschluss von Aufhebungsverträgen würde eine konsequente Übertragung dieses Grundsatzes ins Arbeitsrecht für Arbeitnehmer von hohem Nutzen sein.<sup>10</sup> Bisher sind allerdings insbesondere vom BAG kaum Versuche in dieser Richtung unternommen worden.

Der große Schritt, der mit der Qualifizierung des Arbeitnehmers als Verbraucher getan wurde, ist durch die recht bescheidene Ausformung der Konsequenzen entscheidend relativiert worden.

## **II. Die Einschränkung der Betriebsrisikolehre**

<sup>7</sup> So ist kein Fall bekannt, in dem die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten zu einer Verschärfung der AGB-Kontrolle geführt hätten. Überblick über die Rechtsprechung bei Däubler/Deinert/Walser-Deinert, § 310 BGB Rn.59 ff.

<sup>8</sup> BAG 27.11.2003 – 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597, bestätigt durch BAG 18.8. 2005 – 8 AZR 523/04, NZA 2006, 145, 149 zu § 312 BGB a.F.; BAG 7.2.2019 – 6 AZR 75/18, NZA 2019, 688 zum geltenden Recht

<sup>9</sup> Fleischer, Informationsasymmetrie und Vertragsrecht, 2001, S. 571

<sup>10</sup> Näher Däubler/Deinert/Walser-Däubler, Einl. Rn.147 ff.

Der Klimawandel führt schon heute zu einem Anstieg an Überschwemmungen, Dürreperioden, extremer Hitze und Tornados. Sie alle können dazu führen, dass in Unternehmen vorübergehend nicht mehr weitergearbeitet werden kann, weil dies faktisch unmöglich oder – wie bei großer Hitze – aus Gesundheitsgründen nicht zumutbar ist. Hier stellt sich das Problem, ob der Arbeitgeber während dieses Zeitraums nach § 615 Satz 3 BGB das Entgelt fortbezahlen muss, weil diese Ereignisse in sein „Betriebsrisiko“ fallen.

Die bisherige Rechtsprechung war recht eindeutig: Auch Naturkatastrophen fielen unter das Betriebsrisiko. So wurde beispielsweise ein „Geschehen, das von außen auf typische Betriebsmittel einwirkt und sich als höhere Gewalt darstellt, wie z. B. die Überschwemmung eines Fabrikgebäudes aufgrund einer Naturkatastrophe“ vom 5. Senat noch im Jahre 2015 zum Betriebsrisiko gerechnet.<sup>11</sup> Dasselbe galt, wenn das Fabrikgebäude durch Brand zerstört wurde.<sup>12</sup> Führte ein plötzlicher Kälteeinbruch dazu, dass die Heizung wegen Paraffinierung des Heizöls ausfiel, so gehörte auch dies trotz der Verursachung durch ein Naturereignis zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers.<sup>13</sup>

Von diesem Grundsatz ist der 5. Senat in seiner Entscheidung vom 13.10.2021<sup>14</sup> jedenfalls im Ergebnis abgewichen. Hat eine pandemiebedingte Betriebsschließung nichts mit der typischen Risikostruktur des Arbeitgeberunternehmens zu tun, sondern geht es ganz allgemein um den Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen, so fällt eine behördlich angeordnete Betriebsschließung nicht unter das Betriebsrisiko. Anders wäre es nur dann gewesen, wenn die Anordnung ausschließlich Betriebe betroffen hätte, die durch einen besonders intensiven Publikumsverkehr und dadurch bedingte hohe Ansteckungsgefahren charakterisiert waren (Gaststätten, Friseurläden). In diesem Abstellen auf die „typische Risikostruktur“ liegt die entscheidende Veränderung. Das Gericht hob entscheidend darauf ab, dass anders als in den früher entschiedenen Fällen eine staatliche Intervention vorlag, die ganz generell soziale Kontakte im Interesse des Gesundheitsschutzes zurückfahren wollte; eine ausdrückliche Distanzierung von der früheren Rechtsprechung erfolgte nicht.

---

<sup>11</sup> BAG 23.9.2015 – 5 AZR 146/14 – NZA 2016, 293 Tz. 22

<sup>12</sup> LAG Hamm 23.5.1986 – 17 (6) Sa 2091/85 – DB 1986, 1928 = LAGE § 615 BGB Nr. 7; vgl. auch BAG 28.9.1972 – 2 AZR 506/71 – AP Nr. 28 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

<sup>13</sup> BAG 9.3.1983 – 4 AZR 301/80 – DB 1983, 1496 = AP Nr. 31 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

