

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



Newsletter 4/2012

Aktuelle Informationen zum Arbeitsrecht

TSP

I. GESETZLICHE NEUERUNGEN

Neue Regeln für Minijobs und Gleitzone	S. 3
Neue Branchenzuschlagstarifverträge in der Zeitarbeit	S. 3
Verlängerung der Bezugsdauer für Kurz- arbeitergeld	S. 4
ELStAM statt Pappe	S. 4

II. AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN

BAG zur Attestvorlage ab dem 1. Krankheitstag	S. 5
LAG Berlin-Brandenburg zur unterbliebenen Kündigungsschutzklage wegen Vertragsfort- setzungsverhandlungen	S. 7
LAG Berlin-Brandenburg zur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung	S. 9
BAG zum doppelten Verdienst bei Aufnahme einer Konkurrenztaetigkeit	S. 10

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE



BAG zum Anspruch auf Dankes- und Wunschformel im Arbeitszeugnis	S. 11
Arbeitsgericht Krefeld zur fristlosen Kündigung nach Verletzung durch Feuerwerkskörper	S. 13
Keine Zurückweisung einer Betriebsratsanhörung wegen fehlender Vollmachtsurkunde	S. 13

TSP

I. Gesetzliche Neuerungen

Neue Regeln für Minijobs und Gleitzone

Die Verdienstgrenzen für geringfügig Beschäftigte wurden zum 01.01.2013 erhöht. Die Entgeltgrenze für Minijobber steigt von €400 auf €450. Wer ab dem 01.01.2013 eine Beschäftigung mit einem regelmäßigen Entgelt von höchstens €450 aufnimmt, ist noch geringfügig beschäftigt. Für ihn besteht Versicherungsfreiheit in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung. Für Beschäftigungsverhältnisse, die vor dem 01.01.2013 bestanden haben, greifen Bestandsschutz- und Übergangsregelungen. Für Midijobber – also für Beschäftigte in der so genannten Gleitzone – wird die Entgeltgrenze von €800 auf €850 erhöht. Gleitzone bedeutet, dass die Arbeitnehmer-Beiträge zur Sozialversicherung gleitend von einem ermäßigten auf das reguläre Niveau ansteigen. Neu ist ferner, dass ab dem 01.01.2013 für geringfügig Beschäftigte grundsätzlich Rentenversicherungspflicht besteht, den Minijobbern aber ein Befreiungsrecht eingeräumt wird („Opt-out“). Bislang waren geringfügige Beschäftigungsverhältnisse grundsätzlich rentenversicherungsfrei und der Minijobber konnte lediglich auf Antrag die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung wählen („Opt-in“).

Carolin Oertel

Die neuen Branchenzuschlagstarifverträge in der Zeitarbeit

Als Reaktion auf ein im Zuge der AÜG-Reform in 2011 von der Politik gestelltes Ultimatum haben die beiden großen Arbeitgeberverbände in der Zeitarbeit, BAP und iGZ, mit den jeweils tarifschließenden Gewerkschaften in nunmehr 8 Branchen Branchenzu-

schlagstarifverträge abgeschlossen:

1. Metall- und Elektroindustrie/ TV BZ ME - Inkrafttreten: 01.11.2012
2. Chemische Industrie/ TV BZ Chemie - Inkrafttreten: 01.11.2012
3. Schienenverkehrsbereich/ TV BZ Eisenbahn - Inkrafttreten: 01.04.2013
4. Kautschukindustrie/ TV BZ Kautschuk - Inkrafttreten: 01.01.2013
5. Kunststoff verarbeitende Industrie/ TV BZ Kunststoff - Inkrafttreten: 01.01.2013
6. Textil- und Bekleidungsindustrie/ TV BZ TB - Inkrafttreten: 01.04.2013
7. Holz und Kunststoff verarbeitende Industrie/TV BZ HK - Inkrafttreten: 01.01.2013
8. Papier, Pappe und Kunststoffe verarbeitende Industrie/ TV BZ PKK - Inkrafttreten: 01.05.2013

Diese Tarifverträge gelten unabhängig von einer Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien immer dann, wenn der verleihende Arbeitgeber – wie dies nahezu immer der Fall ist – zur Abbedingung des an sich geltenden Gleichbehandlungsgrundsatzes von Leiharbeitnehmern und vergleichbaren Arbeitnehmern im Entleihbetrieb (Equal Pay/Equal Treatment) über Bezugnahme entsprechend § 9 Nr. 2 AÜG auf das Tarifwerk des BZA/BAP oder des iGZ verweisen. Der Branchenzuschlag ist nunmehr fester Entgeltbestandteil der tariflichen Grundvergütung. Tarifgebundene Entleiher der M+E-Industrie beispielsweise dürfen nur mit Verleihunternehmen arbeiten, die u.a. Branchenzuschlag oder betragsmäßig vergleichbare Vergütung zahlen.

Der vom Verleihunternehmen zu zahlende Branchenzuschlag knüpft an die Branchenzugehörigkeit des Entleihbetriebs an, in dem der Leiharbeitnehmer eingesetzt wird. Auf eine entsprechende Tarifbindung des Entleihers kommt es nicht an. Die Zuschläge sind ab der sechsten Beschäftigungswoche in einem Betrieb zu zahlen und erhöhen sich gestaffelt bis zum 9. Beschäftigungsmonat. Damit verbunden sind erhebliche zusätzliche Kostenbelastungen des Verleihers, die dieser zwingend bei der Kalkulation der mit dem Entleiher zu vereinbarenden Stundenverrechnungssätze einbringen sollte.

