

Sehr geehrte Damen und Herren,

das BAG (Bundesarbeitsgericht) lehrt uns, dass Neues nicht immer neu ist - man muss nur genau hinsehen. Mit dieser Erkenntnis befasst sich der erste Beitrag unseres heutigen Newsletter. Andererseits zeigt das BAG, dass alles nicht so einfach ist, wie es scheint. In unserem zweiten Beitrag stellen wir dies zum Thema „Elternzeit“ heraus. In der endlosen Diskussion um Arbeitszeugnisse, deren Inhalt und die Benotung geht das Arbeitsgericht Berlin - wie unser dritter Beitrag zeigt - neue Wege. In unserem vierten Beitrag befassen wir uns mit einem Urteil des BAG, mit welchem der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer ausgeweitet wird. Und schließlich stellt das BAG fest, dass die Freiheit nicht grenzenlos ist.

Wie immer wünschen wir Ihnen eine interessante Lektüre und: wenn Sie mehr darüber wissen wollen oder ansonsten einen Rat suchen - wir sind für Sie da

Mit freundlichen Grüßen


JR Gertrud Thiery


Beate Carroccia


Detlef Thiery



Justizrätin Gertrud Thiery
Fachanwältin für Arbeitsrecht



Beate Carroccia
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht

Ärztliches Attest ab dem ersten Krankheitstag - viel Lärm um nichts!

Kürzlich ging es durch die Presse: Ein Arbeitgeber darf vom Arbeitnehmer bereits ab dem ersten Krankheitstag ein ärztliches Attest fordern. Mit dieser Aussage hat eine Entscheidung des BAG vom 14.11.2012 (Az: 5 AZR 886/11) in den Medien und in der Öffentlichkeit hohe Wellen geschlagen und lebhaft Diskussionen ausgelöst.



Tatsächlich bringt diese Entscheidung aber keine neue Erkenntnis. Sie hat lediglich in der Öffentlichkeit mit dem weit verbreiteten Irrtum abgeschlossen, dass ein ärztliches Attest erst nach dem dritten Tag der Krankheit vorzulegen sei. Die gesetzliche Regelung ist klar und eindeutig. In § 5 Abs. 1 S. 2 EntgFG heißt es: „Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage,

hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen“. Nur einen Satz später berechtigt das Gesetz den Arbeitgeber, „die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen“.

Dies besagt mit anderen Worten: Am vierten Krankheitstag muss das ärztliche Attest unaufgefordert vorgelegt werden, für die Tage davor nur auf Verlangen des Arbeitgebers.

weiter auf S. 2



Detlef Thiery
Rechtsanwalt

Aus dem Inhalt:

- Ärztliches Attest ab dem ersten Krankheitstag - viel Lärm um nichts!
- Die Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit
- Die Zeugnisnote
- Neues zum Kündigungsschutz
- Die Freiheit ist nicht grenzenlos



(Fortsetzung von Seite 1)

Bei dieser Gelegenheit hat das BAG zugleich ein weiteres Fehlverständnis ausgeräumt. In der juristischen Literatur wurde bislang die Auffassung vertreten, dass der Arbeitgeber ein früheres Attest nicht ohne Grund und nur nach „billigem Ermessen“ verlangen könne. Dieser Meinung hat das BAG eine Absage erteilt: Das Attest kann ohne jede Einschränkung bereits ab dem ersten Krankheitstag gefordert werden. Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer im Verdacht steht, eine Erkrankung vorzutäuschen oder in der Vergangenheit vorgetäuscht zu haben.

Entgegen dem in den Medien vermittelten Eindruck, hat das BAG mit seiner Entscheidung vom 14.11.2012 also die Rechte der Arbeitnehmer nicht eingeschränkt, sondern nur das bestätigt, was ohnehin im Entgeltfortzahlungsgesetz steht.

Die Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit

- das BEEG (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz) ist dem BAG noch nicht verwirrend genug

Der Arbeitnehmer (aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung geschlechtsneutral verstanden) hat die rechtliche Möglichkeit, während der Elternzeit seine Erwerbstätigkeit mit verringerter Arbeitszeit mit maximal 30 Stunden pro Woche fortzusetzen. Hierzu kann er einen Antrag an den Arbeitgeber richten. § 15 Abs. 5 S. 2 BEEG sieht vor, dass die Parteien sich innerhalb von vier Wochen über den Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit einigen.



So weit so gut. Eine einvernehmliche Regelung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über eine Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit im gesetzlich zulässigen Rahmen wäre zur Not auch noch ohne gesetzliche Regelung zu erreichen. Der Gesetzgeber wollte aber auch diesen Fall reglementiert wissen.