<sup>14</sup> 5 AZR 211/21 – NZA 2022, 182

Die Entscheidung löste eine sehr reichhaltige Diskussion aus. In durchaus einsichtiger Weise wurde der neue Grundsatz auf Ereignisse übertragen, die mit dem Klimawandel zusammenhängen: Ein Unternehmer, der sich in einem schon bisher überschwemmungsgefährdeten Gebiet ansiedelt, trägt das Betriebsrisiko, wenn es tatsächlich zu einer Überschwemmung kommt. Handelte es sich stattdessen um eine Gegend, in der es bislang nie zu solchen Ereignissen gekommen war, würde die Lehre vom Betriebsrisiko nicht mehr eingreifen.<sup>15</sup> Damit sind zahlreiche künftige Katastrophenfälle aus der Betriebsrisikolehre ausgenommen; das Risiko, dass nicht gearbeitet werden kann und deshalb auch keine Vergütung zu zahlen ist, wird auf den Arbeitnehmer verlagert. Soweit Kurzarbeit (meist „Kurzarbeit null“) möglich ist, sind die Betroffenen gegen einen sozialen Notstand geschützt, doch ist bisher nicht die Frage aufgeworfen worden, wie mit den sogenannten „Remanenzkosten“ zu verfahren ist: Wie will man die weiter bestehende Zahlungspflicht des Arbeitgebers beim Urlaub und für Feiertage rechtfertigen, wenn § 615 Satz 3 BGB nicht eingreift? Lässt sich wenigstens die Weiterzahlung der Sozialversicherungsbeiträge (auf verringerter Berechnungsgrundlage) rechtfertigen, soweit sie nicht von der Bundesagentur für Arbeit übernommen werden? Darüber hinaus sind geringfügig Beschäftigte nicht in die Arbeitslosenversicherung einbezogen, weshalb sie auch keinen Zugang zum Kurzarbeitergeld haben. Für sie bleibt nur der Rückgriff auf das Bürgergeld, was bei Studenten zusätzliche Probleme bereitet.

Die Entscheidung des 5. Senats hat in der Literatur ein geteiltes Echo gefunden. Auf der einen Seite gab es Zustimmung u.a. mit dem Argument, im öffentlichen Interesse vorgenommene Maßnahmen seien nicht Gegenstand eines zivilrechtlichen Interessenausgleichs,<sup>16</sup> was allerdings auf eine sehr verengte Sicht des Zivilrechts hinausläuft.<sup>17</sup> Das präzise Argumentieren des BAG betont durchaus zu Recht Reichold.<sup>18</sup> Auf der anderen Seite wird betont, die abweichenden Entscheidungen der Vorinstanzen machten deutlich, dass man die Probleme auch ganz anders sehen könne.<sup>19</sup> Bei dem Urteil handle es sich um eine „subkutane Modifikation“ der bisherigen Grundsätze; es sei nicht erkennbar, weshalb wegen der Zwischenschaltung einer staatlichen Instanz andere Grundsätze als bei einer sich spontan vollziehenden „höheren Gewalt“ gelten sollten.<sup>20</sup> Verletzt sei außerdem das arbeitsrechtliche

---

<sup>15</sup> So Greiner NZA 2022, 665, 668

<sup>16</sup> E. Picker, FS Henssler, 2023, S. 469 ff.

<sup>17</sup> Man denke nur an §§ 134 und 138 BGB, die sehr wohl öffentliche Interessen in das Zivilrecht aufnehmen.

<sup>18</sup> ZfA 2023, 134 ff.; zustimmend auch Ley BB 2022, 384

<sup>19</sup> Wehner BB 2023, 448

<sup>20</sup> Wall NZA-RR 2022, 172 ff.

Schutzprinzip;<sup>21</sup> Wertungsgesichtspunkte sprächen dafür, das Risiko des Nicht-Weiterarbeiten-Könnens beim Arbeitgeber anzusiedeln, der überdies eine Betriebsschließungsversicherung abschließen könne.<sup>22</sup> Von anderer Seite wurde die Übertragbarkeit der neuen Rechtsprechung auf Naturkatastrophen verneint<sup>23</sup> und außerdem gerügt, dass der Gesetzgeber keine Entschädigungsansprüche vorgesehen habe, obwohl er vor der Entscheidung des BAG davon ausgegangen sei, dass der Arbeitgeber in derartigen Fällen das Betriebsrisiko tragen müsse.<sup>24</sup>

Trotz der zum Teil schon vorliegenden kritischen Stimmen hat der 5. Senat seine Rechtsprechung mit Urteil vom 4.5.2022 bestätigt, wobei Teile der Gründe wörtlich übernommen wurden.<sup>25</sup> Auch hier hatten die Vorinstanzen anders entschieden. Bemerkenswert ist, dass die Kritik nicht von den „üblichen Verdächtigen“, sondern von Autoren kam, denen keineswegs eine generelle Parteinahme für die Arbeitnehmerseite unterstellt werden kann. Von daher muss man die Frage der Weiterentwicklung der Betriebsrisikolehre zumindest als „offen“ bezeichnen.

### **III. Das „böswillige Unterlassen anderweitigen Erwerbs“ nach Kündigung**

Stellt ein Gericht rechtskräftig fest, dass eine Kündigung rechtswidrig war und deshalb das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat, so ist der Arbeitgeber zur Bezahlung des vereinbarten Entgelts verpflichtet. In der Kündigungsschutzklage liegt das konkludente Angebot zur Weiterarbeit, das vom Arbeitgeber nicht angenommen wurde. Dieser befindet sich daher im Annahmeverzug.

