

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Arbeitsrecht wird als „Schuldverhältnis mit besonderer personenrechtlicher Bindung“ definiert. In diesem Sinne verstehen wir auch die Zusammenarbeit zwischen Rechtsanwalt und Mandant, und deshalb wollen wir Sie regelmäßig persönlich über aktuelle Urteile und Rechtsentwicklungen informieren. Als Wirtschaftskanzlei mit 15 Rechtsanwälten – darunter fünf Fachanwälten für Arbeitsrecht – beschäftigen wir uns täglich mit den verschiedensten arbeitsrechtlichen Problemstellungen und halten uns über die Fülle an Rechtsprechung und Gesetzesänderungen immer auf dem Laufenden.

Mit der Ausgabe Nr. 2 möchten wir Ihnen zum einen den aktuellen Stand des Urlaubsrechts bei Langzeiterkrankungen darstellen, dies anlässlich der neuen EuGH-Entscheidung vom 22. November 2011, und Sie zum anderen wiederum auf ausgewählte aktuelle Urteile und Gesetzesänderungen hinweisen, die herausgehobene Bedeutung für die betriebliche Praxis haben werden.

## Inhalt

### 1 *Schwerpunktthema Urlaubsrecht*

| **Urlaubsübertragung bei Langzeitkranken – Der aktuelle Stand für die Praxis**

### 2 *Aktuelle Rechtsprechung*

| **Dauerthema Freiwilligkeitsvorbehalte – Eine praktisch wichtige Rechtsprechungsänderung!**

| **Zeugnissprache: Wann endet die Kennenlernphase?**

| **Duldung von Überstunden durch den Vorgesetzten bindet den Arbeitgeber**

### 3 *Ganz frisch*

**Kein Auskunftsanspruch für abgelehnte Bewerber**

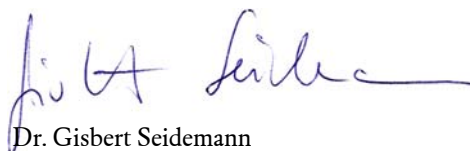
### 4 *Ausblick*

**Sonderkündigungsschutz im Familienpflegezeitgesetz**

Natürlich ist dies nur eine kleine Auswahl wichtiger Themen. Sollten Sie dazu oder auch zu ganz anderen arbeitsrechtlichen Problemstellungen Fragen haben, sprechen Sie uns gerne an. Zunächst wünschen wir Ihnen anregende Lektüre!



Dr. Thomas Baumgarten  
*Fachanwalt für Arbeitsrecht*



Dr. Gisbert Seidemann  
*Fachanwalt für Arbeitsrecht*



**Dr. Thomas Baumgarten**  
+49 [0]30 | 25 45 91-60  
th.baumgarten@advocati.de



**Dr. Gisbert Seidemann**  
+49 [0]30 | 25 45 91-58  
g.seidemann@advocati.de

## 1 Schwerpunktthema Urlaubsrecht

### Urlaubsübertragung bei Langzeitkranken – Der aktuelle Stand für die Praxis

(bau) Jeder Arbeitgeber und Personalleiter weiß inzwischen, dass die Urlaubsansprüche langzeitkranker Mitarbeiter infolge der bekannten „Schultze-Hoff“-Entscheidung des EuGH vom 20. Januar 2009 nicht mit Ablauf des gesetzlichen Übertragungszeitraumes zum 31. März des Folgejahres verfallen. Die Entscheidung löste Unsicherheit in der Personalpraxis aus, da sie zahlreiche Folgefragen nach sich zieht, die von den Arbeitsgerichten durchaus nicht einheitlich beantwortet werden.

