

**Aktuelle Rechtsprechung  
Vortrag  
am 15. November 2012 in Böblingen  
und am 20. November 2012 in Stuttgart**

**Inhalt im Überblick**

**1. Rechtsprechung zum Kündigungsschutzrecht**

- Vorwerfbarkeit einer Pflichtverletzung bei verhaltensbedingter Kündigung BAG, Urteil v. 3.11.2011, 2 AZR 748/10
- Betriebsbedingte Kündigung – Beschäftigungsbedarf bei Kurzarbeit BAG Urteil v. 23.02.2012, 2 AZR 548/10
- Unwirksamkeit einer „überflüssigen“ Änderungskündigung BAG, Urteil v. 19.07.2012 2 AZR 25/11
- Ordentliche Kündigung einer sachgrundlos befristet Beschäftigten § 30 TvÖD LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 09.03.2012, 7 Sa 166/11

**2. Rechtsprechung zum Urlaubsrecht**

- Kein Verfall des Urlaubsanspruches bei Arbeitsunfähigkeit BAG Urteil vom 24.03.2009 - 9 AZR 983/07
- Kein Verfall des Urlaubsabgeltungsanspruches 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

**3. Rechtsprechung zur Kettenbefristung**

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

**4. Pflegezeitgesetz**

- Urteil des BAG über Zeitraum der Pflegezeit BAG Ur. vom 15.11.2011 Az: 9 AZR 348/10

**5. Frage an einen Stellenbewerber nach eingestellten Ermittlungsverfahren**

BAG Ur. 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 Ur. v. 14.11.2012 5 AZR 886/11

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

### Sachverhalt

Ein Arbeitnehmer hatte die Erlaubnis ein Dienstfahrzeug alleine zu nutzen. Der Arbeitgeber hatte den Arbeitnehmer angewiesen bei Urlaub oder bei Arbeitsunfähigkeit den Fahrzeugschlüssel und das Fahrtenbuch im Betrieb abzugeben. Der Arbeitnehmer wurde deshalb abgemahnt. Der Arbeitnehmer erkrankte dann etwa ein Jahr später erneut und gab wieder die Schlüssel und das Fahrtenbuch nicht im Betrieb ab. Nachdem der Arbeitnehmer darauf hin weiter den Schlüssel und das Fahrtenbuch nicht im Betrieb abgegeben hat kündigte der Arbeitgeber fristlos. Der Arbeitnehmer erhob Kündigungsschutzklage und gab zur Begründung an, dass er den Fahrzeugschlüssel und das Fahrtenbuch nicht abgeben konnte, weil er wegen einer Depression nicht dazu in der Lage gewesen sei.

Das BAG erkannte in den Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers einen an sich für eine verhaltensbedingte Kündigung ausreichenden Kündigungsgrund. Diese liegen vor, wenn ein Arbeitnehmer seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und Interesse schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllungszukunft nicht mehr zu erwarten ist.

Eine Pflichtverletzung ist aber einem Arbeitnehmer nur dann vor Aufbau, wenn dieser seine ihr zu Grunde liegende Handlungsweise steuern konnte. Ein Verhalten ist steuerbar, wenn es vom Willen des Arbeitnehmers beeinflusst werden kann. Daran fehlt es, wenn dem Arbeitnehmer die Pflichterfüllung aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen subjektiv dies nicht möglich ist.

Allerdings muss der Arbeitnehmer in einem solchen Fall die Gründe warum er seine Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen konnte genau angeben. Beruft sich auf eine Krankheit muss er gegebenenfalls seine Krankheit offenlegen und die ihn behandelnden Ärzte gegebenenfalls von der Schweigepflicht befreien.

## **1.2. Betriebsbedingte Kündigung – Beschäftigungsbedarf bei Kurzarbeit BAG, Urteil v. 23.02.2012, 2 AZR 548/10**

### Sachverhalt

In einem Betrieb mit etwa 200 Arbeitnehmern wurde mit einer Betriebsvereinbarung Kurzarbeit eingeführt. Es wurde die Arbeitszeit auf 14 Stunden in der Woche reduziert. Desweiteren sollte für die Beschäftigten eine neue Entgeltstruktur eingeführt werden um durch verminderte Arbeitslöhne Kosten zu sparen. In Durchführung der neuen Entgeltstruktur wurden Änderungsverträge mit weniger Arbeitslohn und der Vereinbarung eines Verzichts auf den Ausspruch ordentlicher betriebsbedingte Kündigung angeboten.