Fraglich war und ist allein, ob der Arbeitnehmer sich das auf seinen Entgeltanspruch anrechnen lassen muss, „was er hätte verdienen können, wenn es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen.“ Dies ergibt sich aus § 11 Nr. 2 KSchG, kann aber in gleicher Weise auch aus § 615 Satz 2 BGB abgeleitet werden.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Kalb, FS Henssler, 2023, S. 305, 309 ff

<sup>22</sup> Schürgers/Marski, BB 2022, 313

<sup>23</sup> Kamanabrou RdA 2023, 76, 80

<sup>24</sup> Fuhlrott NZA-RR 2022, 160

<sup>25</sup> BAG 4.5.2022 – 65 AZR 366/21, NZA 2022, 1113

<sup>26</sup> Das BAG (16.5.2000 – 9 AZR 203/99, NZA 2001, 26) betonte, die Rechtsfolgen seien deckungsgleich; welche Vorschrift anzuwenden sei, könne daher offenbleiben.

Wann ist eine solche „Böswilligkeit“ anzunehmen? Nach der langjährigen Rechtsprechung des BAG waren damit nur Fälle erfasst, in denen dem Arbeitnehmer eine bestimmte, für ihn zumutbare Arbeit angeboten wurde. Ihn traf keine Obliegenheit, sich um eine andere Tätigkeit zu bemühen oder sich arbeitslos zu melden. Er konnte sich auf den Standpunkt stellen, er sei im Recht und bestehe auf seinen vertraglichen Ansprüchen.<sup>27</sup> Der 9. Senat des BAG bescheinigte der Anrechnungsvorschrift ausdrücklich einen „Ausnahmecharakter“.<sup>28</sup> Meldete sich der Arbeitnehmer – wie im Regelfall – arbeitslos, so bekam der Arbeitgeber die Vermittlungsangebote der Arbeitsagentur nicht zur Kenntnis. Einem Auskunftsverlangen ihr gegenüber stand (und steht) das Sozialgeheimnis des § 35 Abs. 1 SGB I entgegen. In der Praxis führte diese Situation dazu, dass den Arbeitgeber das Risiko einer Zahlung traf, für die er keine Gegenleistung erhalten würde. Dies förderte entscheidend seine Bereitschaft, schon im Güetermin (oder auch später) einen Abfindungsvergleich zu schließen. Dazu kam, dass auch der Arbeitnehmer im Regelfall nicht darauf vertrauen konnte, wirklich ein obsiegendes Urteil zu erreichen – das auf beiden Seiten bestehende Risiko erleichtert eine freiwillige Verständigung.

Zwanzig Jahre später stellte sich die Situation anders dar.<sup>29</sup> Der nunmehr zuständige 5. Senat ging gleichfalls von der Feststellung aus, dass der Arbeitgeber im Normalfall nicht wissen könne, welche Angebote die Bundesagentur für Arbeit oder das Job Center dem Arbeitnehmer gemacht habe. Deshalb sei dieser nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, dem Arbeitgeber insoweit umfassende Auskunft zu geben. Dies stelle zwar eine Abweichung von der Entscheidung aus dem Jahr 2000 dar, doch habe sich in der Zwischenzeit die Rechtslage geändert. Nach § 2 Abs. 5 SGB III sei der Arbeitnehmer verpflichtet, zur Vermeidung der Arbeitslosigkeit eigenverantwortlich nach Beschäftigung zu suchen und damit auch schon „frühzeitig“ vor dessen absehbarer Beendigung zu beginnen. Außerdem verpflichte ihn § 38 Abs. 1 SGB III, sich unverzüglich bei der Arbeitsagentur als arbeitssuchend zu melden, sobald ihm der Beendigungszeitpunkt bekannt sei. Dies seien zwar an sich nur sozialrechtliche Pflichten, doch könne dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich das zugemutet werden, was er nach dem Gesetz sowieso tun müsse.<sup>30</sup> In der Literatur wurde dies als Abrücken von der früheren „arbeitnehmerfreundlichen Rechtsprechungslinie“ und als wesentliche Stärkung der Arbeitgeberstellung qualifiziert.<sup>31</sup> Der „Import“ der

<sup>27</sup> BAG 16.5.2000 – 9 AZR 203/99, NZA 2001, 26

<sup>28</sup> BAG a.a.O., NZA 2000, 26, 27 li. Sp.

<sup>29</sup> BAG 27.5.2020 – 5 AZR 387/19, NZA 2020, 1113, auch zum Folgenden.

