

Aktuelle Rechtsprechung
Vortrag
am 14. März 2013 in Waiblingen
und 23. April 2013 in Stuttgart

Inhalt im Überblick

1. Rechtsprechung zum Kündigungsschutzrecht

- Verhaltensbedingte Kündigung - Kündigung einer Grundschullehrerin
BAG, Urteil v. 19.04.2012, 2 AZR 156/11
- Verhaltensbedingte Kündigung - Sonderkündigungsschutz als BR-Ersatzmitglied
BAG, Urteil v. 19.04.2012, 2 AZR 233/11
- Unwirksamkeit einer „überflüssigen“ Änderungskündigung
BAG, Urteil v. 19.07.2012 2 AZR 25/11
- Berücksichtigung von Leiharbeitnehmer bei Berechnung der Betriebsgröße
BAG, Urt. vom 24. Januar 2013, 2 AZR 140/12

2. Rechtsprechung zum Urlaubsrecht

- Rückblick: Kein Verfall des Urlaubsanspruches bei Arbeitsunfähigkeit
BAG Urteil vom 24.03.2009 - 9 AZR 983/07
- Kein Verfall des Urlaubsabgeltungsanspruchs gem. § 7 Abs. 3 BUrlG
BAG Urteil vom 19.06.2012 - 9 AZR 652/10
- Übertragung des Urlaubsanspruches max. bis 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres
BAG Urteil vom 07.08.2012 - 9 AZR 353/10
- Urlaubsgutschrift auf Arbeitszeitkonto BAG Urteil vom 19.06.2012 - 9 AZR 712/10

3. Rechtsprechung zur Kettenbefristung

- „Kettenbefristung“ und Rechtsmissbrauch BAG Urteil vom 18.07.2012 - 7 AZR 443/09

4. Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG)

- Anrechnung einvernehmlicher Elternzeitregelungen BAG Urt. vom 19.02.2013, 9 AZR 461/11

5. Frage an einen Stellenbewerber nach eingestellten Ermittlungsverfahren

BAG vom 15.11.2012, 6 AZR 339/11

6. Rechtsprechung zur Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- Pflicht zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am 1. Tag der Krankheit
BAG Urt. v. 14.11.2012 5 AZR 886/11

7. Rechtsprechung zur Altersbedingten Diskriminierung eines Stellenbewerbers

BAG Urt. v. 04.01.2013 8 AZR 429/11

8. Rechtsprechung zur Arbeitnehmerüberlassung

- Rechtsmissbräuchliche dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung im Konzern - LAG BW Urteil vom 22. 11. 2012 - 11 Sa 84/12; LAG Berlin Urteil vom 9.1.2013 - 15 Sa 1635/12
- Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates bei dauerhafter Einstellung von Leiharbeitnehmern?

9. Rechtsprechung zur persönlichen Haftung des Betriebs- oder Personalrates und Vorsitzenden für Rechtsanwaltskosten; BGH Urt. vom 25.10.2012 - III ZR 266/11

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Uwe Melzer, Forststr. 57, 70176 Stuttgart

Telefon: 0711- 50 53 64-00 - Telefax: 0711- 50 53 64-09 - www.melzer-kempner.de

1.1. Verhaltensbedingte Kündigung – Vorwerfbarkeit einer Pflichtverletzung BAG, Urteil v. 3.11.2011, 2 AZR 748/10

Sachverhalt

Eine angestellte Lehrerin in einer Grundschule soll nach Aussagen von Eltern von Schülern der ersten Klasse der Grundschule den Schülern P und E den Mund mit einem durchsichtigen Tesafilm zugeklebt haben, nachdem diese den Unterricht gestört haben sollen. Ein ähnlicher Vorfall soll sich schon zwei Jahre vorher mit der Schülerin H ereignet haben. Nach Anhörung des zuständigen Personalrates kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit der Lehrerin zunächst fristlos und später ordentlich. Mit Kündigungsschutzklage wandte hat sich die Lehrerin gegen diese Kündigung und trug vor, in ihrem Unterricht habe es keine körperlichen Bestrafungen, seelische Verletzungen oder entwürdigende Maßnahmen gegeben. Anlass für ihr Verhalten im Unterricht der ersten Klasse sei gewesen, dass sie ein eingerissenes Blatt ihrer Arbeitsunterlagen wieder habe zusammenkleben wollen. Zu diesem Zweck habe sie zwei Stück Tesafilm abgeschnitten und dem einen Schüler lose auf die Wange geklebt und dem anderen Schüler dann ebenfalls. Die Schüler hätten alles als "Spaß" empfunden und mitgelacht. Einen vorherigen Fall mit der Schülerin H hat die Lehrerin bestritten. Der Arbeitgeber war der Auffassung, dass das Kleben von Tesafilm auf Münder von Schülern eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung sei und Beschwerden der Eltern die Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht zulassen würden.

Die Vorinstanzen sind jeweils der Rechtsauffassung der Lehrerin gefolgt und hatten der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Das BAG hat dagegen dem Arbeitgeber Recht gegeben. Das BAG hat ausgeführt, dass nach § 1 Abs. 2 KSchG eine Kündigung aus Gründen im Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist, wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht. Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dann nicht, wenn bereits erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach 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.

