

jetzt kostenlos  
abonnieren unter:  
ar.aktuell@bme-law.de

## Sehr geehrte Damen und Herren

Arbeitgeber möchten häufig wissen, ob Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden verpflichtet sind und ob bzw. wie diese zu vergüten sind. Unser Beitrag „Überstunden“ befasst sich mit dieser Thematik.

Sowohl bei Arbeitgebern als auch bei Arbeitnehmern ist die (unzutreffende) Annahme weit verbreitet, dass mit dem Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung an den Arbeitnehmer verbunden ist. Unser Artikel „(K)Ein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung“ stellt die Rechtslage kurz dar.

Der Rechtsprechungsteil beschäftigt sich unter anderem mit der Frage, wann ein Arbeitgeber mit Arbeitnehmern, die bereits früher bei dem Unternehmen tätig waren, ein befristetes Arbeitsverhältnis abschließen kann, sowie mit der Urlaubsabgeltung dauerkranker Arbeitnehmer am Ende des Arbeitsverhältnisses.

Ihr Dr. Olaf Lampke (Fachanwalt für Arbeitsrecht)



Dr. Olaf Lampke ist bei Blanke Meier Evers für die Bereiche Kollektives und Individuelles Arbeitsrecht sowie Vertragsrecht zuständig.

## Überstunden

Dr. Olaf Lampke, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Bei Überstunden sind zwei verschiedene Problemkreise zu unterscheiden. Zunächst ist die Frage zu klären, ob der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden verpflichtet ist. Bejahendenfalls stellt sich die Frage, ob und wie er für die Leistung der Überstunden vergütet wird.

Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer ohne eine ausdrückliche Regelung nicht verpflichtet, Überstunden zu leisten. Daher kann der Arbeitgeber Überarbeit nur dann anordnen, wenn der Arbeitsvertrag bzw. der anwendbare Tarifvertrag eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitnehmers vorsieht. Aus diesem Grund empfiehlt sich eine ausdrückliche Regelung im Arbeitsvertrag. Der entsprechende Passus im Arbeitsvertrag kann z. B. lauten:

„Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, bei Bedarf auf Weisung des Arbeitgebers an einzelnen Tagen zusätzliche Arbeit im Rah-

men der gesetzlich zulässigen Dauer zu leisten.“

Bei der Anordnung von Überstunden ist allerdings zu beachten, dass der Arbeitgeber die Grundsätze billigen Ermessens zu wahren hat, d. h. eine grundlose Anordnung von Überstunden durch den Arbeitgeber scheidet aus.

Hinsichtlich einer etwaigen Vergütung der Mehrarbeit enthalten viele Verträge die Regelung, dass „mit dem Monatsgehalt erforderliche Überstunden abgegolten sind“. Von der Verwendung dieser Klausel ist abzuraten, da sie einer rechtlichen Überprüfung nicht standhält. Das BAG hat in einem Urteil vom 01.09.2010 (Az.: 5 AZR 517/09) die Unwirksamkeit einer entsprechenden Klausel festgestellt, da sie zu unbestimmt ist. Der Arbeitnehmer muss konkret wissen, wie viele Überstunden er ohne zusätzliche Entgeltzahlung zu leisten hat.

Der Arbeitgeber darf aber vertraglich auch nicht zu viele Überstunden als mit dem Gehalt abgegolten festlegen, da sich anderenfalls das Verhältnis zwischen Leistung (= Arbeit) und Gegenleistung (= Geld) unbillig verschiebt. So hat das LAG Hamm in einem Urteil vom 18. März 2009 (Az.: 2 Sa 1108/08) ausgeurteilt, dass eine Regelung, nach der Überstunden von bis zu 25 % mit dem Gehalt pauschal abgegolten sein sollen, unwirksam ist. In der Rechtsprechung und Literatur wird die Grenze des Erlaubten sehr kontrovers diskutiert. Höchststrichterliche Rechtsprechung existiert zu diesem Thema nicht. Die zurzeit herrschende Meinung zieht die Grenze des Erlaubten bei circa 10 %. Eine entsprechende Klausel bei einem Vollzeitbeschäftigten (173 Stunden im Monat) könnte daher wie folgt lauten:

„Mit der Zahlung der unter Abs. 1 genannten Vergütung ist eine monatliche Mehr-/Überarbeit, soweit sie nicht 15 Stunden im Monat übersteigt, abgegolten. Über diesen Umfang hinausgehende Mehr-/Überarbeit wird grundsätzlich durch Freizeitausgleich abgegolten. Sofern dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich sein sollte, wird die Mehr- bzw. Überarbeit vergütet. Die Vergütung erfolgt ohne Zuschläge.“