Der Kläger und weitere Arbeitnehmer nahmen das Änderungsangebot nicht an. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber ordentlich betriebsbedingt denjenigen Arbeitnehmern die das Änderungsangebot nicht angenommen hatten. Der Kläger wehrte sich gegen die Kündigung mit einer Kündigungsschutzklage.

Das BAG hat der Klage stattgegeben.

Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel kann eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Wird im Betrieb Kurzarbeit geleistet spricht dies gegen einen dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf.

Beruft sich ein Arbeitgeber auf dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf muss der Arbeitgeber die Tatsachen darlegen, aus denen sich ergeben soll, dass künftig auf Dauer mit einem reduzierten Arbeitsvolumen und Beschäftigungsbedarf zurechnen ist, dass vorliegend von möglicherweise nur kurzfristigen Produktions- oder Auftragsschwankungen muss ausgeschlossen sein.

Allerdings kann auch trotz Kurzarbeit im Betrieb der Beschäftigungsbedarf für einzelne von Kurzarbeit betroffener Arbeitnehmer entfallen. Dies setzt aber voraus, dass der Arbeitgeber die Möglichkeiten zur Reduzierung der geschuldeten Arbeitszeit die ihm die Regelungen zu Kurzarbeit liegen, in vollem Umfang ausgeschöpft hat.

### **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. Ordentliche Kündigung einer sachgrundlos befristet Beschäftigten § 30  
Abs. 5 TvÖD – Anhörungsfrist des PersR  
LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 09.03.2012, 7 Sa 166/11**

Sachverhalt

Im Bereich des öffentlichen Dienstes wurde eine Beschäftigte sachgrundlos befristet gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG für zwei Jahre eingestellt. Nach Ablauf einer Probezeit aber vor Erreichen von sechs Monaten Beschäftigungsdauer wurde das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt. Nach der Regelung des § 30 Abs. 5 TvÖD ist eine ordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrages nach Ablauf der tarifvertraglichen Probezeit von sechs Wochen zulässig, wenn die Vertragsdauer mindestens zwölf Monate beträgt. Die befristete Beschäftigte erhob Kündigungsschutzklage.

Vor Ausspruch einer Kündigung muss im öffentlichen Dienst der örtliche Personalrat beteiligt werden. Gem. § 72 LPersVG Baden-Württemberg muss vor Ausspruch einer Kündigung dem Personalrat die beabsichtigte Kündigung bekannt gegeben werden und nach Bekanntgabe hat der Personalrat eine Frist von 18 Arbeitstagen innerhalb derer er sich äussern kann. Wenn der Personalrat innerhalb der Frist Einwendungen erhebt muss die Dienststelle dem Personalrat danach schriftlich mitteilen, wenn sie den Einwendungen des Personalrates nicht entspricht. Nach Zugang dieser Mitteilung kann der Personalrat innerhalb von weiteren zwölf Arbeitstagen eine Entscheidung des Hauptorgans beantragen.

Im Fall der befristet sachgrundlos Beschäftigten wurde vom Personalrat die Frist von 18 Tagen ausgeschöpft und es wurden Einwendungen erhoben. Die Dienststelle hatte dann dem Personalrat mitgeteilt, dass sie den Einwendungen nicht entspricht. Das Hauptorgan ist nicht angerufen worden. Der öffentliche Arbeitgeber hat dann ohne die weiteren zwölf Arbeitstage abzuwarten, eine Kündigung ausgesprochen. Um nicht das Kündigungsschutzgesetz beachten zu müssen, sollte das sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnis vor Ablauf von sechs Monaten Dauer des Beschäftigungsverhältnisses gekündigt werden.

Das Arbeitsgericht Stuttgart (Az. 14 Ca 6419/10) billigte noch diese Vorgehensweise. Das Argument war, dass bei Probezeitkündigungen bzw. einer Kündigung gegenüber Arbeitnehmern die noch keinen Kündigungsschutz haben, die Mitbestimmung beschränkt sei und deshalb eine Kündigung vor Ablauf der zwölf Tagesfrist ausgesprochen werden könne.

Das LAG Baden-Württemberg hat das Urteil des Arbeitsgerichtes Stuttgart aufgehoben und der Klage stattgegeben. Nach Zugang der Mitteilung beim Personalrat, wonach eine Dienststelle vor Ausspruch einer Kündigung den Einwendungen des Personalrates nicht

entsprechen will muss eine weitere Frist von zwölf Arbeitstagen abgewartet werden - bevor eine Kündigung wirksam ausgesprochen werden kann. Dies ist unabhängig davon, ob der Personalrat tatsächlich das Hauptorgan anruft.