Das BAG führt damit seine bisherige Rechtsprechung fort.

Zu den in Schulgesetzen normierten Pflichten eines Lehrers gehört es, die Würde eines Schülers nicht durch Ordnungsmaßnahmen zu verletzen. Hätte die Lehrerin den Schülern zum Zwecke der Disziplinierung die Mäuler tatsächlich mit einem Streifen Tesafilm verklebt, hätte sie damit massiv gegen ihre Pflichten als Erzieherin verstoßen. Einer Abmahnung hätte es dann vor Ausspruch einer Kündigung nicht bedurft.

Das BAG hat deshalb die Entscheidung des LAG aufgehoben und zurückverwiesen, da noch nicht festgestellt sei ob tatsächlich der Mund oder nur die Wange verklebt wurden.

1.2 Verhaltensbedingte Kündigung – Sonderkündigungsschutz als BR-Ersatzmitglied (BAG, Urteil v. 19.04.2012, 2 AZR 233/11)

Sachverhalt:

Ein als Programmierer beschäftigter Arbeitnehmer initiierte mit anderen eine Betriebsratswahl, kandidierte und wurde jedoch nicht gewählt. Während der Betriebsratswahl kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos. In einem Kündigungsschutzprozess gewann der Arbeitnehmer vor dem Arbeitsgericht und wurde weiterbeschäftigt. Während der Weiterbeschäftigung mahnte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen seiner Ansicht nach fehlender fachlicher Kenntnisse im Bereich der Programmierung mehrfach ab und kündigte dann erneut fristlos. Nach Zugang der zweiten fristlosen Kündigung wollte der Arbeitnehmer als Ersatzmitglied für ein verhindertes Betriebsratsmitglied an einer Betriebsratssitzung teilnehmen. Der Betriebsratsvorsitzende verweigerte ihm den Zugang zur Betriebsratssitzung und erteilte dem Arbeitnehmer Hausverbot. Danach kündigte nach Auslaufen des nachwirkenden Kündigungsschutzes als Bewerber zu Betriebsratswahl der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis noch ordentlich. Der Arbeitnehmer war der Auffassung, dass die fristlosen Kündigungen vertragswidrig waren und die ordentliche Kündigung gegen § 15 Abs. 1 KSchG verstoßen habe, da er als Ersatzmitglied nachwirkenden Kündigungsschutz habe.

Die Vorinstanzen hatten die fristlosen Kündigungen für unwirksam, die ordentliche Kündigung jedoch für wirksam angesehen. Der BAG hatte darüber zu entscheiden, ob ein Ersatzmitglied eines Betriebsrates, welches zu einer Betriebsratssitzung ordnungsgemäß hätte geladen werden müssen - aber nicht geladen wurde - und an der betreffenden Betriebsratssitzung tatsächlich nicht teilgenommen hat - nachwirkenden Kündigungsschutz hat.

Das BAG hat dieses verneint.

Der besondere Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 KSchG besteht für Ersatzmitglieder des Betriebsrates nur dann, wenn sie ein zeitweilig verhindertes ordentliches Betriebsratsmitglied vertreten. Nur dann kommt dem Ersatzmitglied nachwirkender Kündigungsschutz zugute. Eine Vertretung durch ein nachgerücktes Ersatzmitglied in diesem Sinne setzt aber voraus, dass das Ersatzmitglied tatsächlich Betriebsratstätigkeit erbrachte.

Bloße fiktive, in Wirklichkeit aber unterbliebene Tätigkeiten eines Ersatzmitglieds lösen nach BAG keinen nachwirkenden Kündigungsschutz aus.

1.3 Unwirksamkeit einer „überflüssigen“ Änderungskündigung BAG, Urteil v. 19.07.2012 2 AZR 25/11

Ein Arbeitnehmer war jahrelang damit beschäftigt von 8-17 Uhr Preisschilder auszutauschen. Im Arbeitsvertrag war eine Tätigkeit als Verkäufer ohne Festlegung von Arbeitszeiten vereinbart worden. Nachdem der Arbeitgeber beschlossen hatte den Austausch der Preisschilder fremdzuvergeben erklärte der dem Arbeitnehmer eine Änderungskündigung und bot an diesen im Verkauf zu anderen Arbeitszeiten weiterzubeschäftigen. Der Arbeitnehmer nahm das Änderungsangebot unter Vorbehalt an und erhob Klage mit dem Ziel der Feststellung, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt sei.

Das BAG hatte wie auch in einer vorherigen Entscheidung (BAG Urteil vom 26.01.2012 2 AZR 102/11) entschieden, dass Streitgegenstand einer Änderungsschutzklage nach Annahme eines Änderungsangebotes unter Vorbehalt gem. § 4 Satz 2 KSchG nicht die Wirksamkeit der Kündigung, sondern der Inhalt der für das Arbeitsverhältnis geltenden Vertragsbedingungen. Wenn sich vom Arbeitgeber erstrebte Änderungen aus dem Weisungsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 Satz 1 GewO ergeben stellt dies keine Änderung der Arbeitsbedingungen dar. Eine Änderungskündigung ist in einem solchen Fall „überflüssig“ und eine Änderungsschutzklage deshalb unbegründet, weil der bestehende Vertragsinhalt nicht geändert wird.