**EuGH vom  
22. November 2011,  
C-214/10**

In diese Situation trifft nun ein neues EuGH-Urteil vom 22. November 2011, wonach die Urlaubsübertragung bei langanhaltender Krankheit auf 15 Monate beschränkt werden kann. Das Urteil gibt Anlass, den aktuellen Stand des Urlaubsrechts bei Langzeiterkrankung zusammenzufassen:

- Ansprüche auf Abgeltung von Urlaub, der wegen Krankheit nicht genommen werden konnte, sind bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sofort fällig und nicht erst dann, wenn der Arbeitnehmer wieder gesund ist. Ab Fälligkeit unterliegen die Abgeltungsansprüche nun auch etwaigen Ausschlussfristen und der Verjährung.
- Wenn Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag zwischen gesetzlichem (Mindest-)Urlaub und darüber hinausgehendem Zusatzurlaub unterscheiden, bezieht sich die Zusammenrechnung von Urlaubsansprüchen aus mehreren Kalenderjahren, die wegen Krankheit nicht genommen werden konnten, nur auf die gesetzlichen Mindesturlaubsansprüche. In diesen Fällen verfällt der Zusatzurlaub regelmäßig wie bisher zum Ende des ersten Quartals nach dem Urlaubsjahr.
- Auch im laufenden Arbeitsverhältnis können Urlaubsansprüche der Verjährung unterliegen. Gute Gründe sprechen dafür, dass die Ansammlung von Urlaubsansprüchen Langzeitkranker durch die dreijährige Verjährungsfrist begrenzt wird. Ein höchstrichterliches Urteil dazu steht noch aus.
- Das Urteil des EuGH vom 22. November 2011 hat bislang kaum Bedeutung für die arbeitsrechtliche Praxis. Zwar sieht es vor, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften „die Möglichkeit, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, dadurch einschränken (können), dass sie einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vorsehen, nach dessen Ablauf der Anspruch erlischt“. Die genannte Anspruchsbegrenzung lässt sich jedoch nur durch – bislang fehlende – staatliche Vorschriften oder durch Tarifverträge erreichen, nicht hingegen durch eine Vereinbarung im Arbeitsvertrag.

## 2 Aktuelle Rechtsprechung

### Dauerthema Freiwilligkeitsvorbehalte – Eine praktisch wichtige Rechtsprechungsänderung!

(bau) Die Frage, wie Freiwilligkeitsvorbehalte wirksam vereinbart werden können, hat einen neuen dramaturgischen Höhepunkt erreicht. Schon in der letzten Ausgabe hatten wir von den überaus filigranen Vorgaben der Rechtsprechung berichten müssen, an denen auch gutwillige Arbeitgeber regelmäßig scheitern. Mit dem jüngst veröffentlichten Urteil vom 14. September 2011 erklärte das Bundesarbeitsgericht nun allgemeine Freiwilligkeitsvorbehalte in Formulararbeitsverträgen schlichtweg für unwirksam.

**BAG vom  
14. September 2011,  
10 AZR 526/10**

Das Urteil kann tatsächlich weitreichende Folgen haben, denn jeder Arbeitgeber, der eine vergleichbare Klausel in den Arbeitsverträgen verwendet, läuft Gefahr, dass den Arbeitnehmern aus freiwilligen Zuwendungen echte Rechtsansprüche auf Fortsetzung der Zuwendungen für die Zukunft erwachsen – oder, schlimmer noch, durch mehrmalige gleichförmige Zuwendung irgendwann in der Vergangenheit sogar bereits entstanden sind! Denn eine gegenläufige betriebliche Übung durch anschließende wiederholte Nicht-Zahlung gibt es seit dem BAG-Urteil vom 18. März 2009, 10 AZR 281/08, bekanntlich nicht mehr.