Dr. Christina Mitsch

Verlängerung der Bezugsdauer für konjunkturelles Kurzarbeitergeld

Das konjunkturelle Kurzarbeitergeld wird gewährt, wenn in Betrieben oder Betriebsabteilungen die regelmäßige betriebsübliche wöchentliche Arbeitszeit aufgrund wirtschaftlicher Ursachen oder eines unabwendbaren Ereignisses vorübergehend verkürzt wird. Die in den §§ 95 ff. SGB III niedergelegten Voraussetzungen müssen hierfür erfüllt sein. Für am 01.01.2012 beginnende Kurzarbeit wurde die Bezugsfrist für Kurzarbeitergeld aufgrund der wirtschaftlichen Lage auf sechs Monate begrenzt. Durch die am 14.12.2012 in Kraft getretene Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales über die Bezugsdauer für das Kurzarbeitergeld wurde die Bezugsdauer auf 12 Monate verlängert. Die Rechtsverordnung gilt bis zum 31.12.2013.

Carolin Oertel

ELStAM statt Pappe

Zum 01.01.2013 wurde das elektronische Verfahren zur Abrechnung der Lohnsteuer gestartet. Die Lohnsteuerkarte aus Pappe wird ersetzt durch elektronische Lohnsteuerabzugsmerkmale, kurz ELStAM. Es handelt sich hierbei um die Speicherung und Übermittlung der Daten, die zuvor auf der Vorderseite der alten Lohnsteuerkarte aufgeführt waren. Das sind vor allem Steuerklasse, Anzahl der Kinderfreibeträge, sonstige Freibeträge und Kirchensteuerabzugsmerkmale. Der Arbeitgeber benötigt von neuen Arbeitnehmern lediglich noch das Geburtsdatum, die steuerliche Identifikationsnummer und die Auskunft, ob es sich jeweils um das Hauptarbeitsverhältnis handelt, um die notwendigen Daten von der Finanzverwaltung abrufen zu können. Als Einführungszeitraum hat das Bundesministerium für Finanzen das komplette Kalenderjahr 2013 vorgesehen. Arbeitgeber müssen die ELStAM mithin spätestens für den letzten im Kalenderjahr endenden Lohnzahlungszeitraum abrufen und anwenden.

Carolin Oertel

II. Aktuelle Entscheidungen

Die Entscheidung des BAG vom 14.11.2012 – 5 AZR 886/11

Arbeitgeber dürfen ohne weitere Begründung die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (Attest) schon vom ersten Tag der Erkrankung verlangen.

Sachverhalt

Geklagt hatte eine leitende Angestellte des Westdeutschen Rundfunks, die bei ihrem Arbeitgeber für den 30.11.2010 zweimal vergeblich einen Dienstreiseantrag gestellt hatte. Zuletzt war ihr zweiter Antrag am Vortag der geplanten Dienstreise erneut abgelehnt worden. Am 30.11.2010 meldete sie sich dann krank. Der Aufforderung des Arbeitgebers, unverzüglich eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beizubringen, kam sie am 01.12.2010 nach und meldete sich für diesen Tag wieder arbeitsfähig und gesund. Der Arbeitgeber nahm diesen Vorgang zum Anlass, von der Arbeitnehmerin zukünftig in allen Fällen einer Erkrankung ab dem ersten Tag ein Attest zu fordern. Gegen diese Anweisung richtete sich die Klage. Die Klägerin selbst hatte im Verlauf des Prozesses Korrespondenz zwischen ihr und dem Betriebsarzt des WDR vorgelegt, in der sie sich über die Gepflogenheiten eines solchen Arbeitgeberverlangens ab dem ersten Tag der Erkrankung im Unternehmen erkundigte. Vor Gericht führte die Klägerin aus, dass sie in jüngster Zeit anfangs, auf Signale ihres Körpers intensiver zu hören und sich hin und wieder den Anfeindungen durch Auszeiten entziehe. Früher habe sie sich oft noch ins Unternehmen ge-

schleppt, obwohl sie sich anders gefühlt habe. Die Klägerin empfand die Entscheidung des Arbeitgebers als willkürlich und sah darin auch eine Verletzung des arbeitsrechtlichen Schikaneverbots. Außerdem berief sie sich auf eine auf ihr Arbeitsverhältnis anwendbare tarifliche Vorschrift, die ebenso wie § 5 Abs. 1 Satz EFZG nur die Vorlage eines Attestes ab dem vierten Tag nach Beginn der Erkrankung vorsah. Im Tarifvertrag war das Recht eines Arbeitgebers eine vorzeitige Vorlage zu verlangen allerdings nicht geregelt.

Entscheidung

Mit ihrer Argumentation hatte die Klägerin keinen Erfolg. Das BAG hat mit seiner jetzigen Entscheidung die Auffassung der Vorinstanzen bestätigt. Das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln (3 Sa 597/11) hatte zuvor entschieden, dass es im freien, ungebundenen Ermessen des Arbeitgebers liegt, in Anwendung der gesetzlichen Möglichkeit schon ab dem ersten Tag ein Attest zu verlangen. Eine Überprüfung auf die "Billigkeit" der Entscheidung ist daher nicht möglich. Insbesondere ist laut BAG kein begründeter Verdacht notwendig, dass der Arbeitnehmer in der Vergangenheit eine Erkrankung nur vorgetäuscht habe. Auch für die von der Klägerin geforderte Überprüfung anhand des Schikaneverbots sah das Gericht keine Grundlage. Die Vortrags- und Beweispflicht für entsprechende Behauptungen liegen hier beim Arbeitnehmer. Ein missbräuchliches oder schikanöses Verhalten des Arbeitgebers konnte das LAG nicht erkennen. Der Arbeitgeber hatte demnach das Recht, zukünftig auf die Vorlage eines ärztlichen Attestes am ersten Krankheitstag zu bestehen.