1.4. Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Berechnung der Betriebsgröße (BAG, Urt. vom 24. Januar 2013, 2 AZR 140/12)

Ein Arbeitnehmer war seit 2007 in einen Betrieb beschäftigt, welcher einschließlich des Arbeitnehmers zehn eigene Arbeitnehmer und mehrere Leiharbeitnehmer beschäftigte. Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gilt das Kündigungsschutzgesetz für nach dem 31. Dezember 2003 eingestellte Arbeitnehmer nur in Betrieben, in denen

in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Der Arbeitgeber kündigte das Arbeitsverhältnis ordentlich fristgerecht. Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kläger geltend gemacht dass das KSchG anwendbar ist weil bei der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer auch die von der Beklagten eingesetzten Leiharbeiter zu berücksichtigen seien. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen, weil das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde. Die Revision des Klägers hatte vor dem BAG Erfolg. Das BAG ist der Auffassung, dass es nicht auszuschließen sei, dass im Betrieb mehr als zehn Arbeitnehmer iSd. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG beschäftigt waren. Der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern stehe nicht schon entgegen, dass sie kein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber begründet haben. Die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes solle nämlich der dort häufig engen persönlichen Zusammenarbeit, ihrer zumeist geringen Finanzausstattung und dem Umstand Rechnung tragen, dass der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringt, die Inhaber kleinerer Betriebe typischerweise stärker belastet. Dies rechtfertige keine Unterscheidung danach, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder dem entliehener Arbeitnehmer beruht.

2.1 Rückblick: Kein Verfall des Urlaubs bei Arbeitsunfähigkeit BAG Urteil vom 24.03.2009 - 9 AZR 983/07

Sachverhalt

Ein Arbeitnehmer arbeitete das gesamte Kalenderjahr. Mit dem Arbeitgeber ist aus betrieblichen Gründen besprochen, dass der Urlaub erst im Übertragungszeitraum genommen wird. Der Arbeitnehmer ist im Folgejahr von Januar bis März arbeitsunfähig erkrankt.

Nach früherer Rechtsprechung des BAG entfiel in einem solchen Fall der Anspruch auf Urlaub ersatzlos.

Nach der jetzigen Rechtsprechung in dieser Entscheidung hat das BAG sich der Rechtsprechung des EuGH zu dem Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub von 4 Wochen gem. der europäischen Arbeitszeitrichtlinie (2003 /88/EG) angeschlossen. Aus der Richtlinie folgt das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 7 Abs. 3 BUrlG. Die zeitlichen Beschränkungen des Urlaubsanspruchs in § 7 Abs. 3 Satz 1, 3 und 4

BUrlG bestehen im Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Bezugs- und/oder Übertragungszeitraums nicht.

Auch bei Arbeitsunfähigkeit während des gesamten Kalenderjahres entsteht der Urlaubsanspruch.

2.2 Kein Verfall des Urlaubsabgeltungsanspruchs BAG Urteil vom 19.06.2012 - 9 AZR 652/10

Sachverhalt

Ein Arbeitnehmer arbeitete das gesamte Kalenderjahr ohne Urlaub in natura genommen zu haben. Der Arbeitnehmer ist im Folgejahr von Januar bis März arbeitsunfähig erkrankt. Das Arbeitsverhältnis wird zum Ende des März beendet. Der Arbeitnehmer beehrte nach Ablauf des März die Abgeltung seines Urlaubsanspruches in Geld. Der Arbeitgeber berief sich auf Verfall des Anspruches gem. § 7 Abs. 3 BUrlG.

In der Entscheidung vom 24.3. 2009 hatte das BAG bereits entschieden, dass der Urlaubsanspruch von während dem Urlaubsjahr arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmern nicht verfällt. In der Entscheidung vom 19.6.2012 hat nun das BAG seine bisherige Rechtsprechung auch in Bezug des Abgeltungsanspruchs geändert. Nach der früheren Rechtsprechung des BAG war der Abgeltungsanspruch an die gleichen Voraussetzungen gebunden wie der Urlaubsanspruch (sog. Surrogatstheorie). Er setze als Erfüllungssurrogat des Urlaubsanspruches voraus, dass der Urlaub noch gewährt werden könne, wenn das Arbeitsverhältnis noch bestände. Das BAG hat in diese Entscheidung ausdrücklich die so genannte Surrogatstheorie aufgegeben.

Die völlige Aufgabe der Surrogatstheorie hat zur Folge, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch nunmehr stets einen auf eine finanzielle Vergütung i.S.d. Arbeitszeitrichtlinie des europäischen Parlamentes gerichteten reinen Geldanspruch darstellt. Eine Verfall gemäß den Fristen des § 7 Abs. 3 BUrlG kommt deshalb nicht mehr in Frage.