<sup>30</sup> BAG, a.a.O. Tz.47

<sup>31</sup> Alles/Trübenbach, NZA 2024, 1623, 1624

sozialrechtlichen Pflichten ins Arbeitsrecht klingt plausibel, doch kann man sich die Frage stellen, ob ihnen damit nicht eine Bedeutung beigemessen wird, die der Gesetzgeber gar nicht intendiert hatte. Von daher stellt sich nicht die vom BAG beantwortete Frage der Zumutbarkeit, sondern ein Problem der Auslegung der §§ 2 Abs. 5 und 38 Abs. 1 SGB III. Sie kann zu unterschiedlichen Resultaten führen.<sup>32</sup>

Die weitere Rechtsprechung konzentrierte sich auf die Frage, wann von „Böswilligkeit“ die Rede sein kann. Wer sich nicht nach § 38 Abs. 1 SGB III arbeitsuchend meldet, hat damit zwar ein Indiz gesetzt, doch darf dieses nicht alleinentscheidend sein. So kann es etwa bei hochspezialisierten Tätigkeiten sinnvoll sein, sich in Fachkreisen umzuhören, und außerdem spielt insbesondere bei Führungskräften die Frage eine Rolle, welche Eigeninitiativen sie entfaltet haben, um eine neue Stelle zu bekommen.<sup>33</sup> Ist eine Kündigung offensichtlich rechtswidrig, muss für den Arbeitnehmer m. E. weiter die Möglichkeit bestehen, sich nicht arbeitslos zu melden und sich nicht um eine andere Beschäftigung zu bemühen, sondern allein auf ein gerechtes Urteil zu vertrauen. Allerdings wird dies eine singuläre Konstellation sein, die nur denjenigen offensteht, die über andere Einkommensquellen (z. B. aus Vermögen) verfügen und die deshalb auch über einen längeren Zeitraum auf Gehalt und Arbeitslosengeld verzichten können. Auch wäre daran zu denken, bei offensichtlich rechtswidrigen Kündigungen die Auskunftspflicht des Arbeitnehmers, die ja letztlich in Treu und Glauben wurzelt, entfallen zu lassen, weil eine solche Form der Kündigung ihrerseits einen gravierenden Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt.<sup>34</sup>

Die Frage nach der „Böswilligkeit“ führte zu weiteren Entscheidungen. In einem vom 5. Senat entschiedenen Fall<sup>35</sup> hatte sich ein gekündigter Arbeitnehmer arbeitsuchend gemeldet, zugleich aber der Agentur für Arbeit mitgeteilt, er wolle auf alle Fälle wieder auf seinen alten Arbeitsplatz zurück. Auf Angebote lege er deshalb keinen Wert. Er würde notfalls einem potentiellen Arbeitgeber noch vor einem Bewerbungsgespräch mitteilen, dass ein Kündigungsschutzverfahren gegen seinen bisherigen Arbeitgeber laufe und er unbedingt dort weiterarbeiten wolle. Dies führte dazu, dass ihm die Agentur keine Angebote übermittelte. Das BAG sah dies als Vereitelung einer potentiellen Beschäftigung an, weil er sich nicht wie

---

<sup>32</sup> Vgl. etwa den kritischen Beitrag von Wolter AuR 2022, 470 ff., 519 ff.

<sup>33</sup> BAG 12.10.2022 – 5 AZR 30/22, NZA 2023, 229 ff.

<sup>34</sup> S. Th. Beck AuR 2023, 429

<sup>35</sup> BAG 7.2.2024 – 5 AZR 177/23, NZA 2024, 685 ff.

eine Person verhalten habe, die sich ernstlich um eine Stelle bemühe.<sup>36</sup> Ein gut beratener Arbeitnehmer wird daher in Zukunft solche Hinweise (die der Agentur viel Arbeit ersparen) unterlassen. Im Bewerbungsgespräch (das Kosten verursacht) wird und muss er dann darauf hinweisen, dass er möglicherweise nicht auf Dauer zur Verfügung steht, sondern zu seinem alten Arbeitgeber zurückkehren wird – was mit Recht auch das BAG feststellt.<sup>37</sup> In der Tat ist es beifallswert, den neuen Arbeitgeber davor zu bewahren, Zeit und Geld für einen Bewerber aufzuwenden, der möglicherweise schon nach kurzer Zeit das Unternehmen wieder verlassen wird. Leider gibt es kein Bürokratieabbaugesetz, das solche Umwege verbieten würde. Wenigstens hat das BAG in derselben Entscheidung einem weiteren Stück Unvernunft einen Riegel vorgeschoben: Das LAG Berlin-Brandenburg hatte entschieden, der Arbeitssuchende sei verpflichtet, sich „im zeitlichen Umfang einer Vollzeitstelle“ um Bewerbungen zu bemühen<sup>38</sup> - das BAG meinte zu Recht, der Arbeitnehmer müsse sich nicht generell und ohne Weiteres „unermüdlich um eine zumutbare Arbeit kümmern.“<sup>39</sup>

Auch der bisherige Arbeitgeber kann eine Beschäftigung anbieten.<sup>40</sup> Dies war allerdings schon nach der früheren Rechtsprechung des 9. Senats möglich,<sup>41</sup> so dass hierauf an dieser Stelle nicht weiter einzugehen ist.