Im nun entschiedenen Fall ging es ausschließlich um die Bedeutung und das Verständnis der Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG). Die Regelung knüpft an § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG an. Für eine Arbeitsunfähigkeit, die länger als drei Kalendertage andauert, muss der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem folgenden Werktag (also dem vierten Tag nach Beginn der Erkrankung) vorlegen. Die hier umstrittene Vorschrift sieht dann vor, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, die Vorlage des Attests früher zu verlangen. Zu den Voraussetzungen eines solchen Verlangens findet sich keine gesetzliche Vorgabe. In der Literatur zum Thema war umstritten, ob es eines begründeten Anlasses für ein solches Verlangen bedarf und ob der Arbeitgeber bei der Ausübung des Rechts nicht billiges Ermessen - was ggf. gerichtlich nachprüfbar wäre - ausüben muss. Dem hat das BAG nun eine klare Absage erteilt.

Dieses Recht des Arbeitgebers aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz greift allerdings nicht in jedem Arbeitsverhältnis. Eine von der gesetzlichen Vorschrift abweichende Regelung zugunsten eines Arbeitnehmers kann sich sowohl im Einzelarbeitsvertrag als auch in einem Tarifvertrag finden oder sich aus einer abweichenden betrieblichen Übung ergeben. Solchen Abweichungen sind das LAG und auch das BAG nachgegangen. Eine gegenteilige betriebliche Übung nachzuweisen ist jedoch häufig nicht einfach. Die Anforderungen in der Praxis an einen Vortrag eines Arbeitnehmers sind sehr hoch. Das LAG Köln hat jedenfalls im aktuellen Fall die Mitteilung des Betriebsarztes nicht als ausreichend betrachtet,

wonach "das Instrument immer dann eingesetzt werde, wenn deutliche Unter-Dreitagesfehlzeiten auftreten." Nach Meinung des LAG Köln hätte es eines konkreten Vortrags der Klägerin bedurft, wie viele Arbeitnehmer in der Vergangenheit aufgrund welcher Umstände von der Beklagten aufgefordert wurden, ab dem ersten Krankheitstag eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen. Dies wird ein Arbeitnehmer kaum jemals ausreichend detailliert vortragen können.

Eine abweichende Regelung zugunsten des Arbeitnehmers liegt nach Meinung der Gerichte noch nicht vor, wenn im Tarifvertrag allein die gesetzlichen Bestimmungen, also eine Attestpflicht ab dem vierten Krankheitstag festgehalten ist. Laut BAG hätte es dafür eines tariflichen Zusatzes bedurft, der das Recht des Arbeitgebers ausdrücklich ausschließt. Auch hier sind die Anforderungen hoch. Allein die unvollständige Übernahme des Gesetzestextes genügt nicht für die Annahme eines abweichenden Tarifvertrages. Obwohl sich die Gerichte nicht zur Problematik einer abweichenden vertraglichen Regelung geäußert haben, muss man davon ausgehen, dass ähnliche Grundsätze auch für eine arbeitsvertragliche Regelung gelten. Die Auslegung von Arbeitsverträgen erfolgt aber nach etwas abgewandelten Grundsätzen als diejenige von Tarifverträgen und dient in erster Linie dazu, dem wahren Willen der Parteien zu entsprechen. Womöglich kann dies im Einzelfall zu günstigeren Ergebnissen für einen Arbeitnehmer führen.

Praxishinweis

Was auf den ersten Blick für viele Arbeitgeber ein wichtiges und als positiv empfundenes Signal beim Kampf gegen hohe Krankenstände in einem Unter-

nehmen empfunden werden mag, ist auf den zweiten Blick nicht unproblematisch.

Die Entscheidung des BAG ist sicherlich vor dem Hintergrund der Schaffung von Rechtsklarheit in der umstrittenen Frage zu begrüßen. Einige mögen den Regelungsgehalt als sozial unausgewogen empfinden. Die "politische" Grundentscheidung hat aber nicht das BAG, sondern bereits der Gesetzgeber getroffen. Die Entscheidung des BAG und der Vorinstanzen erfolgte daher in konsequenter Rechtsanwendung. Sich und anderen Arbeitnehmern, für deren Arbeitsverhältnisse keine sonstigen Besonderheiten gelten, hat die Klägerin womöglich einen "Bärendienst" erwiesen. Es ist davon auszugehen, dass schon aufgrund der bundesweiten Aufmerksamkeit Arbeitgeber nun verstärkt zu diesem Instrument greifen, dessen Existenz womöglich bislang verborgen war.

Abweichende tarifliche Regelungen sind in der Praxis weitverbreitet. Beispiele finden sich in der Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden und im Bereich des Groß- und Außenhandels NRW. Darüber hinaus können sich Abweichungen auch aus den Einzelarbeitsverträgen ergeben. Ein Arbeitgeber ist also gut beraten, zuerst zu prüfen, was für ihn gilt, bevor er seine "vermeintlichen" Rechte nach dem EFZG ausübt. Prüfen sollte er seine Entscheidung auch noch unter einem für die Praxis nicht unerheblichen, allerdings nicht juristischen Gesichtspunkt. Aus Kreisen der Ärzteschaft ist zu vernehmen, dass bei flächendeckender erhöhter Ausnutzung des Rechts auf Vorlage eines Attests schon am ersten Krankheitstag, zukünftig mit erhöhten Krankheitsausfällen zu rechnen sein könnte. Ein Arbeitnehmer,

der sich wegen eines vorübergehenden Unwohlseins eine ein bis drei Tage dauernde Auszeit nimmt, ohne einen Arzt zu konsultieren, würde dies im Fall der Fälle schon ab dem ersten Krankheitstag tun müssen. Womöglich führt dies dazu, dass ein Arzt den Arbeitnehmer nicht nur für die Dauer von ein bis drei Arbeitstagen als voraussichtlich arbeitsunfähig einstuft, sondern durchaus für einen längeren Zeitraum. Wenn der Arbeitnehmer dies dann in vollem Umfang ausnutzt, führt dies zu längeren Ausfallzeiten. Ein Arbeitgeber ist daher womöglich besser beraten, die Vorlage eines ärztlichen Attestes vor dem vierten Krankheitstag nur in solchen Fällen zu fordern, die Besonderheiten aufweisen.