Allerdings kann nun in Betracht kommen, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch – nicht der Urlaubsgewährungsanspruch - als Entgeltanspruch wegen Nichtwahrung etwaiger tariflicher Ausschlussfristen verfallen kann!

2.3 Übertragung des Urlaubsanspruches für längstens 15 Monate nach Ende des Urlaubsjahres (BAG Urteil vom 07.08.2012 - 9 AZR 353/10)

Als Folge der geänderten Rechtsprechung des BAG durch Richtlinienkonforme Auslegung der Europäischen Arbeitszeitrichtlinie könnten sich bei einer langjährigen Arbeitsunfähigkeit Urlaubsansprüche unbegrenzt aufaddieren, da einerseits auch bei Arbeitsunfähigkeit während des gesamten Kalenderjahres der gesetzliche Urlaubsanspruch entsteht und andererseits die angehäuften Urlaubsansprüche, da sie den Befristungsregelungen des § 7 Abs. 3 BUrlG nicht unterliegen, auch nicht verfallen.

Diese Problematik hat das BAG nun entschieden. Nach der nunmehrigen Rechtsprechung des BAG ist bei langjährig arbeitsunfähigen Arbeitnehmern § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG, wonach im Fall der Übertragung der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden muss, unionsrechtskonform so auszulegen, dass der Urlaubsanspruch 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfällt.

Das BAG begründet die Entscheidung im wesentlichen damit, dass der EuGH in der Entscheidung vom 22. November 2011 seine Rechtsprechung bezüglich des zeitlich unbegrenzten Ansammelns von Urlaubsansprüchen arbeitsunfähiger Arbeitnehmer geändert habe und den Verfall des Urlaubs 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres nicht beanstandet.

Dabei sei aber klarzustellen, dass sich die Länge des Übertragungszeitraums von 15 Monaten nicht zwingend aus dem Unionsrecht ergibt. Der deutsche Gesetzgeber wäre nicht gehindert, einen anderen Übertragungszeitraum festzusetzen, der lediglich deutlich länger sein müsste als der Bezugszeitraum.

2.4 Urlaubsgutschrift auf Arbeitszeitkonto (BAG Urteil vom 19.06.2012 - 9 AZR 712/10)

Ein Arbeitnehmer arbeitet in Wechselschicht zu insgesamt 276 Sollstunden monatlich. Der Arbeitgeber führt für den Arbeitnehmer ein Arbeitszeitkonto und schreibt dem Arbeitszeitkonto die auf einen Schichtrhythmus durchschnittlich anfallende Arbeitszeit von 19,4 Stunden gut. Der Arbeitnehmer ist der Auffassung, dass ihm auf sein Arbeitszeitkonto nicht die durchschnittlich anfallende Arbeitszeit sondern stattdessen die Soll-Arbeitszeit der für den Arbeitnehmer auf den betreffenden Urlaubstag geplanten Arbeitszeit gutzuschreiben ist.

Das BAG hat dem Arbeitnehmer Recht gegeben.

Denn ein Arbeitnehmer hat nach § 1 BUrlG in jedem Kalenderjahr gegen den Arbeitgeber Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Insoweit erhält die Vorschrift dem Arbeitnehmer für die Dauer des gesetzlichen Mindesturlaubs den Anspruch auf Vergütung der infolge des Urlaubs ausfallenden Arbeitszeit aufrecht. In das Arbeitszeitkonto sind deshalb die infolge der Freistellung ausgefallenen Soll-Arbeitsstunden als Ist-Stunden einzustellen. Eine arbeitsvertragliche Regelung, nach der Urlaubsschichten nicht wie Arbeitsschichten mit 24 Stunden, sondern nur mit der durchschnittlich anfallenden Arbeitszeit von (hier 19,4 Stunden) dem Arbeitszeitkonto des Arbeitnehmers gutgeschrieben werden, ist daher gemäß § 13 Abs 1 Satz 3 BUrlG nicht zulässig, weil sie von den Regelungen in §§ 1, 3 BUrlG abweicht.

3. „Kettenbefristung“ und Rechtsmissbrauch BAG Urteil vom 18.07.2012 - 7 AZR 443/09

Nach der Richtlinie 1999/70/EG des Rates der EU vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge haben die Mitgliedstaaten, um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, zu regeln die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge oder -verhältnisse und die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge oder Verhältnisse und festzulegen unter welchen Bedingungen befristete Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse als "aufeinanderfolgend" zu betrachten sind und als unbefristete Verträge oder Verhältnisse zu gelten haben.

Nach der bisher geltenden Rechtsprechung des BAG erfolgt eine Entfristungskontrolle in der Regel lediglich unter Überprüfung des zuletzt abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Dabei blieb die Wirksamkeit einer Befristungskette insgesamt unberücksichtigt.

Das BAG hat seine Rechtsprechung zur Kettenbefristung nun geändert.