Ungeachtet dieser eigentlich selbstverständlichen Möglichkeit der einvernehmlichen Regelung gewährt § 15 Abs. 6 BEEG dem Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen den Anspruch, während der Gesamtdauer der Elternzeit zwei mal die Arbeitszeit zu verringern, soweit eine Einigung nach § 15 Abs. 5 BEEG nicht möglich ist.

Wenn der Arbeitnehmer diesen Anspruch geltend macht, kann der Arbeitgeber ihn mit schriftlicher Begründung z. B. wegen dringender betrieblicher Interessen ablehnen. Der Arbeitnehmer wiederum hat dann die Möglichkeit, wegen seines Anspruchs auf Verringerung der Arbeitszeit gem. § 15 Abs. 7 S. 5 BEEG Klage zu erheben.

Es wird also unterschieden zwischen dem Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit mit einer einvernehmlichen Regelung einerseits und dem Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit mit ungutem Ausgang andererseits.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn beide Konstrukte kombiniert werden?

Diesen Fall hatte das BAG am 19.02.2013 (Az: 9 AZR 461/11) zu entscheiden.

Die Klägerin war seit 2006 bei der Beklagten in Vollzeit beschäftigt. Wegen der Geburt ihres Kindes im Juni 2008 hat sie Elternzeit für zunächst zwei Jahre beantragt und den Wunsch geäußert (Antrag gem. § 15 Abs. 5 BEEG), nach einem halben Jahr zunächst 15 Stunden pro Woche und danach bis zum Ende der zunächst zweijährigen Elternzeit 20 Stunden pro Woche zu arbeiten. Damit war die Beklagte einverstanden (Einigung gem. § 15 Abs. 5 BEEG).

Zwei Monate vor Ende dieser zweijährigen Elternzeit hat die Klägerin die Verlängerung um das dritte Jahr unter Beibehaltung der Teilzeittätigkeit von 20 Stunden pro Woche beantragt. Die Beklagte hat dies abgelehnt und der Klägerin angeboten, entweder in Vollzeit oder gar nicht zu arbeiten. Hiergegen hat die Klägerin Klage erhoben und ihren Anspruch (§ 15 Abs. 6 BEEG) auf Verringerung der Arbeitszeit geltend gemacht. Der Arbeitgeber hat die Auffassung vertreten, er habe mit der Einigung zu Beginn der Elternzeit den Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit gem. § 15 Abs. 6 BEEG bereits erfüllt.

Das BAG hat dies jedoch anders gesehen und die einvernehmliche Regelung gem. § 15 Abs. 5 BEEG von dem Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit gem. § 15 Abs. 6 BEEG abgekoppelt. Die einvernehmliche Regelung zu Beginn der Elternzeit ist nicht auf den Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit anzurechnen. Die Beklagte war deshalb verpflichtet, die Klägerin auch während des dritten Jahres der Elternzeit mit 20 Stunden pro Woche zu beschäftigen.

Die Zeugnisnote

- Das ArbG Berlin geht einen neuen Weg

Die Gesamtnote in einem Arbeitszeugnis ist häufig Gegenstand einer rechtlichen und/oder gerichtlichen Auseinandersetzung. Insbesondere wenn ein Arbeitsverhältnis im Streit zu Ende gegangen ist, werden über das Zeugnis Emotionen abgebaut. Der Arbeitnehmer fühlt sich verletzt und gekränkt und kämpft um eine bessere Benotung. Dabei steht der Arbeitnehmer vor der großen Hürde der Darlegungs- und Beweislast. Vor dem Arbeitsgericht gilt die Beweisregel: Mit der Gesamtnote „befriedigend“, welche z. B. mit den Formulierungen „stets zu unserer Zufriedenheit“ oder „zu unserer vollen Zufriedenheit“ zum Ausdruck kommt, hat der Arbeitgeber zunächst das Seine getan. Für eine bessere Benotung muss der Arbeitnehmer seine überdurchschnittlichen Leistungen darlegen und beweisen - und dies gelingt nur selten und mit großer Mühe. Umgekehrt trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für eine unterdurchschnittliche Gesamtnote.

Die Mehrzahl der Zeugnisstreitigkeiten enden mit einer Einigung, weil sich im Laufe des Rechtstreits die Gemüter wieder beruhigt haben. Dabei ist es dann mehr als eine Tendenz, dass die Arbeitszeugnisse - um des lieben Friedens willen - mit immer besseren Gesamtnoten erstellt werden. Mit der fast schon üblich gewordenen Benotung „stets zu unserer vollsten Zufriedenheit“ kommt die Formulierungskunst sogar an ihre sprachlichen Grenzen. Voller als voll - geht das denn überhaupt?

Das Arbeitsgericht Berlin hat in seinem Urteil vom 26.10.2012 (Az: 28 Ca 18230/11) aus dieser inflationären Benotungspraxis nunmehr Konsequenzen gezogen. Es hat sich von der bisherigen Beweislastregel abgewendet und den Arbeitgeber beweislaster dafür gesehen, dass die Arbeitnehmerin auf Grund ihrer schlechteren Leistungen die Note „gut“ nicht verdient habe.