## (K)Ein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung

Rechtsanwalt Lars Wenzel

Sowohl bei Arbeitgebern als auch bei Arbeitnehmern ist die Annahme weit verbreitet, dass mit dem Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung unweigerlich die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung an den Arbeitnehmer verbunden ist. Diese rechtsirrig Ansicht dürfte darauf fußen, dass Kündigungsrechtsstreitigkeiten häufig mit einem arbeitsgerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich, also einem Vertrag zwischen den Arbeitsvertragsparteien enden, in welchem sich der Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung verpflichtet.

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer jedoch keinen einklagbaren Anspruch auf Zahlung einer Abfindung. Ein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung besteht außerhalb von Vergleichen dann, wenn dies ausnahmsweise in Sozialplänen, Tarifverträgen oder in Individualarbeitsverträgen vereinbart ist. Ob dies der Fall ist, ist für jeden Einzelfall gesondert zu prüfen. Die Pflicht zur Zahlung einer Abfindung

besteht ferner dann, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung nach § 1a KSchG ausspricht. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung einer Abfindung in Höhe eines halben Bruttomonatsverdienstes pro Beschäftigungsjahr, wenn der Arbeitgeber in der schriftlichen Kündigungserklärung unmissverständlich darauf hinweist, dass die Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse erfolgt und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der dreiwöchigen Klagefrist eine Abfindung in vorgenannter Höhe beanspruchen kann. Von dieser seit dem 1.1.2004 bestehenden Möglichkeit machen Arbeitgeber jedoch nur selten Gebrauch, was auch daran liegen dürfte, dass viele Arbeitgeber hoffen, dass der Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage erheben wird und somit keine Abfindung zu zahlen ist.

Allerdings kann der Ausspruch einer sogenannten „§ 1a-Kündigung“ den Vorteil haben, dass hierdurch eine langwieriger und für den Arbeitgeber kostspieliger



Lars Wenzel ist bei Blanke Meier Evers für die Bereiche Arbeitsrecht, Vertragsrecht sowie Recht der Erneuerbaren Energien tätig.

Rechtsstreit vermieden wird. Wie eingangs bereits erwähnt, enden Kündigungsrechtsstreitigkeiten ohnehin häufig durch den Abschluss eines Vergleiches, in dem die Pflicht zur Zahlung einer Abfindung vereinbart wird. Zu einem Vergleich wird

### Aktuelle Rechtsprechung

#### Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“

BAG vom 6. April 2011 – 7 AZR 716-09

#### Sachverhalt/Entscheidung:

Die Klägerin war bei der Beklagten ab dem Jahre 2006 für zwei Jahre befristet angestellt. Bereits im Jahre 1999 war sie für insgesamt 50 Stunden als Aushilfe für die Beklagte tätig. Als der Vertrag der Klägerin nicht verlängert wurde, machte die Klägerin gerichtlich die Unwirksamkeit der Befristung geltend. Die Klage blieb erfolglos, das BAG hielt die Befristung des Arbeitsvertrages für wirksam. Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Satz 2 der Vorschrift bestimmt, dass eine Befristung nach Satz 1 nicht zulässig ist, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das BAG hat ausgeurteilt, dass ein früheres Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers mit demselben Arbeitgeber nicht schädlich ist, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt. Begründet hat das BAG die Entscheidung damit, dass der Zweck der Regelung des Satzes 2 darin bestehe, zu verhindern, dass die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Befristungsketten“ missbraucht wird. Zur Verwirklichung dieses Zwecks bedürfe es keines lebenslangen Anschlussverbots.

#### Fazit:

Die Entscheidung des BAG ist gleichermaßen überraschend wie erfreulich. Bis zum

Zeitpunkt der vorstehenden Entscheidung hat die Rechtsprechung wiederholt entschieden, dass jegliche „Zuvor-Beschäftigung“ eine weitere, sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses ausschließe. Dies hat zum absurden Ergebnis geführt, dass etwa eine mehr als 20 Jahre zurückliegende kurzzeitige Beschäftigung des Arbeitnehmers im Unternehmen (z.B. als Student) einer befristeten Einstellung entgegenstand. Das Urteil beendet den bisherigen unpraktikablen Zustand und schafft Rechtssicherheit.