Nunmehr dürfen sich die Arbeitsgerichte bei der Befristungskontrolle nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds der Vertretung beschränken. Sie sind vielmehr aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, alle Umstände des Einzelfalls und dabei namentlich die Gesamtdauer und die Zahl der mit derselben Person zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen, um auszuschließen, dass Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete

Arbeitsverträge zurückgreifen. Diese zusätzliche Prüfung ist im deutschen Recht nach den Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) vorzunehmen.

Danach liegt ein Rechtsmissbrauch vor, wenn ein Arbeitgeber eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung – wie etwa die Möglichkeit einer sich mehrmals wiederholenden Vertretungsbefristung - in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind.

Die Befristung eines Arbeitsvertrags kann dann trotz Vorliegens eines Sachgrunds aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich und daher unwirksam sein. Für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs können insbesondere eine sehr lange Gesamtdauer oder eine außergewöhnlich hohe Anzahl von aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverträgen mit demselben Arbeitgeber sprechen.

Das BAG formuliert dazu Orientierungssätze. Danach

liegt der die Befristung rechtfertigende sachliche Grund in Fällen der Vertretung darin, dass der Arbeitgeber nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis an der Vertretung hat weil er mit der Rückkehr des vertretenen Arbeitnehmers rechnet
liegt ein Sachgrund zum einen vor wenn der Vertreter die vorübergehend ausfallende Stammkraft unmittelbar vertritt und zum anderen bei Kettenbefristung wenn die Beschäftigung erfolgt, weil durch die vorübergehende Abwesenheit des vertretenen Mitarbeiters Arbeitskräftebedarf besteht
liegt ein unzulässiger ständiger Vertretungsbedarf (Dauervertretung) vor, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nicht lediglich zur Vertretung eines bestimmten Arbeitnehmers eingestellt wird, sondern bereits bei Vertragsschluss beabsichtigt ist den als Vertretung eingestellten Arbeitnehmer für eine noch nicht absehbare Vielzahl von Vertretungsfällen auf Dauer zu beschäftigen
haben die Gerichte zur Kontrolle eines Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) bei einer Befristungskontrolle alle Umstände des Einzelfalles zu prüfen, insbesondere die Gesamtdauer und die Zahl der mit derselben Person geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Verträge
wird ab einer Gesamtdauer von mehr als elf Jahren der Befristung und 13 Befristungen eine missbräuchliche Gestaltung indiziert (vermutet). Der Arbeitgeber muss dann beweisen dass die Gestaltung der Befristung nicht rechtsmissbräuchlich war.

4. Anrechnung einvernehmlicher Elternzeitregelungen (BAG Urt.vom 19.02.2013, 9 AZR 461/11)

Eine Personalreferentin beantragte für das erste Kind Elternzeit für den Zeitraum von 2 Jahren. Danach stellte sie schriftlich einen Antrag auf Teilzeitarbeit im Umfang von 15 Stunden pro Woche für die Zeit vom 01.01.2009 bis 31.05.2009 und im Umfang von 20 Stunden für die Zeit vom 01.06.2009 bis 04.06.2010. Der Arbeitgeber stimmte dem Teilzeitbegehren ausdrücklich schriftlich zu. Sodann beantragte die Personalreferentin am 07.04.2010 die Verlängerung der Elternzeit auf insgesamt 3 Jahre und die Beibehaltung der Teilzeittätigkeit von 20 Stunden pro Woche. Der Arbeitgeber lehnte diese Verlängerung ab weil wegen bevorstehenden Umstrukturierungen für das Unternehmen nur noch eine Vollzeittätigkeit oder eine Reduzierung der Arbeitszeit während der Elternzeit auf Null in Betracht käme. Die Personalreferentin meinte, dass der Vortrag des Arbeitgebers nicht ausreiche, um dringende betriebliche Erfordernisse für die Verweigerung des Teilzeitbegehrens darzulegen (§ 15 Abs. 4 S. 4 BEEG) und dass am 03.12.2008 zunächst nur eine Einigung der Parteien bezüglich der Teilzeittätigkeit im Sinne von § 15 Abs. 5 BEEG erfolgt sei. Gemäß § 15 Abs. 6 BEEG könne der Arbeitnehmer aber auch dann noch eine zweimalige Verringerung seiner Arbeitszeit beanspruchen, soweit eine Einigung mit dem Arbeitgeber nicht mehr möglich sei. Das BAG hat der Personalreferentin nun Recht gegeben. Einvernehmliche Elternzeitregelungen sind nicht auf den Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit anzurechnen. Eltern können nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts ihren Anspruch auf Teilzeitarbeit künftig auch dann noch zweimal gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen, wenn zuvor bereits eine einvernehmliche Arbeitszeitreduzierung während der Elternzeit stattgefunden hat. Die Entscheidung ist bisher nicht begründet worden und liegt derzeit nur als Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichtes vor.