Ralf Fuhrmann

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 02.12.2012 – 6 Sa 1754/12

Gekündigte Arbeitnehmer, mit denen der Arbeitgeber über eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses spricht, müssen dennoch Kündigungsschutzklage erheben

Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin wurde im November 2011 ordentlich gekündigt. Sie hat hierzu Folgendes behauptet: Gut 2 Wochen nach Erhalt der Kündigung habe der Geschäftsführer des Arbeitgebers mit ihr über eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gesprochen. Dem kurz vorangegangen sei ihre Mitteilung über eine bei ihr gerade festgestellte Schwangerschaft. Der Geschäftsführer habe geäußert, die

Kündigung sei dann „wohl unwirksam“ und er werde die Sache mit dem Anwalt besprechen und sich dann wieder bei ihr melden. Noch vor Ablauf der 3-Wochen-Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage habe ihr außerdem ein Kollege gesagt, der Geschäftsführer habe ihren Verbleib im Unternehmen intern diskutiert. Am letzten Tag der Klagefrist habe ihr der Geschäftsführer mitgeteilt, man werde am nächsten Tag über eine Weiterbeschäftigung reden. Eine Kündigungsschutzklage habe sie daher binnen der üblichen 3-Wochen-Frist nicht erhoben.

Der Arbeitgeber hat letztlich an der Kündigung festgehalten. Da die 3-Wochen-Frist zwischenzeitlich abgelaufen war, hat die Arbeitnehmerin die nachträgliche Zulassung ihrer später erhobenen Kündigungsschutzklage beantragt. Wegen der obigen Äußerungen aus dem Bereich des Arbeitgebers habe sie darauf vertrauen dürfen, nicht binnen der üblichen Frist Kündigungsschutzklage erheben zu müssen.

Entscheidung

Mit ihrem Antrag hatte die Arbeitnehmerin weder beim Arbeitsgericht Berlin noch beim Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg Erfolg. Die 3-Wochen-Frist, binnen derer nach § 4 KSchG eine Kündigung regelmäßig anzugreifen ist, war eindeutig abgelaufen. Das LAG hat aber auch eine verspätete Klageerhebung gemäß § 5 KSchG nicht zugelassen. Nach dieser Bestimmung kann eine Klage nach Ablauf der 3-Wochen-Frist zulässig sein, wenn ein sorgfältig agierender Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung verhindert war, rechtzeitig Klage zu erheben. Die oben geschilderten Äußerungen des Geschäftsführers mögen zwar – so das LAG – bei der Arbeitnehmerin

den Eindruck erweckt haben, sie würde weiter beschäftigt werden. Solange aber keine Vereinbarung über die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses vorliegt und selbst eine feste Zusage des Arbeitgebers fehlt, handle ein Arbeitnehmer auf eigene Gefahr, wenn er sich auf einen solch gewonnenen Eindruck verlässt. Der Geschäftsführer habe eine rechtzeitige Klageerhebung auch nicht arglistig verhindert. Nachdem die Arbeitnehmerin am letzten Tage der Klagefrist wusste, dass es noch kein Fortsetzungsangebot gibt, hätte sie entweder Klage erheben oder dem Geschäftsführer an diesem Tag eine Erklärung abringen müssen, eine eventuelle verspätete Klageerhebung zu akzeptieren. Beides ist unterblieben.

Praxishinweis

Es kommt in der Praxis durchaus vor, dass gekündigte Mitarbeiter nicht sofort Kündigungsschutzklage erheben, sondern zunächst ein Gespräch mit dem Arbeitgeber suchen, um auszuloten, ob die Kündigung nicht vielleicht „zurückgezogen“ werden kann. Aufgrund der obigen Entscheidung mag es Arbeitgeber geben, die versuchen, solche Gespräche bis zum Ablauf der Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage hinauszuzögern. Dies wäre jedenfalls für solche Arbeitnehmer schwierig, die im Verlaufe solcher Gespräche ihren Arbeitgeber mit einer Kündigungsschutzklage nicht verärgern und damit etwaige „Bleibeverhandlungen“ nicht gefährden wollen. Nach Ablauf der 3-Wochen-Frist kann sich der Arbeitnehmer aber dann in der Regel nicht mehr auf eine Unwirksamkeit der Kündigung berufen. Recht wahrscheinlich ist allerdings, dass eine Kündigungsschutzklage nachträglich zugelassen werden würde, wenn der Arbeitgeber die Gespräche bewusst in die Länge gezogen und eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nie ernsthaft erwogen hat. Ein solches

Verhalten dürfte als arglistig angesehen werden, müsste dem Arbeitgeber aber vom Arbeitnehmer wohl nachgewiesen werden.

Dr. Andreas Chmel

„Vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung - Die kontroversen Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg mit Urteil vom 16.12.2012 – 7 Sa 1182/12, und 09.01.2013 – 15 Sa 1635/12

Ob eine nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher führt, wird von zwei Kammern beim LAG Berlin-Brandenburg in Parallelverfahren unterschiedlich beantwortet.