Die inkriminierte Klausel lautete wie folgt: *„Mit der vereinbarten Vergütung sind alle etwa anfallenden Überstunden pauschal abgegolten. Sonstige, in diesem Vertrag nicht vereinbarte Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer sind freiwillig und jederzeit widerruflich. Auch wenn der Arbeitnehmer sie mehrmals und regelmäßig erbringen sollte, erwirbt der Arbeitnehmer dadurch keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.“*

Das BAG argumentierte, dass ein solcher allgemeiner Freiwilligkeitsvorbehalt die Mitarbeiter unangemessen benachteilige, weil das Entstehen von Rechtsansprüchen aus betrieblicher Übung verhindert werden solle. Diese Begründung ist unverständlich: Der Arbeitnehmer erhält doch immer mindestens das, was bei seiner Einstellung als Vergütung vereinbart worden war. Gleichwohl wird sich die Rechtspraxis auf die neue Rechtslage einrichten müssen.

Für betroffene Arbeitgeber gibt es mindestens drei dringende Ratschläge: Erstens künftig bei jeder Einzelleistung gesondert den Vorbehalt der Freiwilligkeit zu erklären! Zweitens die Arbeitsverträge zu ändern, indem der Freiwilligkeitsvorbehalt auf das zulässige Maß beschränkt wird. Drittens zu prüfen, ob bereits Ansprüche aufgrund freiwilliger Leistungen entstanden sein können, und in diesem Fall eine geeignete Strategie zu entwickeln.

**Auswirkungen  
für die Praxis**

### Zeugnissprache: Wann endet die Kennenlernphase?

(bau) Ein Arbeitgeber attestierte seinem ehemaligen Mitarbeiter nach dreijähriger Zusammenarbeit im Zeugnis, er habe ihn *„als sehr interessierten und hoch motivierten Mitarbeiter kennen gelernt“*. Der so Beschriebene vermutete, diese Formulierung werde in der Berufswelt überwiegend negativ verstanden und bescheinige in Wahrheit Desinteresse und fehlende Motivation. Das BAG folgte diesen Bedenken nicht und wies den Kläger ab. Im Einzelfall enthielt das Zeugnis keine weiteren Anhaltspunkte für eine vermeintlich verschlüsselte Botschaft.

**BAG vom  
15. November 2011,  
9 AZR 386/10**

Das BAG lässt Arbeitgebern bei der Zeugniserstellung regelmäßig einen großen Spielraum, so auch in diesem Fall um eine Formulierung, die durchaus Potential für Missverständnisse hat.

**Auswirkungen  
für die Praxis**

### Duldung von Überstunden durch den Vorgesetzten bindet den Arbeitgeber

(se) Zu den Aufgaben eines Fachvorgesetzten gehört es typischerweise, darauf zu achten, dass die ihm unterstellten Mitarbeiter ihr Pensum innerhalb der vereinbarten Arbeitszeit erledigen. Duldet der Vorgesetzte eine längere Anwesenheit der Mitarbeiter im Betrieb, die in einer von ihm einsehbarer Liste dokumentiert werden muss, ist dies als Billigung der so erbrachten Überstunden anzusehen. Insoweit besteht auch eine – durch den Arbeitgeber allerdings widerlegbare – Vermutung, dass die längere Anwesenheit am Arbeitsplatz zur Erledigung der Aufgaben betrieblich notwendig war, ohne dass der Mitarbeiter im Einzelnen darlegen muss, welche Tätigkeiten er in dieser Zeit ausführte. Eine derartige duldende Entgegennahme von Überstunden durch den Vorgesetzten bindet den Arbeitgeber, so dass die geleistete Mehrarbeit entweder in Freizeit auszugleichen oder zu bezahlen ist.

**LAG Berlin vom  
23. Dezember 2011,  
6 Sa 1941/11**

Das Urteil hilft den Arbeitnehmern, Überstunden erfolgreich geltend zu machen. Es empfiehlt sich daher, verbindlich im Betrieb zu regeln, wer unter welchen Voraussetzungen Überstunden

**Auswirkungen  
für die Praxis**

anordnen darf. In diesem Zusammenhang kann dem Arbeitnehmer z. B. aufgegeben werden, die außerhalb der regulären Arbeitszeit erbrachten Tätigkeiten genau zu dokumentieren.