5. Unzulässige Frage an einen Stellenbewerber nach eingestellten Ermittlungsverfahren - BAG vom 15.11.2012, 6 AZR 339/11

Ein Stellenbewerber bewarb sich als sog. Seiteneinsteiger als Lehrer an einer Hauptschule. Vor seiner Einstellung wurde er aufgefordert, auf einem Vordruck zu erklären, ob er vorbestraft sei, und zu versichern, dass gegen ihn kein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft anhängig sei oder innerhalb der letzten drei Jahre anhängig gewesen sei. Er unterzeichnete den Vordruck, ohne Angaben zu etwaigen Ermittlungsverfahren zu machen. Das Ermittlungsverfahren wurde später eingestellt. Der Arbeitgeber erfuhr nach der Einstellung des Bewerbers vom

Ermittlungsverfahren und kündigte dann das Arbeitsverhältnis außerordentlich, hilfsweise ordentlich, weil der Kläger die Frage nach Ermittlungsverfahren unrichtig beantwortet habe

Die dagegen gerichtete Kündigungsschutzklage war vor dem BAG erfolgreich.

Der Arbeitgeber darf einen Stellenbewerber grundsätzlich nicht nach eingestellten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren fragen. Eine solche unspezifizierte Frage verstößt gegen Datenschutzrecht und die Wertentscheidungen des § 53 Bundeszentralregistergesetz (BZRG). Stellt der Arbeitgeber die Frage dennoch und verneint der Bewerber in Wahrnehmung seines informationellen Selbstbestimmungsrechts wahrheitswidrig, dass gegen ihn Ermittlungsverfahren anhängig waren, darf der Arbeitgeber das zwischenzeitlich begründete Arbeitsverhältnis nicht wegen dieser wahrheitswidrig erteilten Auskunft kündigen.

6. Pflicht zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am 1. Tag der Krankheit - BAG Urt. v. 14.11.2012 5 AZR 886/11

Eine Arbeitnehmerin stellte einen Dienstreiseantrag, dem ihr Vorgesetzter nicht entsprach. Eine nochmalige Anfrage wurde gleichfalls abschlägig beschieden. An dem Tag der von der Arbeitnehmerin geplanten Dienstreise meldete sich die Arbeitnehmerin dann krank und erschien am Folgetag wieder zur Arbeit. Daraufhin forderte der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin auf, künftig schon am ersten Tag der Krankmeldung einen Arzt aufzusuchen und ein entsprechendes Attest vorzulegen. Mit ihrer Klage hat die Arbeitnehmerin den Widerruf dieser Weisung begehrt und geltend gemacht, das Verlangen des Arbeitgebers auf Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits für den ersten Tag der Erkrankung bedürfe einer sachlichen Rechtfertigung. Das BAG hat nun entschieden, dass grundsätzlich nach § 5 Abs. 1 Satz 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) der Arbeitgeber berechtigt ist, von dem Arbeitnehmer die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer schon von dem ersten Tag der Erkrankung an zu verlangen. Die Ausübung dieses Rechts steht im nicht an besondere Voraussetzungen gebundenen Ermessen des Arbeitgebers. Eine Grenze findet das Verlangen nach einer Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon ab dem ersten Tag einer Erkrankung allerdings an den allgemeinen Schranken jeder Rechtsausübung, insbesondere darf das Verlangen nicht schikanös oder willkürlich sein und weder gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen Diskriminierungsverbote verstoßen.

7. Rechtsprechung zur Altersbedingten Diskriminierung eines Stellenbewerbers - BAG Urt. v. 04.01.2013 8 AZR 429/11

Sachverhalt:

Ein öffentlich-rechtliches Krankenhaus hatte Zeitungsinserate aufgegeben, in denen es ua. heißt: „ das Krankenhaus hat in den kommenden Jahren einen relevanten Bedarf an Nachwuchsführungskräften. Um diesen abzudecken, gibt es ein spezielles Programm für Hochschulabsolventen/Young Professionells: Traineeprogramm. Dabei sollen jährlich zunächst zwei Hochschulabsolventen rekrutiert und dem Programm „C“ zugeführt werden. Da es sich per definitionem um Berufsanfänger handelt, stehen neben den erworbenen Fähigkeiten vor allem die persönlichen Eigenschaften im Mittelpunkt.“

Ein damals 36jährige Volljurist mit mehrjähriger Berufserfahrung erhielt auf seine Bewerbung eine Absage. Dies sah er als eine Benachteiligung wegen seines Alters an und verlangte von dem Krankenhaus eine Entschädigung. Das Krankenhaus bestritt eine solche Diskriminierung und machte geltend, es habe eine Auswahl nach den Examensnoten getroffen und nur diejenigen Bewerber in Betracht gezogen, die Examensnoten von gut oder sehr gut aufgewiesen hätten.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Das BAG hat eine altersbedingte Diskriminierung erkannt. Wenn ein öffentlicher Arbeitgeber in einer an „Berufsanfänger" gerichteten Stellenanzeige für ein Traineeprogramm „Hochschulabsolventen/Young Professionells" Bewerber sucht und er dann einen 36jährigen Bewerber mit Berufserfahrung ablehnt indiziert das eine Benachteiligung dieses Bewerbers wegen seines Alters. Der Arbeitgeber trägt dann die Beweislast dafür, dass ein solcher Verstoß nicht vorgelegen hat. Er darf sich dabei nicht darauf berufen, dass der Bewerber aufgrund seiner im Vergleich zu den Mitbewerbern schlechteren Examensnoten nicht in die eigentliche Bewerberauswahl einbezogen worden ist. Die Stellenausschreibung, die sich an Hochschulabsolventen/Young Professionells und an Berufsanfänger richtet, begründe nämlich ein Indiz für eine Benachteiligung des abgelehnten Stellenbewerbers wegen dessen Alters. Dieses Indiz könnte das Krankenhaus widerlegen, wenn es nur die Bewerber mit den besten Examensnoten in die Bewerberauswahl einbezogen hätte, weil es als öffentliche Arbeitgeberin gemäß Art. 33 Abs. 2 GG Stellen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber zu besetzen hatte.