#### Frage nach Schwerbehinderung

BAG, Urf. v. 16. Februar 2012 – 6 AZR 553/10

#### Sachverhalt/Entscheidung:

Der schwerbehinderte Kläger war seit einem Jahr bei der Beklagten beschäftigt. Der Arbeitgeber fragte den Kläger nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung, was der Kläger verneinte. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer. In der erhobenen Kündigungsschutzklage wies der Kläger erstmals darauf hin, dass er schwerbehindert sei und die ausgesprochene Kündigung aufgrund der mangelnden Zustimmung des Integrationsamtes unwirksam sei. Das BAG hat die Klage abgewiesen. Der Kläger könne sich im Kündigungsschutzprozess unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens nicht auf seine Schwerbehinderteneigenschaft berufen, sodass es vor dem Ausspruch der Kündigung nicht der Zustimmung des Integrationsamtes bedürfte. Im Gegensatz zu einem Einstellungsgespräch, bei der die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderteneigenschaft nicht rechtmäßig ist, ist eine solche im Vorfeld einer beab-

sichtigten Kündigung zulässig, da die Kündigung eines Schwerbehinderten gemäß § 85 SGB IX der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf. Mithin hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der wahrheitsgemäßen Beantwortung der Frage.

#### Fazit:

Die Entscheidung des BAG ist zu begrüßen. Der Arbeitgeber muss im Vorfeld einer Kündigung wissen, ob dem Arbeitnehmer Sonderkündigungsrechte zukommen, um einen korrekten Verfahrensgang zu ermöglichen. Sofern der Arbeitnehmer auf die zulässige Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft eine unwahre Antwort gibt, so ist es angemessen, dass sich der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess nicht mehr auf seine Schwerbehinderteneigenschaft berufen kann.

**Keine automatische Beschränkung von Urlaubsansprüchen dauererkrankter Arbeitnehmer auf die letzten 15 Monate**  
LAG Düsseldorf, Urf. v. 23. Februar 2012 – 5 Sa 1370/11

#### Sachverhalt/Entscheidung:

Die Klägerin war bei der Beklagten bis zum 31. März 2011 als Verkäuferin beschäftigt. Ab dem 29. März 2006 war die Klägerin durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verklagte die Klägerin die Beklagte auf Zahlung von Urlaubsabgeltung für die Jahre 2006 und 2007, nachdem die Beklagte für die Jahre 2008 bis 2011 den gesetzlichen Urlaubsanspruch abgegolten hatte. Im Prozess wandte die Beklagte unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH vom 22. November 2011 – C 214/10 ein, dass § 7 Abs. 3 BUrlG einschränkend da-

der Arbeitnehmer jedoch nur dann bereit sein, wenn er für den Verlust seines Arbeitsplatzes eine Entschädigung – eine Abfindung – erhält. Für den Arbeitgeber hat der Abschluss eines Vergleiches insbesondere den Vorteil, dass Rechtssicherheit geschaffen wird und er nicht befürchten muss, dem Arbeitnehmer im Falle eines Unterliegens im Kündigungsrechtsstreit den bis zur arbeitsgerichtlichen Entscheidung aufgelaufenen Lohn zu zahlen. Denn in der Regel wird sich der Arbeitgeber während eines Kündigungsrechtsstreits im Verzug mit der Annahme der Leistungen des Arbeitnehmers befinden und muss diesem rückwirkend den Lohn für die Zeit ab Ablauf der Kündigungsfrist bis zum Ende des Kündigungsrechtsstreits zahlen, wenn der Arbeitnehmer mit seiner Kündigungsschutzklage obsiegt (sog. Annahmeverzugslohn). Aus diesem Grunde werden Vergleiche häufig bereits in der Güteverhandlung oder aber schon vor einer solchen geschlossen.

Bei der Höhe der Abfindung orientiert man sich grundsätzlich zunächst an der Regelung des § 1a KSchG und geht daher vorerst von einem halben Bruttomonatsgehalt pro Beschäftigungsjahr aus. Man spricht insofern auch von der „Regelabfindung“, was insofern verwirrend ist, als ein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung in der Regel gerade nicht besteht. Die konkrete Höhe der Abfindung wird jedoch von den Erfolgsaussichten in dem Kündigungsrechtsstreit abhängen. Hat der Arbeitgeber gute Aussichten, den Kündigungsrechtsstreit zu gewinnen, wird er entweder keine oder aber nur eine Abfindung zahlen, die deutlich unterhalb der „Regelabfindung“ liegt. Sind die Erfolgsaussichten für den Arbeitgeber hingegen weniger positiv einzuschätzen, wird sich dieser vor dem Hintergrund des „Annahmeverzugslohnrisikos“ genau zu überlegen haben, ob er nicht eine Abfindung anbietet, die deutlich oberhalb der „Regelabfindung“ liegt. Zur Bemessung der Abfindungshöhe ist daher eine fundierte und umfassende Bewertung

der Erfolgsaussichten durch einen Rechtsanwalt erforderlich.