Dabei hat das Arbeitsgericht Berlin sich auf eine empirische Studie gestützt, welche bei der Untersuchung von über 800 Arbeitszeugnissen zu dem Ergebnis geführt hat, dass die guten und sehr guten Noten mit 86,6% deutlich in der Mehrzahl waren. Die Note „befriedigend“ befindet sich zwar in der Mitte der Notenskala, der faktische Notendurchschnitt liegt aber darüber.

Dabei hat das Arbeitsgericht Berlin sich auf eine empirische Studie gestützt, welche bei der Untersuchung von über 800 Arbeitszeugnissen zu dem Ergebnis geführt hat, dass die guten und sehr guten Noten mit 86,6% deutlich in der Mehrzahl waren. Die Note „befriedigend“ befindet sich zwar in der Mitte der Notenskala, der faktische Notendurchschnitt liegt aber darüber.

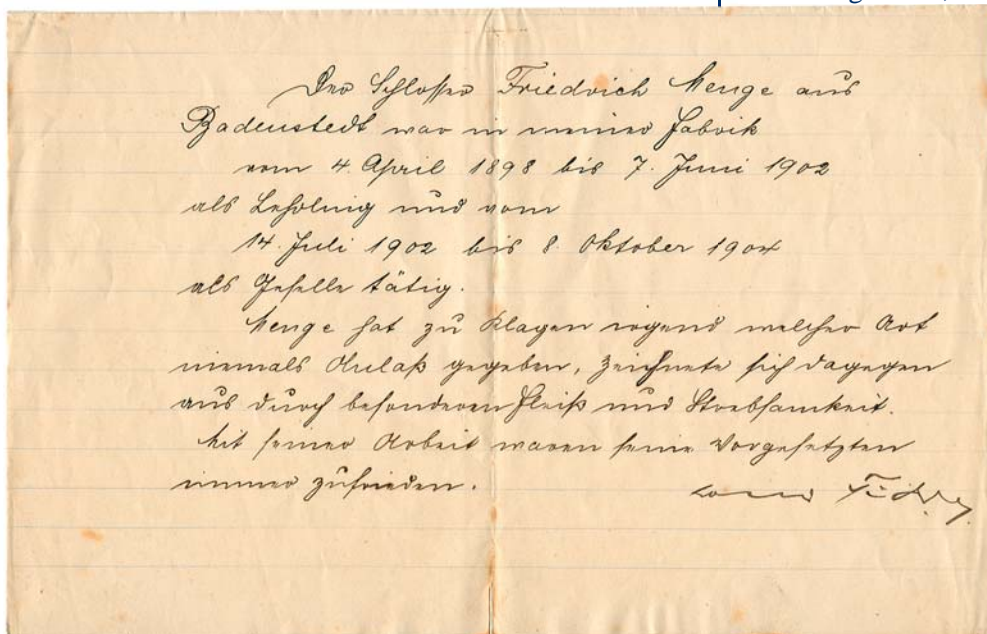
Das Arbeitsgericht Berlin fasst zusammen: „Angesichts aktueller empirischer Erkenntnisse, wonach mittlerweile in 86,6 v. H. der erteilten Arbeitszeugnisse gute oder bessere Leistungen bescheinigt werden (s. dazu Düwell-Dahl, NZA 2011,958), kann dem Arbeitnehmer nicht länger der Nachweis dafür auferlegt werden, er sei in der Gruppe der Schwächsten 13,4 v. H. aller Beschäftigten zu unrecht eingereiht worden“.

Ob das Urteil richtig ist - darüber kann man streiten. Aus einer befriedigenden Note wird durch dieses Urteil rechtlich gesehen, eine unterdurchschnittliche Note. Das

Notenspektrum verengt sich letzten Endes auf die Noten „sehr gut“ (= überdurchschnittlich), „gut“ (=mittelmäßig) und „befriedigend“ (= schlecht bzw. unterdurchschnittlich).

Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

Louis Tidow, Feuerspritzen-Fabrik,
Hannover-Badenstedt,
Zeugnis Lehrling, Geselle, Schlosser
Friedrich Menge,
Unterschrift Louis Tidow.
Abb: wikipedia





Neues zum Kündigungsschutz

- Leiharbeiter zählen mit!

Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) ist anwendbar, wenn das Arbeitsverhältnis in dem selben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat (§ 1 KSchG) und die von § 23 KSchG vorgegebene Betriebsgröße erreicht ist. § 23 KSchG erfordert, dass in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden, wobei Auszubildende nicht zu berücksichtigen sind. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer werden abhängig von ihrer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit nur anteilig berücksichtigt. Für Arbeitsverhältnisse, die vor dem 01.01.2004 begonnen haben, kann die Sonderregelung des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG Bedeutung haben, wonach der Kündigungsschutz schon bei der Beschäftigung von mehr als fünf Arbeitnehmern ausgelöst werden kann.