Sachverhalte

In den mit den vorgenannten Urteilen entschiedenen Sachverhalten hatte das im Besitz einer Verleiherlaubnis befindliche Tochterunternehmen einer Krankenhausbetreibergesellschaft bei ihm beschäftigtes Krankenpflegepersonal bei der Muttergesellschaft auf Dauerarbeitsplätzen, für die keine eigenen Stammarbeitnehmer vorhanden sind, eingesetzt. In dem im Dezember 2012 entschiedenen Fall handelte es sich um eine klagende Krankenschwester, die für die gesamte bislang vierjährige Dauer des Arbeitsverhältnisses als Leiharbeitnehmerin überlassen war. Bei dem im Januar 2013 entschiedenen Verfahren liegt bislang nur die Pressemitteilung vor, aus der sich aber ergibt, dass es sich um ein Parallelverfah-

ren handelt; somit ist von vergleichbaren Sachverhalten auszugehen.

Entscheidungen

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) bedürfen Leiharbeitgeber einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Fehlt diese, so ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gemäß § 9 Nr. 1 AÜG mit der Folge unwirksam, dass nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher besteht. In den entschiedenen Fällen verfügte der Verleiher zwar über die erforderliche Erlaubnis. Die Kläger beehrten dennoch die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit der sie entleihenden Krankenhausbetreibergesellschaft und beriefen sich dabei auf den ab dem 01.12.2011 maßgeblichen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, wonach die Arbeitnehmerüberlassung nur „vorübergehend“ erfolgen darf. Das Gesetz regelt nicht, was unter einem vorübergehenden Einsatz zu verstehen ist und welche Rechtsfolge im Falle einer nicht nur vorübergehenden Überlassung eintritt.

In der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 16.10.2012 wurde im Ergebnis die Frage offen gelassen, ob eine vorübergehende Überlassung vorliege. Der vorgenannte § 10 Abs. 1 AÜG sei jedenfalls weder direkt noch entsprechend auf eine nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung anwendbar, so dass kein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher anzunehmen sei. Für jedenfalls vor der Gesetzesänderung Ende 2011 begründete Arbeitsverhältnisse könne bei Nichtbeachtung dieses Merkmals auch kein rechtsmissbräuchliches Strohmannesgeschäft mit der Folge des Entstehens eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher angenommen werden. Die Revision

wurde zugelassen (BAG Az.: 7 Sa 1182/12).

In der am 09.01.2013 ergangenen Entscheidung, gegen die gleichfalls die Revision zugelassen wurde, hat das LAG Berlin-Brandenburg hingegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter bejaht. Dabei wurde angenommen, dass eine auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung nicht von der erteilten Erlaubnis gedeckt sei und daher ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und dem Leiharbeiter zustande komme. Ausweislich der Pressemitteilung stelle es einen „institutionellen Rechtsmissbrauch“ dar, wenn das konzerneigene Verleihunternehmen nicht am Markt werbend tätig sei und seine Beauftragung nur dazu diene, Lohnkosten zu senken oder Kündigungsschutzrechtliche Wertungen ins Leere laufen zu lassen.

Praxishinweise

Die Arbeitnehmerüberlassung bleibt spannend und für Arbeitgeber mit Risiken behaftet. Die Bandbreite der Diskussion, wie das Merkmal der vorübergehenden Überlassung interpretiert werden muss, ist groß. Gefordert wird zum Teil die von vornherein vereinbarte Befristung der Beschäftigung im Leihbetrieb zur Abdeckung eines nur vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs, wobei der Einsatz nicht auf einem Stammarbeitsplatz erfolgen dürfe. Auch die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern birgt wegen der vielfach fehlenden werbenden Tätigkeit am Markt Risiken, die vor dem Einsatz von Leiharbeitern konkret und umfassend rechtlich geprüft werden sollten.

Auch ein anderer rechtlicher Aspekt der Frage der nur vorübergehenden Überlassung ist praxisrelevant.

Die Landesarbeitsgerichte Düsseldorf (Beschluss vom 19.09.2012 – 17 TaBV 124/11), Niedersachsen (Beschluss vom 20.02.2007 – 9 TaBV 107/05) und Berlin-Brandenburg (Beschluss vom 19.12.2012 – 4 TaBV 1163/12) hatten kontrovers, also teils bejahend teils verneinend, über die Frage entschieden, ob der Betriebsrat des Entleihers seine Zustimmung zum Einsatz von Leiharbeitern gemäß § 14 Abs. 3 AÜG, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern dürfe, wenn dieser nicht nur vorübergehend erfolge, wobei die Gerichte dieses Merkmal unterschiedlich interpretierten. In sämtlichen Verfahren wurde Revision zugelassen, so dass in absehbarer Zeit mit einer höchstrichterlichen Klärung zu rechnen ist.

Dr. Christina Mitsch

Die Entscheidung des BAG vom 17.10.2012 – 10 AZR 809/11

Nimmt ein Arbeitnehmer während einer vereinbarten unwiderruflichen Freistellung eine Konkurrenz­­tätigkeit auf, handelt er rechtswidrig, verdient aber doppelt.