#### **IV. Equal Pay bei der Leiharbeit**

Aufgrund einer Vorlage des BAG<sup>42</sup> hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob und ggf. in welchem Umfang die Tarifparteien vom Equal-Pay-Grundsatz des § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG abweichen können. War es zulässig, dass die klagende Leiharbeiterin nur einen Stundenlohn von 9 Euro, später 9,23 Euro erhielt, während ein vergleichbarer Kommissionierer im Einsatzbetrieb 13,64 Euro bekam? Fast genau zwei Jahre später entschied der EuGH, dass eine tarifliche Schlechterstellung bei der Vergütung nur zulässig ist, wenn den Leiharbeitnehmern zugleich Vorteile in Bezug auf andere wesentliche Arbeits- und

---

<sup>36</sup> BAG, a.a.O., NZA 2024, 685, 689 Tz.36. Zu weiteren Formen der „Anstellungsverhinderung“ einleuchtend Alles/Trübenbach NZA 2024, 1523, 1527. Die Frage des Bewerbers nach der Existenz eines Betriebsrats wird allerdings nicht genannt.

<sup>37</sup> Tz.36

<sup>38</sup> LAG Berlin-Brandenburg, 30.9.2022 – 6 Sa 280/22, NZA-RR 2023, 111 Tz.153

<sup>39</sup> BAG a.a.O., NZA 2024, 685, 687 Tz.20

<sup>40</sup> Dazu BAG 29.3.2023 – 5 AZR 255/22, NZA 2023, 894 = AuR 2023, 428 mit Anm. Th. Beck; eingehend dazu B. Schmidt, AuR 2023, 323 ff.

<sup>41</sup> BAG 16.5.2000 – 9 AZR 203/99, NZA 2001, 26, 27 re. Sp.

<sup>42</sup> BAG 16.12.2020 – 5 AZR 143/19 (A), NZA 2021, 800

Beschäftigungsbedingungen gewährt werden; sonst wäre der in der Leiharbeitsrichtlinie<sup>43</sup> festgelegte „Gesamtschutz“ nicht gesichert.<sup>44</sup> Im Einzelnen traf der Gerichtshof folgende Feststellungen:<sup>45</sup>

- Die Ausgleichsleistung muss im Tarifvertrag selbst festgelegt sein.<sup>46</sup>
- Sie muss es – so Leitsatz 2 - ermöglichen, die Auswirkungen der Ungleichbehandlung auszugleichen. In Ziffer 49 des Urteils ist davon die Rede, die gewährten Vorteile müssten zu einer „Neutralisierung“ der Ungleichbehandlung führen.
- Die Ausgleichsleistung muss sich auf die wesentlichen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen beziehen, „die für vergleichbare Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens gelten.“<sup>47</sup> Dabei ist eine konkrete Betrachtung geboten.

Da die deutschen Leiharbeitstarife keine derartigen Kompensationsleistungen vorsehen, erwarteten viele Beobachter, dass der Klage stattgegeben oder eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht erfolgen würde, soweit die Vergleichbarkeit des besser bezahlten Stammbeschäftigten noch nicht abschließend geklärt war. Doch es kam anders. Das BAG wies die Klage ab.<sup>48</sup> Die Achtung des Gesamtschutzes sei auch Sache der Mitgliedstaaten, so dass die von ihnen erlassenen zwingenden Vorschriften mit zu berücksichtigen seien. Dazu gehöre insbesondere § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG, wonach – anders als bei sonstigen Arbeitsverhältnissen – die Betriebsrisikolehre zwingenden Charakter habe. Leiharbeitnehmer hätten daher auch in verleihfreien Zeiten einen Anspruch auf Lohnzahlung. Zusammen mit anderen Mechanismen des staatlichen Arbeitsrechts sei daher der Gesamtschutz gewährt. In die Betrachtung einbezogen wurden dabei „die hohen Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung, die Untergrenzen einer tariflichen Vergütung.... durch Mindeststundenentgelte und gesetzlichen Mindestlohn sowie die zeitliche Begrenzung einer Abweichung vom Grundsatz des gleichen Arbeitsentgelts.“<sup>49</sup>

<sup>43</sup> Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl. v. 5.12.2008 – L 327/9

<sup>44</sup> EuGH 15.12.2022 – C-311/21, NZA 2023, 31 ff.

<sup>45</sup> Eingehender dazu Däubler, NZA 2023, 73 ff.

<sup>46</sup> Leitsatz 1: „Lassen die Sozialpartner durch einen Tarifvertrag Ungleichbehandlungen ...zum Nachteil von Leiharbeitnehmern zu, muss *dieser Tarifvertrag*, um den Gesamtschutz der betroffenen Leiharbeitnehmer zu achten, ihnen Vorteile... gewähren, die...“

<sup>47</sup> Tz.48

<sup>48</sup> BAG 31.5.2023 – 5 AZR 143/19, NZA 2023, 1340

<sup>49</sup> BAG a.a.O. Orientierungssatz 4

Dies im Einzelnen zu diskutieren ist hier nicht der Ort. Bemerkenswert ist allein die deutliche Abweichung von den Vorgaben des EuGH.