Auch wenn es sich bei dem Kündigungsschutzgesetz um ein sogenanntes Bestandsschutzgesetz handelt, das auf den Erhalt des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers gerichtet ist, werden in der arbeitsrechtlichen Praxis Kündigungsrechtsstreitigkeiten häufig in einem Vergleich enden, was nicht weiter verwunderlich ist, da nach dem Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung das Vertrauensverhältnis zumeist zerrüttet sein wird und eine weitere Zusammenarbeit wenig aussichtsreich erscheint. Der Abfindung bzw. deren Höhe ist dabei die meiste Aufmerksamkeit zu widmen. Da mit einem Beendigungsvorgang das Arbeitsverhältnis jedoch insgesamt aufgelöst wird und somit weitere Punkte zu klären sind, wie etwa Zeugnis, Urlaub, Mehrarbeitsvergütung usw., empfiehlt sich in jedem Falle eine Beratung durch einen arbeitsrechtlich bewanderten Rechtsanwalt.

hingehend auszulegen sei, dass Urlaubsansprüche, die aufgrund durchgehender Arbeitsunfähigkeit nicht genommen werden konnten, spätestens nach 15 Monaten verfallen. Dieser Rechtsauffassung folgte das LAG Düsseldorf nicht. Nach dessen Ansicht sei für eine solche einschränkende Auslegung eine konkrete gesetzliche oder tarifvertragliche Regelung erforderlich, die in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht gegeben sei. Es beruft sich hierbei auf die Entscheidungen des BAG vom 24. März 2009 – 9 AZR 983/07 sowie vom 23. März 2012 – 9 AZR 128/09, mit denen entschieden wurde, dass eine Begrenzung der Ansprüche in der Vergangenheit aus den Vorschriften des BurlG nicht abzuleiten sei.

#### Fazit:

Mit seiner Entscheidung setzt sich das LAG Düsseldorf in Widerspruch zu der Rechtsprechung anderer Landesarbeitsgerichte, wie etwa das LAG Hamm (Urt. v. 12. Januar 2012 – 16 Sa 1352/11) oder das LAG Baden-Württemberg (Urt. v. 21. Dezember 2011 – 10 Sa 19/11), die bisweilen eine ungeschriebene allgemeine zeitliche Grenze bezüglich des Übertragungszeitraumes anwenden, die bei 15 bzw. 18 Monaten nach Ende des jeweiligen Urlaubsjahres liegen soll. Eine Entscheidung des BAG steht bislang aus. Gegen das Urteil des LAG Hamm wurde bereits Revision eingelegt (BAG 9 AZR 232/12). Auch das LAG Düsseldorf hat die Revision für die Beklagte zugelassen. Es bleibt abzuwarten, wie das BAG entscheiden wird. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach langer Krankheit endet, können unter Berufung auf das Urteil des LAG Düsseldorf vorerst auch weiterhin einen uneingeschränkten Anspruch auf Urlaubsabgeltung geltend

machen, sofern eine tarifvertragliche Regelung nicht entgegensteht.