Nur wenn ein Personalrat ausdrücklich erklären würde, dass das Beteiligungsverfahren abgeschlossen ist, könnte mit kürzerer Frist die Kündigung ausgesprochen werden.

Für die befristet Beschäftigten im Geltungsbereich TvöD bedeutet dieses Urteil, dass bei einer Probezeitkündigung und auch bei einer Kündigung innerhalb der ersten sechs Monate das Arbeitsverhältnis nur gekündigt werden kann, wenn die erste Anhörungsfristfrist von 18 Tagen abgelaufen ist und bei Einwendungen des Personalrates auch die weitere Frist von zwölf Tagen abgewartet wurde.

## **2.1 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 kommenden, 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 können 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 neuen 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. Der EuGH habe in der KHS-Entscheidung vom 22. November 2011 seine Rechtsprechung bezüglich des zeitlich unbegrenzten Ansammelns von Urlaubsansprüchen arbeitsunfähiger Arbeitnehmer geändert und den Verfall des Urlaubs 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres nicht beanstandet. Dem folgt nun auch das BAG.

Die Entscheidung ist bisher nicht begründet worden und liegt derzeit nur als Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichtes vor.

### **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.

#### **4. Pflegezeitgesetz – (ArbG Stuttgart vom 24.9.2009, 12 Ca 1792/09) LAG Baden-Württemberg, Urt. V. 31.03.2010 Az: 20 Sa 87/09 und nun BAG Urt. vom 15.11.2011 Az: 9 AZR 348/10**

Von der Ankündigung bis zur Beendigung der Pflegezeit genießt der Beschäftigte absoluten Sonderkündigungsschutz. Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis also ab Zugang der Ankündigung nicht mehr kündigen, § 5 Abs. 1 PflegeZG. Der Anspruch auf Pflegezeit besteht für höchstens sechs Monate, § 4 Abs. 1 S. 1 PflegeZG, und zwar für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen.

Streitig war, ob ein Arbeitnehmer den Anspruch auf Pflegezeit für höchstens 6 Monate für jeden pflegebedürftigen nahen Angehörigen auch mehrmals bis zur Erreichung der Pflegehöchstdauer geltend machen kann.

Dafür spricht; dass der Gesetzgeber ausdrücklich die Pflegezeit in die Gestaltungsmacht des Pflegenden legen wollte, weil anders die Begründung des Gesetzgebers, wonach "es gilt, die Pflegeversicherung noch besser auf die Bedürfnisse und Wünsche der Pflegebedürftigen sowie ihrer Angehörigen auszurichten" nicht verstanden werden kann. Es komme nur darauf an, ob der Pflegenden und die zu Pflegenden das Bedürfnis haben die Pflege über mehrere Abschnitte zu verteilen. Belange des Arbeitgebers haben insoweit zurückzutreten.

Anderer Auffassung waren das ArbG Stuttgart und das LAG Baden-Württemberg und nun auch das BAG.

Allerdings hat das BAG der Klagebegründung insoweit Recht gegeben, als es den Anspruch gem. § 3 PflegeZG als ein einseitiges Gestaltungsrecht eines Arbeitnehmers ansieht.

Das BAG legt § 4 Abs. 1 Satz 1 PflegeZG dahin aus, dass kein mehrfaches Gestaltungsrecht zur Pflege desselben Angehörigen besteht. Dem gesetzgeberischen Ziel, mit dem PflegeZG die Vereinbarkeit von Beruf und familiärer Pflege zu verbessern, stehe gleichwertig das aus § 3 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 Satz 2 PflegeZG ableitbare Ziel gegenüber, den Arbeitgeber nicht zu überfordern.

Das bedeutet, die Pflegezeit gemäß den §§ 3, 4 PflegeZG für denselben Angehörigen nur einmal in Anspruch genommen werden kann und zwar unabhängig davon ob die Höchstdauer von sechs Monaten beansprucht wird. Der Anspruch auf Pflegezeit – und damit der Sonderkündigungsschutz des Arbeitnehmers – entsteht durch den Zugang der einseitigen Erklärung des Arbeitnehmers, er nehme künftig Pflegezeit, beim Arbeitgeber. Der Anspruch erlischt durch einmalige (erstmalige) tatsächliche Vornahme der Pflegezeit. Er besteht also fort wenn etwa nach Ankündigung der Zeitraum der Pflegezeit verschoben wird bis die Pflegezeit tatsächlich genommen wird.

## **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.

Die Entscheidung ist bisher nicht begründet worden und liegt derzeit nur als Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichtes vor.