- Nach der Entscheidung des EuGH muss der Tarifvertrag selbst die Kompensation vorsehen. Ob es im Gesetzesrecht eine unterschiedliche Behandlung für Leiharbeiter und Stammbeschäftigte gibt, spielt keine Rolle. Deshalb kann man nicht auf § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG zurückgreifen.
- Der Kompensationsbedarf kann sehr unterschiedlich sein. Der eine verdient 10 Prozent, der andere 40 Prozent weniger als ein vergleichbarer Stammbeschäftigter. Kann die Weiterzahlung in den verleihfreien Zeiten wirklich beide Fälle erfassen? Bei Menschen mit besonders geringen Löhnen ist auch die Zahlung in der verleihfreien Zeit niedrig. Der größere Nachteil wird durch einen geringeren Vorteil „kompensiert“. Das überzeugt wenig.
- Der EuGH will jedes Unternehmen konkret erfassen.<sup>50</sup> In all jenen Betrieben, in denen für die Stammbeschäftigten § 615 Satz 3 BGB unverändert gilt, liegt keine Besserstellung der Leiharbeiter vor.
- Das BAG differenziert nicht zwischen befristet und unbefristet tätigen Leiharbeitern, obwohl dies die Richtlinie tut.<sup>51</sup> Nicht bedacht ist deshalb auch der Fall der Einsatzbefristung: Ein Leiharbeiter, der nach § 14 Abs. 2 TzBfG für einen konkreten Einsatz bei einem Entleiher eingestellt wird, kann praktisch nie in den Genuss der Bezahlung verleihfreier Zeiten kommen.<sup>52</sup> Auch bei der Klägerin war dies eine eher theoretische Möglichkeit: Bis auf einen einzigen Tag war sie ausschließlich für den Entleiher H&M tätig.

Es ist durchaus legitim, dass ein nationales Gericht die vom EuGH vertretene Auffassung nicht teilt. Da das BAG an die Entscheidung des EuGH gebunden war, hätte es dem EuGH

---

<sup>50</sup> So auch die Kritik von Donath AuR 2024, 121

<sup>51</sup> So auch der Haupteinwand von Donath AuR 2024, 120 ff.

<sup>52</sup> Weshalb Schüren (NZA 2023, 529 ff.) in diesen Fällen volle Gleichstellung mit den Stammbeschäftigten verlangt.

erneut die Fragen vorlegen müssen, die seine abweichende Sicht rechtfertigen könnten. So hätte es etwa nahegelegen, danach zu fragen, ob nicht doch auch eine gesetzliche Besserstellung gegenüber Stammbeschäftigten eine ausreichende Ausgleichsleistung sein könnte. Auch hätte man möglicherweise gegen die konkrete Vergleichsbetrachtung des EuGH Einwände erheben können. Nur: Selbst die „bessere Lösung“ zu entwickeln, geht nicht an. Der EuGH muss immer das letzte Wort haben, weil nur dann die Einheitlichkeit des europäischen Rechts gesichert bleibt. Unterbleibt eine erneute Vorlage, ist das Grundrecht des betroffenen Bürgers auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 GG verletzt. Er kann deshalb Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht einlegen, die allerdings nur dann Aussicht auf Erfolg hat, wenn keinerlei vertretbare Gesichtspunkte für die Nicht-Vorlage sprechen.<sup>53</sup> Obwohl es den Umständen nach nahegelegen hätte, konnte sich die die Klägerin vertretende Gewerkschaft nicht zu einem solchen Schritt entschließen.<sup>54</sup>

## V. Versuch einer Würdigung

Die dargestellten drei Bereiche machen zunächst einmal deutlich, dass sich hinter der so bescheiden klingenden Zuständigkeitsbeschreibung eine Kompetenz zur Entscheidung über grundlegende Fragen verbirgt. Dies wurde bisweilen schon in der weiter zurückliegenden Vergangenheit deutlich, als es etwa um die Übernahme von Verbraucherrecht ins Arbeitsrecht ging. Besonders deutlich würde es aber bei den hier angesprochenen Themen aus der Linck-Ära: Betriebsrisikolehre, Annahmeverzug bei unwirksamer Kündigung und gleich Bezahlung für Leiharbeit sind von zentraler Bedeutung für unsere Arbeitsrechtsordnung. Wäre beispielsweise die Leiharbeitsentscheidung anders ausgefallen und hätte das BAG den Leiharbeitsstarifen die generelle Verdrängungswirkung gegenüber dem Equal-Pay-Grundsatz abgesprochen, so wäre dies für die große Mehrheit der ca. 800.000 Leiharbeitnehmer auf eine Lohnerhöhung zwischen 10 % und 40% hinausgelaufen. Das hätte die Kostenstruktur nicht weniger Unternehmen verändert. Dabei sind Nachzahlungsansprüche für die Vergangenheit noch nicht berücksichtigt, die allerdings bei der in gewisser Weise vergleichbaren Nichtigerklärung der CGZP-Tarife dem Vernehmen nach meist an praktischen Schwierigkeiten (wer war vor fünf Jahren die Vergleichsperson?) gescheitert sind.

<sup>53</sup> S. etwa BVerfG 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07, NZA 2015, 375. Überblick über die Legitimität und Handhabung des Kriteriums „objektiv willkürlich“ bei EuArbRK/Höpfner, 5. Aufl. 2024, Art. 267 AEUV Rn.57 ff.