### 3 Ganz frisch

#### Kein Auskunftsanspruch für abgelehnte Bewerber

(se) Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof hat in seinen Schlussanträgen, denen das Gericht in seinem Urteil zumeist folgt, einen allgemeinen Auskunftsanspruch für abgelehnte Bewerber, die sich gegenüber erfolgreichen Konkurrenten nach dem AGG benachteiligt fühlen, verneint. Der Arbeitgeber muss somit nicht mitteilen, ob er einen anderen Bewerber eingestellt hat, und wenn ja, aufgrund welcher Kriterien. Allerdings kann eine Auskunftsverweigerung des Arbeitgebers unter bestimmten Umständen eine Diskriminierung nahelegen, so dass dieser in einem vom abgelehnten Bewerber angestregten Schadensersatzverfahren den Gegenbeweis anzutreten hat, dass keine Benachteiligung erfolgte.

Der Arbeitgeber ist – außer bei schwerbehinderten Bewerbern – weiterhin gut beraten, eine kurze neutrale Absage zu formulieren. Weiterer bürokratischer Aufwand, jedem abgelehnten Bewerber seine Entscheidung – noch dazu unter Beachtung des Datenschutzes des eingestellten Mitarbeiters – im Einzelnen zu erläutern, bleibt ihm erspart.

**Schlussanträge des  
Generalanwalts beim EuGH  
vom  
12. Januar 2012,  
C-415/10**

**Auswirkungen  
für die Praxis**

### 4 Ausblick

#### Sonderkündigungsschutz im Familienpflegezeitgesetz

(se) Mit Wirkung zum 1. Januar 2012 ist das Familienpflegezeitgesetz in Kraft getreten. Arbeitnehmern soll es danach möglich sein, die Arbeitszeit zum Zwecke der Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger bis zu einem Umfang von 15 Stunden wöchentlich für die Dauer von 24 Monaten bei gleichzeitiger Lohnaufstockung durch den Arbeitgeber zu verringern, wobei der Erhöhungsbetrag durch ein zinsloses Darlehen des Bundesamtes für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben absicherbar ist. Nach dem Ende der Pflegephase muss die gewährte Aufstockung schrittweise durch einen Lohneinbehalt zurückgeführt werden. Ein Rechtsanspruch auf die Gewährung von Familienpflegezeit besteht nicht, sondern es bedarf der Einigung der Arbeitsvertragsparteien.

Neben dieser – abgesehen vom Verwaltungsaufwand – für den Arbeitgeber kostenneutral gestalteten Lösung, ist jedoch zu beachten, dass während der Familienpflegezeit sowie der Nachpflegephase zur Rückführung der Lohnaufstockung das Arbeitsverhältnis nur „ausnahmsweise“ und „in besonderen Fällen“ mit Zustimmung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde gekündigt werden kann. Der Arbeitgeber wird mithin, ähnlich wie bei einer Kündigung während der Elternzeit, von einer behördlichen Ermessensentscheidung abhängig.

**Familienpflegezeitgesetz ab  
1. Januar 2012 beachten**

Wollen Sie künftig auch – oder nur – per Email informiert werden? Dürfen wir Sie zu weiteren Veranstaltungen und Vorträgen einladen? Hat Ihnen dieser Mandantenbrief gefallen? Lassen Sie uns eine Nachricht zukommen, gerne ebenfalls per Mail an [arbeitsrecht-aktuell@advocati.de](mailto:arbeitsrecht-aktuell@advocati.de) oder an die Unterzeichner persönlich.

#### Rechtsanwälte und Notare

Europa-Center  
Tauentzienstraße 11  
10789 Berlin

Telefon +49 [0] 30 | 25 45 91-0  
Telefax +49 [0] 30 | 25 45 91-11

[www.advocati.de](http://www.advocati.de)  
[dbm@advocati.de](mailto:dbm@advocati.de)

**DBM | Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft  
Danckert | Deus | Meier  
AG Charlottenburg  
PR 678 B**