Sachverhalt

Der beklagte Arbeitnehmer war bei der klagenden Arbeitgeberin als Produktmanager und technischer Leiter tätig. Im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses einigten sich die Parteien auf eine vergleichsweise Beendigung des zwischen Ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses. Sie vereinbarten darüber hinaus eine Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Arbeitspflicht bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses unter Fortzahlung der vertragsgemäßen Vergütung. Eine Bestimmung zur Anrechnung anderweitigen Verdienstes enthielt der Vergleich nicht. Während

der Freistellung nahm der Beklagte ein Arbeitsverhältnis bei einem Wettbewerber der Klägerin auf. Wegen der Verletzung des Wettbewerbsverbotes verlangte die Arbeitgeberin vom beklagten Arbeitnehmer die beim Wettbewerber erzielte Vergütung heraus. Hilfsweise begehrte sie, die beim Wettbewerber bezogene Vergütung auf die dem Beklagten auch während der Freistellung zu zahlende Vergütung anzurechnen.

Entscheidung

Das BAG entschied ebenso wie die Vorinstanzen, dass der Arbeitgeberin weder ein Anspruch auf Herausgabe der beim Wettbewerber bezogenen Vergütung, noch eine Anrechnungsoption zusteht. Zwar gilt auch während der Freistellungsphase das arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbot und der Arbeitnehmer hat sich mithin rechtswidrig verhalten und kann sich vom Grundsatz her nach §§ 280 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig machen. Die Erzielung anderweitigen Verdienstes bei einem Wettbewerber stellt für den Arbeitgeber jedoch keinen Schaden dar. Auch die Spezialvorschrift des § 61 Abs. 1 HGB greift nicht, da der Arbeitnehmer durch den Abschluss des Arbeitsvertrages kein „Geschäft“ im Sinne dieser Vorschrift gemacht hat, aus dem er die erzielte Vergütung herauszugeben hätte. Ferner scheidet eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 615 S. 2 BGB aus, weil sich die Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers nicht aus Annahmeverzug, sondern unmittelbar aus der Vergütungsfortzahlungsvereinbarung im Vergleich ergeben.

Praxishinweise

Im Ergebnis durfte der Arbeitnehmer trotz seiner rechtswidrigen Wettbewerbstätigkeit seinen doppel-

ten Verdienst während der Freistellung behalten. Die Arbeitgeberin hatte das Nachsehen. Dies wäre zu vermeiden gewesen. Hierfür hätte in den Vergleich eine Regelung integriert werden müssen, die eine Anrechnung anderweitigen Verdienstes auch während der Freistellung ausdrücklich vorsieht. Dann allerdings ist wiederum darauf zu achten, dass ferner ein Zusatz aufgenommen wird, nach dem das Wettbewerbsverbot während der Freistellungsphase weitertgilt. Andernfalls ist nach der Rechtsprechung angesichts der Anrechnungsregelung regelmäßig von einer Aufhebung des Wettbewerbsverbotes auszugehen. Dieses Beispiel verdeutlicht einmal mehr, dass bei der Gestaltung von Vergleichen und Aufhebungsverträgen äußerste Vorsicht geboten ist.

Carolin Oertel

Die Entscheidung des BAG vom 11.12.2012 - 9 AZR 227/11

Ein Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Aufnahme einer Formulierung ins Arbeitszeugnis, die Dank und gute Wünsche enthält.

Sachverhalt

Der Kläger leitete einen Baumarkt der Beklagten. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erteilte ihm die Beklagte ein Arbeitszeugnis mit einer überdurchschnittlichen Leistungs- und Verhaltensbeurteilung. Das Zeugnis endete mit den Sätzen: "Herr K. scheidet zum 28.02.2009 aus betriebsbedingten Gründen aus unserem Unternehmen aus. Wir wünschen ihm für die Zukunft alles Gute." Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Schluss-Satz sei unzureichend und entwerte sein gutes Zeugnis. Er habe Anspruch auf die Formulierung: "Wir bedan-

ken uns für die langjährige Zusammenarbeit und wünschen ihm für seine private und berufliche Zukunft alles Gute." Das Arbeitsgericht hatte der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten abgewiesen.

Entscheidung

Das BAG hat das Berufungsurteil bestätigt. Nach Meinung des BAG ist ein Arbeitgeber gesetzlich nicht verpflichtet, das Arbeitszeugnis mit Formulierungen abzuschließen, in denen er dem Arbeitnehmer für die geleistete Dienste dankt, dessen Ausscheiden bedauert oder ihm für die Zukunft alles Gute wünscht. Ausgehend von der Regelung in § 9 Gewerbeordnung, wonach ein Arbeitgeber in einem einfachen Zeugnis mindestens Angaben zur Art und Dauer der Tätigkeit machen muss und ein Arbeitnehmer nur verlangen kann, dass sich die Angaben darüber hinaus auf Leistung und Verhalten im Arbeitsverhältnis (qualifiziertes Zeugnis) erstrecken, ist das BAG der Überzeugung, dass Aussagen über persönliche Empfindungen des Arbeitgebers nicht zum notwendigen Zeugnisinhalt gehören. Wenn der Arbeitgeber mit einer in das Zeugnis aufgenommenen Schlussformel nicht einverstanden ist, kann er nur die Erteilung eines Zeugnisses ohne diese Formulierung verlangen.

Anders hatte kürzlich noch das LAG Düsseldorf mit Urteil vom 03.11.2010 (Az. 12 Sa 974/10) entschieden. Das LAG war der Meinung, dass die Verpflichtung zur Aufnahme einer Dankes- und Zukunftsformel in das Zeugnis insbesondere dann in Betracht kommt, wenn die dem Arbeitnehmer zustehende Leistungs- und Verhaltensbewertung über ein "befriedigend" signifikant hinausgeht und Inhalt

und Form des vorgelegten Arbeitszeugnisses bei Bewerbungen bzw. der Bewerberauswahl relevant zu sein pflegen. Das LAG war weiter der Überzeugung, dass eine fehlende Schlussformulierung eine unzulässige Abwertung der Leistungs- und Verhaltensbeurteilung darstelle. Die Dankes- und Wunschformel gehöre zu einem "anständigen Zeugnis". Dem hat das BAG nun in der Tradition einer älteren Entscheidung aus dem Jahr 2001 eine klare Absage erteilt.