<sup>54</sup> Die Umstände, die zu dieser Entscheidung führten, sind im Einzelnen nicht geklärt bzw. nicht belegbar. Die zuständige Stelle innerhalb des DGB hatte mit einigem Aufwand eine (gut begründete) Verfassungsbeschwerde vorbereitet. Der Vorstand der zuständigen Gewerkschaft wartete mit seiner Entscheidung bis kurz vor Ablauf der Monatsfrist, was objektiv zur Folge hatte, dass eine Vertretung durch Dritte nicht mehr in Betracht kam. Böse Menschen könnten Absicht vermuten...

Die hier behandelten drei Grundsatzfragen wurden vom 5. Senat durchweg in arbeitgeberfreundlichem Sinne entschieden. Nun kann es Fälle geben, in denen das geltende Recht dem Richter so gut wie keine Spielräume lässt, weil Wortlaut, Entstehungsgeschichte, systematischer Zusammenhang und Zweck einer Norm alle in dieselbe Richtung weisen. Dies war hier aber nicht so: Die vorangegangene wie die nachfolgende Diskussion in der juristischen Literatur zeigen, dass es vertretbare Argumente für abweichende Lösungen gab. Objektiv bestand Spielraum für Entscheidungen auch in einer anderen Richtung.

Sollte man unter diesen Umständen als sorgfältiger Berater Arbeitnehmer davor warnen, mit Revisionen oder Rechtsbeschwerden zum BAG zu gehen, wenn die Zuständigkeit des 5. Senats absehbar ist? Wäre nicht ein bescheidener Vergleich vor dem LAG einer absehbaren Niederlage vor dem 5. Senat vorzuziehen? So einfach liegen die Dinge nicht. Es gibt zahlreiche Entscheidungen des 5. Senats, in denen ein solches „Hinneigen“ zur Arbeitgeberseite nicht festzustellen ist. Hierfür können einige Beispiele genannt werden.

In erster Linie drängt sich ein Hinweis auf eine Entscheidung auf, die ein weiteres Grundsatzproblem des Arbeitsrechts zum Gegenstand hatte. Im Jahre 2021 hatte sich der 5. Senat mit den Arbeitsbedingungen der „Rider“ zu befassen, also der Arbeitnehmer, die als Fahrradkuriere Essen von Restaurants zu einzelnen Kunden bringen.<sup>55</sup> Ihre Tätigkeit wird durch eine App gesteuert, was persönliche Kontakte zu einem Vertreter des Arbeitgebers weithin überflüssig macht. Die Arbeitsbedingungen der so tätigen Beschäftigten befinden sich meist am unteren Ende der sozialen Skala. Im konkreten Fall ging es darum, dass der einzelne Rider nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet war, ein Fahrrad und ein internetfähiges Mobiltelefon mitzubringen. Wegen etwaiger Reparaturen am Fahrrad erhielt er pro Einsatzstunde eine Gutschrift von 0,25 Euro, die nur bei einem vom Arbeitgeber benannten Unternehmen einzulösen war. Das Mobiltelefon musste ohne Gegenleistung zur Verfügung gestellt werden.

Das BAG ging zu Recht und mit eingehender Begründung davon aus, der Arbeitgeber müsse die „essentiellen Arbeitsmittel“ zur Verfügung stellen, zu denen im konkreten Fall das Fahrrad wie das Smartphone gehörten. Dieser Grundsatz sei – wie nicht zuletzt das Beispiel des „Bring your own Device“ zeige - dispositiv, doch unterliege eine entsprechende Regelung als

---

<sup>55</sup>Hierzu und zum Folgenden BAG 10.11.2021 – 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401 ff.

Abweichung von einer Rechtsnorm der AGB-Kontrolle. Für die Nutzung der Gegenstände des Arbeitnehmers müsse eine angemessene Gegenleistung vorgesehen werden, was im vorliegenden Fall auch in Bezug auf das Fahrrad nicht der Fall war. Den Arbeitnehmer auf einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB zu verweisen, gehe nicht an. Da die Verpflichtung zur Nutzung der eigenen Geräte unwirksam war, hatte der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, dass ihm ein verkehrssicheres Fahrrad und ein internetfähiges Mobiltelefon zur Verfügung gestellt werden. In einem Parallellfall aus demselben Unternehmen ging es lediglich um das Smartphone; die Entscheidung erfolgte in gleichem Sinne.<sup>56</sup> Die Entscheidung kann beträchtliche Breitenwirkung entfalten, soweit sich andere Rider in der Lage sehen, ihre Rechte auch effektiv geltend zu machen,<sup>57</sup> beispielsweise ihre Arbeit unter Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB so lange zu verweigern, bis der Arbeitgeber seine Pflichten erfüllt hat.