#### Zustimmung des Arbeitgebers zur Verlängerung der Elternzeit

BAG, Urteil vom 18. Oktober 2011 – 9 AZR 315/10

#### Sachverhalt/Entscheidung:

Die alleinerziehende Klägerin nahm wegen der Geburt ihres Kindes für die Dauer eines Jahres Elternzeit in Anspruch. Einen Monat vor Beendigung der Elternzeit bat sie ihren Arbeitgeber (Beklagte), die bestehende Elternzeit um ein Jahr zu verlängern und berief sich dabei auf ihren Gesundheitszustand. Die Beklagte lehnte eine Verlängerung ab und forderte die Klägerin auf, die Arbeit nach der vereinbarten Beendigung der Elternzeit wieder aufzunehmen. Die Klägerin blieb der Arbeit fern, woraufhin ihr die Beklagte eine Abmahnung erteilte. Die Klägerin klagte auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte und auf Feststellung, dass sich ihre Elternzeit um ein Jahr verlängert habe. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das BAG hat dieses Urteil aufgehoben. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG hat der Arbeitnehmer bei der Beantragung der Elternzeit zu erklären, für welche Zeit er innerhalb von zwei Jahren Elternzeit nimmt. Diese Erklärung bindet den Arbeitnehmer, eine einseitige Änderung des Endzeitpunkts ist nicht möglich. Mithin bedarf der Arbeitnehmer bei einer gewünschten Verlängerung der ursprünglich erklärten Elternzeit der Zustimmung des Arbeitgebers. Das Gesetz trifft jedoch keine Aussage darüber, unter welchen Voraussetzungen das Unternehmen die Zustimmung verweigern darf oder erteilen muss. Während das Landesarbeitsge-

richt die Ablehnung des Arbeitgebers auf Verlängerung der Elternzeit lediglich daraufhin überprüft hat, ob die Ablehnung willkürlich bzw. rechtsmissbräuchlich erfolgt ist, korrigierte das BAG diese Auffassung. Der Arbeitgeber müsse bei seiner Entscheidung die „Grenzen des billigen Ermessens“ wahren. Das sei nur dann der Fall, wenn der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung die wesentlichen Umstände des Einzelfalls abgewogen und die beiderseitigen Interessen (im vorliegenden Fall: angegriffene Gesundheit, alleinerziehend, Dauer des Arbeitsverhältnisses einerseits sowie getroffene Dispositionen des Arbeitgebers über den Arbeitsplatz andererseits) angemessen berücksichtigt habe. Da das Landesarbeitsgericht (aus seiner Sicht konsequent) nicht geprüft hat, ob die Verweigerung der Zustimmung durch die Beklagte billigem Ermessen entsprach, wurde dessen Urteil aufgehoben und an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

#### Fazit:

Das Urteil hat erhebliche Auswirkungen. Aus dem BEEG ergibt sich ohne Weiteres, dass die Verlängerung der Elternzeit lediglich mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich ist. Vor dem Urteil entsprach es der Praxis, dass der Arbeitgeber seine Ablehnung zu einer beantragten Verlängerung der Arbeitszeit nicht begründen musste. Dies ändert sich nunmehr durch das Urteil. Der Arbeitgeber hat nunmehr seine Interessen mit den Interessen des Arbeitnehmers abzuwägen und seine ablehnende Entscheidung nachvollziehbar zu begründen. Es ist nach dieser Entscheidung zu erwarten, dass die Elternzeitstreitigkeiten vor den Arbeitsgerichten zunehmen werden.

## Aktuelle Rechtsprechung

### Kein Auskunftsanspruch des abgelehnten Bewerbers

*EuGH, Urteil vom 19. April 2012 – C 415/10*

#### Sachverhalt/Entscheidung:

Die 1961 in Russland geborene Klägerin bewarb sich bei der Beklagten um eine Anstellung als Softwareentwicklerin. Zwei Bewerbungsversuche blieben erfolglos. Die Klägerin erhob sodann Klage vor dem Arbeitsgericht Hamburg, gerichtet auf Zahlung einer Entschädigung in Geld sowie auf Einsichtnahme in die Bewerbungsunterlagen des erfolgreichen Mitwerbers. Nachdem sowohl das ArbG Hamburg als auch das LAG Hamburg die Klage abgewiesen haben, legte die Klägerin beim BAG Revision ein (8 AZR 287/08). Dieses setzte das Verfahren aus und hat dem EuGH folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Gebietet das Gemeinschaftsrecht, einem Bewerber, der darlegt, dass er die Voraussetzungen für eine von einem Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle erfüllt, dessen Bewerbung jedoch nicht berücksichtigt wurde, gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Auskunft einzuräumen, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat und wenn ja, auf Grund welcher Kriterien diese Einstellung erfolgt ist?“

Der EuGH ist der Auffassung, dass weder Art. 8 Abs. 1 RL 2000/43/EG noch Art. 10 Abs. 1 RL 2000/78/EG noch Art. 19 Abs. 1 RL 2006/54/EG einen Anspruch auf Auskunft darüber vorsehen, ob der Arbeitgeber einen Bewerber eingestellt hat oder auf welchem Grund die Ablehnung beruht. Die Verweigerung dieses Auskunftsverlangens könne aber ein Gesichtspunkt sein, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, heranzuziehen sei. Ob dies der Fall ist, müsse das erkennende Gericht

unter Berücksichtigung aller Umstände des anhängigen Rechtsstreits prüfen.