Kündigungsschutz besagt: Der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, die Kündigung durch das Arbeitsgericht auf ihre soziale Rechtfertigung überprüfen zu lassen. Sozial gerechtfertigt ist eine Kündigung, wenn Gründe

- in der Person des Arbeitnehmers,
- in dem Verhalten des Arbeitnehmers,
- in dringenden betrieblichen Erfordernissen, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen,

vorliegen. Im letzteren Fall ist in der Regel zusätzlich die ordnungsgemäße Sozialauswahl unter vergleichbaren Arbeitnehmern erforderlich.

Kleinbetriebe mit bis zu zehn (bzw. bis zu fünf Arbeitnehmern) sind von den Einschränkungen des KSchG ausgenommen. Die Frage der sozialen Rechtfertigung stellt sich hier nicht. Der Arbeitgeber muss lediglich die Formvorschriften wahren, die Kündigungsfrist einhalten und gesetzliche Kündigungsverbote sowie einen besonderen Kündigungsschutz (z. B. nach dem MuSchG und dem Schwerbehindertenrecht) beachten. Zu beanstanden ist eine Kündigung dann nur, wenn sie diskriminierend oder sittenwidrig ist oder gegen Treu und Glauben verstößt. Derartige Fälle treten in der Rechtsprechung aber eher selten auf.

Zur Bestimmung der Betriebsgröße und des Schwellenwertes für den Kündigungsschutz war es bislang ausreichend auf den originären Personalbestand des Arbeitgebers abzustellen. Dies hat sich mit dem Urteil des BAG vom 24.01.2013 (2 AZR 140/12) geändert: Für die Anwendbarkeit des KSchG kann es auch auf die im Betrieb beschäftigten Leiharbeiter ankommen, wenn diese nicht nur gelegentlich, sondern zur Deckung eines regelmäßig vorhandenen Personalbedarfs eingesetzt werden. Sinn und Zweck der Kleinbetriebsklausel in § 23 KSchG rechtfertigen es nach der Auffassung des BAG nicht generell danach zu unterscheiden, ob die den Betrieb kennzeichnende Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder aber entliehener Arbeitnehmer beruht.

Die Freiheit ist nicht grenzenlos

In dem Arbeitsvertrag einer außertariflichen Mitarbeiterin mit einem Jahresgehalt von 95.000,00 € war die Arbeitszeit nur rudimentär geregelt. Er enthielt lediglich die Regelung, dass sie verpflichtet war „auch außerhalb der betriebsüblichen Arbeitszeit tätig zu werden“. Die Mitarbeiterin hat dies gründlich missverstanden und ihre Arbeitszeit auf bis zu 5,5 Stunden im Monat zurück gefahren. Der Arbeitgeber forderte sie auf, die betriebliche Arbeitszeit von 38 Stunden pro Woche einzuhalten. Nachdem die Mitarbeiterin dem nicht nach kam, hat der Arbeitgeber das Gehalt gekürzt.

Hiergegen hat die Mitarbeiterin Klage erhoben mit der Begründung, ihre Arbeitszeit sei nicht in Zeiteinheiten zu messen. Sie sei weder verpflichtet, die betriebsübliche Arbeitszeit einzuhalten, noch müsse sie überhaupt an bestimmten Tagen und zu bestimmten Zeiten im Betrieb sein.

Das BAG hat dies in seiner Entscheidung vom 15.05.2013 (Az: 10 AZR 325/12) anders gesehen:

Ist in einem Arbeitsvertrag die Dauer der Arbeitszeit nicht ausdrücklich geregelt, so gilt die betriebsübliche Arbeitszeit als vereinbart. Nach ihr bemessen sich die Pflichten des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und des Arbeitgebers zur Zahlung der Vergütung. Diese Grundsätze geltend auch für außertarifliche Angestellte.

Impressum:

Herausgeber: Rechtsanwälte Thiery & Thiery
Bahnhofstraße 1 · D-66111 Saarbrücken
Telefon: 0681-958 15 0 · Telefax: 0681-958 15 19
E-mail: thiery@rathery.de · www.rathery.de
Fotos: DAV, photocase.de, demetz.de
Produktion: Druckerei Demetz, St. Ingbert, demetz.de

Haftungsausschluss

Der Inhalt unseres Newsletters ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die Komplexität und der ständige Wandel der Rechtsmaterie machen es notwendig, Haftung und Gewähr auszuschließen. Der Newsletter ersetzt nicht die individuelle persönliche Beratung.