Sehr viel weniger stand bei einer neueren Entscheidung auf dem Spiel.<sup>58</sup> Es ging um die Frage, ob Körperreinigungszeiten zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit zählen. Dies wurde vom 5. Senat bejaht, wenn sich der Arbeitnehmer bei seiner geschuldeten Arbeitsleistung so sehr verschmutzt, dass ihm ein Anlegen der Privatkleidung und der Heimweg ohne vorherige Reinigung nicht zugemutet werden können. Strittig war allerdings weniger dieses Prinzip als die Frage, wie Umziehen und Duschen zeitlich zu veranschlagen waren. Kann der Arbeitnehmer die erforderliche Zeit nicht im Einzelnen darlegen und beweisen, habe das Gericht eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO vorzunehmen. Kein taugliches Beweismittel war jedoch der vom Kammervorsitzenden des LAG vorgenommene „Selbstversuch“: Er hatte seine Kleidung, die er am Sitzungstag trug, abgelegt und später wieder angezogen, eine bemerkenswerte Form von Engagement, der allerdings rechtliche Bedenken entgegenstanden: Zum einen blieb ungeklärt, ob die Kleidungsstücke des Vorsitzenden denen des Beschäftigten entsprachen, und zum zweiten konnten die Parteien dem Selbstversuch nicht beiwohnen, so dass der Grundsatz der Parteiöffentlichkeit verletzt war. Auch abgesehen von dieser etwas singulären Sachverhaltsgestaltung war das Urteil von außerordentlicher Gründlichkeit und in keiner Weise durch „Arbeitgeberfreundlichkeit“ geprägt.

---

<sup>56</sup> BAG 10.11.2021 – 5 AZR 335/21, juris

<sup>57</sup> Der Entscheidung zustimmend Oltmanns, NZA-RR 2022, 176 ff.

<sup>58</sup> BAG 23.4.2024 – 5 AZR 212/23, NZA 2024, 1504, auch zum Folgenden

Schließlich sei noch die Schlusspassage aus dem Leiharbeitsurteil erwähnt:<sup>59</sup> Ohne dass dies bislang Resonanz in der Diskussion gefunden hätte, hat das BAG dort auf ein „Hintertürchen“ zugunsten der Leiharbeiter verwiesen. Soweit diese nicht nur bei der Vergütung, sondern auch noch beim Urlaub schlechter gestellt seien als die Stammbeschäftigten, würde entweder der Anspruch auf Equal Pay wieder aufleben oder ein höherer Urlaubsanspruch entstehen. In den Tatsacheninstanzen war dazu nichts Relevantes vorgetragen worden, so dass das BAG die Frage dahinstehen lassen konnte. Im Zeitpunkt der Entscheidung waren die Leiharbeiter durch die für sie geltenden Tarifverträge nicht nur in Bezug auf den Urlaub, sondern auch im Hinblick auf andere Arbeitsbedingungen wie die bezahlte Freistellung nach § 616 BGB benachteiligt.<sup>60</sup> Hier wäre also durchaus Abhilfe gewährt worden.

Liegt hier ein wertungsmäßiger Widerspruch vor? Ich würde dies entschieden verneinen. Die Neigung hin zu den Arbeitgeberinteressen schlägt nur bei solchen Fragen durch, bei denen eine Arbeitnehmerorientierung zu einer erheblichen Belastung der Arbeitgeberseite insgesamt führen würde. Besonders deutlich wird dies bei den Leiharbeitstarifen. Geht es stattdessen nur um Ungerechtigkeiten in einem einzelnen Unternehmen oder um ein übermäßiges Ausnutzen sozialer Überlegenheit wie bei der Behandlung der „Rider“, ist der 5. Senat zur Abhilfe bereit und verweist die Betroffenen eben nicht auf einen Anspruch nach § 670 BGB, den die allerwenigsten geltend machen würden.

Senatsvorsitzende stehen im Allgemeinen in dem Ruf, die Rechtsprechung ihres Senats maßgebend zu beeinflussen. Ich würde dies auch bei Rüdiger Linck vermuten, wenngleich das Beratungsgeheimnis keine sicheren Aussagen zulässt: Seine inhaltsreichen Veröffentlichungen, seine Argumentationsstärke und seine realistische Einschätzung dessen, was in unserer Gesellschaft geschieht, sprechen für eine deutliche Ausstrahlungswirkung. Dabei stimmen wir in den Lösungen keineswegs immer überein. Wenn der Standort Deutschland in manchen Branchen gefährdet sein mag, so kann die Therapie nicht darin liegen, Rechte der Arbeitnehmer zurückzufahren: Das schafft nur Unzufriedenheit, reduziert das Engagement und verhindert Kreativität. Aus einem wirtschaftlichen Tal kommt man nur gemeinsam heraus – und diese Gemeinsamkeit verlangt Respekt und Verhandlungen auf Augenhöhe. Hier besteht noch eine Menge Diskussionsbedarf.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> BAG 31.5.2023 – 5 AZR 143/19, NZA 2023, 1340, 1345 Tz. 35

<sup>60</sup> Näher Däubler, AiB 4/2023 S. 26 ff.

<sup>61</sup> Ansätze bei Kern/Seagon/Haghani (Hrsg.), Aus Theorie und Praxis der Unternehmenstransformation, 2024