#### Fazit:

Auch wenn ein Auskunftsanspruch des abgelehnten Bewerbers nicht besteht, kann die Weigerung des Arbeitgebers, Auskunft zu erteilen, unter den Umständen des Einzelfalls als Indiz für eine nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG entschädigungspflichtige Diskriminierung gewertet werden. Um dieser Diskriminierungsvermutung zu entgehen, kann der Arbeitgeber gehalten sein, dem abgelehnten Bewerber die Auskunft trotz Fehlens eines entsprechenden Anspruches zu erteilen. Es bleibt abzuwarten, wie die Instanzgerichte und das BAG die Entscheidung des EuGH umsetzen.

### Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits ab dem ersten Krankheitstag

*LAG Köln, Urteil vom 14. September 2011 – 3 Sa 597/11*

#### Sachverhalt/Entscheidung:

Die Klägerin stellte bei der Beklagten einen Antrag auf Genehmigung einer Dienstreise. Nachdem die Beklagte diesen Antrag zwei Mal abgelehnt hatte, meldete sich die Klägerin für den Tag, für den die Dienstreise geplant war, arbeitsunfähig. Die Beklagte forderte sie daraufhin schriftlich auf, künftig am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit ein ärztliches Attest einzuholen und der Beklagten vorzulegen. Die Klägerin vertrat die Ansicht, dass diese Anordnung eines sachlichen Grundes bedürfe. Dieser Ansicht folgte das Landesarbeitsgericht Köln nicht. Nach dessen Ansicht bedürfe das Verlangen des Arbeitgebers, eine ärztliche Bescheinigung bereits am ersten Krankheitstag vorzulegen weder einer Begründung, noch sei die Aufforderung vom Gericht auf billiges Ermessen zu überprüfen. Dies folge aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EntgeltfortzahlungsgG.

#### Fazit:

Die Entscheidung des LAG Köln steht unseres Erachtens im Einklang mit § 5 Abs.

1 Satz 3 EntgeltfortzahlungsgG, der ausdrücklich normiert, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung zu verlangen. Dieser Wortlaut lässt lediglich Spielraum für eine Willkürprüfung, nicht jedoch für das Erfordernis eines sachlichen Grundes. Arbeitgeber sollten sich jedoch wohl überlegen, ob sie von ihren Arbeitnehmern bereits ab dem ersten Tag eine Krankmeldung fordern, was auch bereits im Arbeitsvertrag vereinbart werden kann. Denn erfahrungsgemäß erfolgt eine Krankschreibung häufig pauschal für eine Woche, wohingegen der Arbeitnehmer regelmäßig nur ein oder zwei Tage der Arbeit fernbleiben wird, wenn die Pflicht zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht bereits am ersten Krankheitstag gefordert wird.

## Ihre kompetenten Partner im Arbeitsrecht

Wir beraten Unternehmen im gesamten Bereich des Arbeitsrechts einschließlich des Tarifvertragsrechts und der arbeitsrechtlichen Umstrukturierungen. Im Auftrag unserer Klienten fertigen wir auch Arbeitsverträge und führen arbeitsrechtliche Verfahren vor den Arbeitsgerichten durch. Wir beraten unsere Mandanten bei Interessenausgleich und Sozialplan und begleiten sie bei Einigungsstellen- und Beschlussverfahren. Zudem führen wir für unsere Mandanten speziell auf ihre Bedürfnisse abgestimmte Mitarbeiter-Schulungen durch.

Bei Blanke Meier Evers arbeiten zurzeit 29 Rechtsanwälte, von denen sich zwei schwerpunktmäßig mit dem Arbeitsrecht befassen.

■ Dr. Olaf Lampke

■ Lars Wenzel

Verlag und  
Herausgeber:

Blanke Meier Evers  
Rechtsanwälte in Partnerschaft  
Kurfürstenallee 23  
28211 Bremen

Tel: 0421 - 94 94 6 - 0  
Fax: 0421 - 94 94 6 - 66  
Internet: [www.bme-law.de](http://www.bme-law.de)  
E-Mail: [info@bme-law.de](mailto:info@bme-law.de)

Redaktion:

Rechtsanwalt Dr. Olaf Lampke  
(Verantwortlicher)

Druck:

Schintz Druck, Bremen

Layout und DTP:

Stefanie Schürle