Praxishinweis

Die Unsicherheiten hinsichtlich der Notwendigkeit der Aufnahme einer Dankes- und Wunschformel in ein Arbeitszeugnis sind mit der Entscheidung des BAG in erfreulicher Klarheit beseitigt. Arbeitgeber wissen nun, dass sie etwas Zusätzliches und nicht Erforderliches tun, wenn sie eine solche Formel in das Zeugnis aufnehmen. Damit nicht zufriedene Arbeitnehmer sind nicht völlig rechtlos gestellt. Sie können ggf. verlangen, dass die Formel gänzlich weggelassen wird, wenn sie der Meinung sind, dass die Formel mit dem übrigen Inhalt des Zeugnisses nicht im Einklang steht. Auch bei der Bewertung von Zeugnissen wird man sich zukünftig an der Entscheidung des BAG orientieren müssen. Eine fehlende Dankes- und Wunschformel ist nicht automatisch gleichbedeutend mit einer Abwertung des sonstigen Zeugnisinhalts.

Ralf Fuhrmann

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Krefeld vom 30.11.2012 – 2 Ca 2010/12

Folgenreicher später Silvesterschertz: Fristlose Kündigung wegen Verletzung eines Kollegen durch Feuerwerkskörper

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer war seit etwa 15 Jahren als Gerüstbauer und Vorarbeiter bei seinem Arbeitgeber tätig. Im Sommer 2012 befand sich ein Kollege auf der Baustelle in einem Dixi-Klo. Der Arbeitgeber hat angegeben, der Arbeitnehmer hätte einen Feuerwerkskörper von oben in die Toiletten-Kabine geworfen, wo er explodiert ist. Der Arbeitnehmer hat dies abgestritten und behauptet, den Böller lediglich an der Türe der Kabine angebracht zu haben, von wo er sich unbeabsichtigt gelöst und in die Kabine gerutscht ist (Zufälle gibt es...). Fest steht, dass der Böller in der Kabine explodiert ist und den Kollegen schwer verletzt hat. Einige Tage nach dem Vorfall erhielt der Arbeitnehmer, der in der Vergangenheit noch nie abgemahnt worden war, die fristlose Kündigung.

Entscheidung

Das Arbeitsgericht Krefeld hat die fristlose Kündigung für gerechtfertigt gehalten. Selbst wenn unterstellt werde, dass es sich – wie der Arbeitnehmer behauptet – um einen fehlgeschlagenen Scherz gehandelt hat und der Kollege nicht verletzt werden sollte, sei die Pflichtverletzung so gravierend, dass eine fristlose Kündigung erfolgen durfte. Daran ändere auch ein ruppiger Umgang auf Baustellen nichts, selbst wenn früher schon mit Feuerwerkskörpern ge-

scherzt worden sein sollte. In jedem Fall handle es sich um einen tätlichen Angriff auf einen Kollegen, der zu gravierenden Verletzungen führen konnte. Dass diese Art von Umgang mit Feuerwerkskörpern schlimme Folgen haben kann, sei nichts Neues. Dazu komme, dass der Kollege in der Kabine in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt war und nicht reagieren oder fliehen konnte. Als Vorarbeiter habe der Arbeitnehmer ferner eine Vorbildfunktion und müsse sogar generell gegen diese Art von Scherzen vorgehen.

Praxishinweis

Die Entscheidung zeigt, dass sich schlechte Scherze rächen können. Gerade Arbeitgeber, bei denen Mitarbeiter in einem eher ruppigen Umfeld tätig sind, können eine solche Entscheidung als Warnung beispielsweise am Schwarzen Brett aushängen. Ob jedes andere Arbeitsgericht allerdings genauso wie das Arbeitsgericht Krefeld entschieden hätte, muss bezweifelt werden. So war der Übeltäter langjährig und unbeanstandet beim Arbeitgeber tätig. Solche Umstände sprechen in der Regel zu Gunsten des Arbeitnehmers.

Dr. Andreas Chmel

Die Entscheidung des BAG vom 13.12.2012 – 6 AZR 348/11

Der Betriebsrat kann die Anhörung zu einer beabsichtigten Kündigung durch einen Boten oder Vertreter des Arbeitgebers nicht entsprechend § 174 S. 1 BGB zurückweisen, selbst wenn der Anhörung keine Vollmachtsurkunde beigelegt ist.

Die beklagte Fluggesellschaft, eine Aktiengesell-

schaft griechischen Rechts mit Sitz in Griechenland, beschäftigte in Deutschland an fünf Standorten 69 Arbeitnehmer. Die Klägerin wurde am Standort Stuttgart als Sales Representative eingesetzt. Im Oktober 2009 wurde die Fluggesellschaft der Sonderliquidation nach griechischem Recht unterstellt. Als Sonderliquidatorin wurde eine andere Gesellschaft griechischen Rechts eingesetzt, die sich dazu entschloss, die deutschen Standorte zu schließen und alle Arbeitsverhältnisse zu kündigen. Über einen Rechtsanwalt hörte sie den Betriebsrat des Standortes Stuttgart mit Schreiben vom 15.12.2009 zu der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin an. Dem Schreiben war keine Vollmachtsurkunde beigelegt. Der Betriebsrat wies die Anhörung deshalb einige Tage später zurück. Ungeachtet dessen wurde die ordentliche Kündigung ohne erneute Anhörung des Betriebsrates gegenüber der Klägerin ausgesprochen. Die Klägerin hat Kündigungsschutzklage erhoben und sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung mit der Begründung berufen, dass die Kündigung ohne die erforderliche Anhörung des Betriebsrates nach § 102 Abs. 1 BetrVG erfolgte.