8.1 Rechtsmissbräuchliche dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung im Konzern-LAG BW Urteil vom 22. 11. 2012 - 11 Sa 84/12; LAG Berlin Urteil vom 9.1.2013 - 15 Sa 1635/12)

Ausgangs-Sachverhalt:

Ein tarifgebundener Krankenhausträger (TVÖD) betreibt als 100%-ige Tochter ein Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen mit einer Erlaubnis gem. § 1 AÜG. Das Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen verleiht Arbeitnehmer aus allen Arbeitsbereichen eines Krankenhauses an den Krankenhausträger. Für die verliehenen Arbeitnehmer gilt der, im Vergleich zum TVÖD geringer vergütete, allgemeinverbindliche Manteltarifvertrag Zeitarbeit. Die Beschäftigung der Leiharbeiter im Krankenhaus erfolgt auf Arbeitsplätzen, für welche das Krankenhaus keine Stammarbeiter eingestellt hat. Ein von dem Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen ausschließlich an das Krankenhaus entliehener Arbeitnehmer begehrte Feststellung, dass er in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus steht, weil die Arbeitnehmerüberlassung unwirksam sei und ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher (Krankenhausträger) bestehe.

Das LAG Baden-Württemberg (Urteil vom 22. 11. 2012 - 11 Sa 84/12) und auch das LAG Berlin (Urteil vom 9.1.2013 - 15 Sa 1635/12) hatten in ähnlichen Sachverhalten zu Gunsten des verliehenen Arbeitnehmers entschieden, allerdings unterschiedlich begründet. Bei beiden Entscheidungen wurde Revision zum BAG zugelassen. Eine Entscheidung des BAG ist bisher nicht ergangen.

In beiden Urteilen wurde das zwischen dem Leiharbeiter und dem verleihenden Unternehmen als unwirksam angesehen, weil es nicht auf eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ausgerichtet war. Denn gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend. Diese (seit 1.12.2011 neu gefasste Regelung) schränkt mit dem Erfordernis der vorübergehenden Überlassung die Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung ein. Eine Arbeitnehmerüberlassung ist bei bestehendem Dauerbeschäftigungsbedarf des Entleihers ausgeschlossen. Besteht beim Entleiher ein dauerhafter Beschäftigungsbedarf ist Arbeitnehmerüberlassung unzulässig. Eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung setzt voraus, dass der Schwerpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers vor und nach dem Einsatz beim Dritten im verleihenden Arbeitgeberbetrieb verbleibt. Dies ist nicht der Fall, wenn die beim Entleiher wahrgenommenen Arbeiten bei einer direkten Einstellung durch den Entleiher eine Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigen würde. Voraussetzung für die Erfüllung des Begriffs „vorübergehend“ ist also, dass der überlassene Arbeitnehmer nach Beendigung seines Einsatzes seine Arbeitsleistung

bei dem überlassenden Konzernunternehmen wieder aufnehmen kann also keine endgültig geplante Überlassung vorliegt. Deshalb muss im Zeitpunkt der Überlassung bereits feststehen, dass der Einsatz im fremden Unternehmen befristet ist.

Es unterscheiden sich in den Begründungen beide Urteile darin, wie die festgestellte Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiherbetrieb und die Entstehung eines Arbeitsverhältnis bei dem Entleiherbetrieb begründet werden. Das LAG Baden-Württemberg kommt über eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu der Rechtsfolge, dass bei dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung es wie im Fall der Überlassung ohne Erlaubnis zu deren Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher kommt. Deshalb ist von einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiherbetrieb auszugehen. Für das LAG Berlin hingegen stellt es einen institutionellen Rechtsmissbrauch (§ 242 BGB) dar, wenn das verleihende Konzernunternehmen nur an einen oder mehrere Konzernunternehmen Arbeitnehmer verleiht, nicht am Markt werbend tätig ist und die Einschaltung dieses verleihenden Unternehmens nur dazu dient, Lohnkosten zu senken oder kündigungsschutzrechtliche Wertungen ins Leere laufen zu lassen. Die Folge davon sei ein Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiherbetrieb.

8.2 Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates bei dauerhafter Einstellung von Leiharbeitnehmern?

Gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann ein Betriebsrat die Zustimmung zu einer Einstellung verweigern, wenn die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz verstößt.

Die dauerhafte Einstellung eines Leiharbeitnehmers verstößt gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG.