Entscheidung

Die Klägerin hatte vor dem LAG Baden-Württemberg Erfolg. Das BAG als Revisionsinstanz hingegen entschied gegen die Arbeitnehmerin.

Nach § 174 S. 1 BGB kann der Empfänger eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung unverzüglich zurückweisen, wenn diese durch einen Stellvertreter und somit in behaupteter Vollmacht für einen anderen abgegeben wird und der Stellvertreter bei seiner Erklärung keine Vollmachtsurkunde vorlegt, aus der sich seine Bevollmächtigung ergibt. Im Falle einer berechtigten Zurückweisung entfaltet die

Erklärung keine Rechtswirkung. Das Anhörungsschreiben des Betriebsrates nach § 102 Abs. 1 BetrVG stellt nach dem BAG keine solche einseitige Erklärung dar. Der Zweck des Anhörungserfordernisses stehe auch einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift des § 174 S. 1 BGB entgegen. Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG sei nicht an Formvorschriften gebunden. Eine mündliche oder telefonische Anhörung sei möglich. Auch in einem solchen Fall beginne die Wochenfrist des § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG zu laufen. Hat der Betriebsrat Zweifel an der Boten- oder Vertreterstellung der ihm gegenüber bei der Anhörung auftretenden Person, kann er sich nach dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit direkt an den Arbeitgeber wenden.

Die Arbeitnehmerin konnte sich somit nicht erfolgreich auf eine unterbliebene Betriebsratsanhörung berufen. Die Zurückweisung der Betriebsratsanhörung durch den Betriebsrat ging ins Leere.

Praxishinweis

Mit seinem Urteil hat das BAG eine bislang in der unterinstanzlichen Rechtsprechung häufig entgegengesetzt entschiedene Rechtsfrage zugunsten des Arbeitgebers entschieden und diesen dadurch entlastet. Bei dem beabsichtigten Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung etwa muss das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG kurzfristig durchgeführt werden, um die außerordentliche Kündigung wegen der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB noch wirksam aussprechen zu können. Die Zulässigkeit einer Zurückweisung von Anhörungsschreiben könnte hierbei fatale Folgen haben. Dank der Entscheidung des BAG muss sich ein Arbeitgeber hierüber jedoch keine Gedanken mehr machen. Wenn es einmal schnell gehen muss, könnte jeder ohne die Einhal-

tung besonderer Formalien zur Unterzeichnung des
Anhörungschriftens bevollmächtigt werden.

Carolin Oertel

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Ihre Ansprechpartner zum Thema Arbeitsrecht

STUTTGART

Ralf Fuhrmann

ralf.fuhrmann@tsp-law.com

Dr. Andreas Chmel

andreas.chmel@tsp-law.com

Carolin Oertel

carolin.oertel@tsp-law.com

BERLIN

Dr. Christina Mitsch

christina.mitsch@tsp-law.com

STUTTGART

Urbanstraße 7
D - 70182 Stuttgart
T +49 (0) 711. 16 67 - 0
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290
stuttgart@tsp-law.com

BERLIN

Kurfürstendamm 31
D - 10719 Berlin
T +49 (0) 30. 8 87 17 - 00
Fx +49 (0) 30. 8 85 00 - 75
berlin@tsp-law.com

DRESDEN

Käthe-Kollwitz-Ufer 83
D - 01309 Dresden
T +49 (0) 351. 4 99 14 - 14
Fx +49 (0) 351. 4 99 14 - 99
dresden@tsp-law.com

FRANKFURT

Eschersheimer Landstr. 10
D - 60322 Frankfurt a. M.
T +49 (0)69. 95 91 35 - 0
Fx +49 (0)69. 95 91 35 - 30
frankfurt@tsp-law.com

BRÜSSEL

Allée du Cloître, 7
B - 1000 Brüssel
T +32 (0)2. 6 47 79 80
Fx +32 (0) 2. 6 49 37 79

SINGAPUR

65 Chulia Street
#48 - 02 OCBC Centre
Singapur 049513
T +65 65 35 31 12
Fx +65 65 34 31 00

TSP

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Impressum

HERAUSGEBER

Thümmel, Schütze & Partner
Gesellschaft bürgerlichen Rechts
Urbanstr. 7
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 0
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290
stuttgart@tsp-law.com
www.tsp-law.com

V. I. S. D. P.

Ralf Fuhrmann
Thümmel, Schütze & Partner
Urbanstr. 7
70182 Stuttgart

T +49 (0) 711. 16 67 - 191
Fx +49 (0) 711. 16 67 - 290
ralf.fuhrmann@tsp-law.com
www.tsp-law.com

COPYRIGHT:

Alle Inhalte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Jedwede Nutzung bedarf der vorherigen Zustimmung. Anfragen beantworten wir gerne.

HAFTUNGS AUSSCHLUSS

Trotz sorgfältiger Recherche und Texterstellung übernehmen wir keinerlei Haftung für die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben in diesem Newsletter. Die Textbeiträge stellen weder anwaltlichen noch sonstigen Rechtsrat dar. Für eine auf einen Einzelfall bezogene rechtliche Beratung stehen unsere vorstehend genannten Anwälte und Anwältinnen an den einzelnen Standorten unserer Kanzlei gerne zur Verfügung.

TSP