In unterschiedlichen Entscheidungen verschiedener Landesarbeitsgerichte wird teilweise der Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als ein beachtlicher Verstoß gegen ein Gesetz i. S. v. § 99 BetrVG angesehen und teilweise nicht (LAG Berlin Beschl. vom 19.12.2012-4 TaBV 1163/12 (ja); LAG Niedersachsen Beschl. vom 19.9.2012-17 TaBV 124/11 (ja)+14.11.2012-12 TaBV 62/12 (nein); LAG Düsseldorf 2.10.2012-17 TaBV 38/12+48/12 (nein)). In den Beschlüssen wurde jeweils Rechtsbeschwerde zum BAG zugelassen.

Eine Entscheidung des BAG liegt bisher nicht vor.

Die ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates bejahenden Entscheidungen begründen ihre Entscheidung im wesentlichen damit, dass wegen der Richtlinie RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen nach dem Willen des Richtliniengebers unzulässig sein soll und deshalb das nationale deutsche Recht in Form des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nur so gemeint sein kann, dass dauerhafte Beschäftigung sanktioniert werden soll. Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG sei deshalb ein zur Zustimmungsverweigerung berechtigender Gesetzesverstoß.

Die gegenteilige Meinung stellt im wesentlichen darauf ab, dass die Änderung des § 1 AÜG als flexible Zeitkomponente zu verstehen sei, § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG keine Höchstgrenze für die Befristungsdauer angebe und deshalb kein Verbotsgesetz i. S. von § 99 BetrVG sei. Auf das Vorliegen eines sachlichen Grundes im Sinne des TzBfG für die Erfüllung des Merkmals "vorübergehend" komme es nicht an. Allerdings läge bei einem „institutionellen Rechtsmissbrauch“ wegen Verletzung von § 242 BGB ein Zustimmungsverweigerungsgrund des Betriebsrates vor.

9. Rechtsprechung zur persönlichen Haftung des Betriebs- oder Personalrates und Vorsitzenden für Rechtsanwaltskosten; BGH Urt. vom 25.10.2012 - III ZR 266/11

Ausgangs-Sachverhalt:

Ein Betriebsrat eines Betriebes mit mehr als 300 Arbeitnehmern fasste den Beschluss, sich im Verfahren über einen Interessenausgleich gemäß § 111 Satz 2 BetrVG durch ein auf die Beratung von Betriebsräten spezialisiertes Unternehmen betriebswirtschaftlich beraten zu lassen. Daraufhin erteilte der Betriebsratsvorsitzende einen Beratungsauftrag. Das Beratungsunternehmen nimmt nach der Beratung sowohl den Betriebsrat als Gremium als auch den Betriebsratsvorsitzenden und die stellvertretende Betriebsratsvorsitzende auf Zahlung von Honorar für die von ihr erbrachten Beratungsleistungen in Anspruch, deren genauer Umfang und Gegenstand streitig ist. Das Beratungsunternehmen klagte seinen Honoraranspruch nicht vor dem Arbeitsgericht sondern vor einem Zivilgericht ein.

Der BGH hielt sich für zuständig. Nach dem Bundesgerichtshof soll die Vermögens- und Rechtsfähigkeit des Betriebsrats im Verhältnis zum Arbeitgeber eine Vermögens- und eine Rechtsfähigkeit des Betriebsrats auch im Verhältnis zu

Dritten (hier: dem Beratungsunternehmen) anzunehmen sein, soweit die mit dem Dritten getroffene Vereinbarung innerhalb des gesetzlichen Wirkungskreises des Betriebsrats liegt. Der gegen den Arbeitgeber gerichtete Anspruch des Betriebsrats gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG auf Befreiung von der gegenüber dem Berater bestehenden Verbindlichkeit setze notwendig das Bestehen einer eigenen Verpflichtung des Betriebsrats gegenüber dem Dritten voraus. Ohne wirksame vertragliche Grundlage würde der Dritte auch kaum den Betriebsrat beraten. Ein Vertrag, den der Betriebsrat zu seiner Unterstützung gemäß § 111 Satz 2 BetrVG mit einem Beratungsunternehmen schließt, ist laut BGH indes nur insoweit wirksam, als die vereinbarte Beratung zur Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich sowie das versprochene Entgelt marktüblich ist und der Betriebsrat daher einen Kostenerstattungs- und Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG hat. Die Grenzen des dem Betriebsrat bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Beratung zustehenden Spielraums seien im Interesse seiner Funktions- und Handlungsfähigkeit nicht zu eng zu ziehen, so der BGH weiter. Soweit sie von dem Betriebsratsvorsitzenden bei der Beauftragung des Beratungsunternehmens dennoch überschritten würden, sei der von ihm für den Betriebsrat geschlossene Vertrag nicht wirksam. Der Betriebsratsvorsitzende könne insoweit gegenüber dem Beratungsunternehmen entsprechend den Grundsätzen des Vertreters ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB) haften, es sei denn das Beratungsunternehmen habe die mangelnde Erforderlichkeit der Beratung gekannt oder hätte sie kennen müssen.