



Webinar

# Briefing für Personalverantwortliche

Q3/2015

23. September 2015

Matthias Füssel

*Senior Associate*

T +49 69 7941 1030

[mfuessel@mayerbrown.com](mailto:mfuessel@mayerbrown.com)

Jörg Salzmänn

*Associate*

T +49 69 7941 1072

[jsalzmänn@mayerbrown.com](mailto:jsalzmänn@mayerbrown.com)

# Agenda

- Achtung bei betrieblicher Übung – Änderung der Rechtsprechung!
- Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang
- Verlängerung der Probezeit – so geht's!
- Neues zur Massenentlassungsanzeige

# Achtung bei betrieblicher Übung – Änderung der Rechtsprechung! (1/5)

- Unter einer betrieblichen Übung versteht man...

*„die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus der die Arbeitnehmer schließen können, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig auf Dauer gewährt werden sollen“*

- Rechtsnatur

- Verhalten des Arbeitgebers wird als konkludente Willenserklärung angesehen, die von Arbeitnehmern ebenfalls durch schlüssiges Verhalten angenommen wird, so dass betriebliche Übung **Bestandteil der Arbeitsverhältnisse** wird

# Achtung bei betrieblicher Übung – Änderung der Rechtsprechung! (2/5)

- Entstehung
  - Betriebliche Übung entsteht allein durch die gleichartige, wiederholte Praktizierung eines bestimmten Verhaltens des Arbeitgebers, ohne dass es dabei auf seinen Verpflichtungswillen ankommt
  - Maßgeblich ist allein, wie die Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände verstehen durften
- Fehlender Bindungswille
  - Liegt in der Regel vor bei typischerweise kollektiven Tatbeständen wie
    - Arbeitszeitregelungen
    - bei jährlichen Gehaltsanpassungen oder
    - bei kleineren Aufmerksamkeiten aus besonderen Anlässen

# Achtung bei betrieblicher Übung – Änderung der Rechtsprechung! (3/5)

- Ausschluss der Bindungswirkung
  - Bindungswille sollte bei freiwilligen Leistungen stets ausgeschlossen werden
    - „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“
    - „besteht kein Anspruch in der Zukunft“
- Grundsätze
  - Wann ein Anspruch aus betrieblicher Übung folgt, lässt sich nicht verallgemeinernd, sondern nur **im Einzelfall** beurteilen
  - Allgemeinverbindliche Regel, ab welcher Anzahl von Leistungen der AN erwarten darf, dass auch er die Leistung erhält, gibt es nicht
  - Lediglich für jährlich gewährte Sonderzuwendungen besteht (**Achtung:** bestand!) der Grundsatz, dass individualrechtlicher Anspruch erworben wird, wenn Leistungen in drei aufeinander folgenden Jahren vorbehaltlos und in gleich bleibender Höhe gewährt werden (BAG 24.3.2010, Az. 10 AZR 43/09)

# Achtung bei betrieblicher Übung – Änderung der Rechtsprechung! (4/5)

- BAG vom 28. Februar 1996 – 10 AZR 516/95
  - Zahlt ein Arbeitgeber „nach Gutdünken“ über einen Zeitraum von mehreren Jahren ein Weihnachtsgeld in **jährlich unterschiedlicher Höhe**, fehlt es bereits an einer regelmäßigen, gleichförmigen Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen
- BAG vom 13. Mai 2015 – 10 AZR 266/14
  - Sachverhalt
    - AG zahlte Weihnachtsgeld
    - AN erhielt zusätzliche „Sonderzahlung“
      - 2007 i.H.v. 10.000,- EUR
      - 2008 und 2009 jeweils 12.500,- EUR
    - November 2010 Beendigung, AG zahlte die „Sondervergütung“ nicht

# Achtung bei betrieblicher Übung – Änderung der Rechtsprechung! (5/5)

- BAG vom 13. Mai 2015 – 10 AZR 266/14
  - Entscheidung
    - Hat ein Arbeitgeber vorbehaltlos über einen Zeitraum von drei Jahren in **unterschiedlicher Höhe** jährlich eine **individuelle Sonderzahlung** erbracht, ist er **auch in Zukunft** zur Erbringung einer solchen Sonderzahlung **verpflichtet**, wenn ihrem Zweck nach mit dieser zusätzlichen Leistung in irgendeiner Weise die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vergütet werden soll
    - Aus den **unterschiedlichen Höhen** bislang erbrachter Sonderzahlungen **kann nicht geschlossen** werden, dass der Arbeitgeber frei darüber entscheiden wollte, ob er die Sonderzahlung auch in Zukunft erbringt
  - **Aufgabe der BAG-Rechtsprechung von 1996** (NZA 1996,758)

# Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang (1/6)

- Verweisungsklauseln
  - Tarifverträge gelten nach § 4 Abs. 1 TVG nur zwischen beiderseits Tarifgebundenen
  - Durch Verweisungsklauseln in Arbeitsverträgen finden Tarifverträge auch auf nicht der Tarifbindung unterliegende Arbeitsverhältnisse Anwendung
  - Der Vorteil für den tarifgebunden Arbeitgeber liegt in der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen
- Arten von Verweisungsklauseln
  - Kleine dynamische Verweisungsklausel: z.B. „Auf das Arbeitsverhältnis findet der jeweils gültige Manteltarifvertrag der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie Anwendung“
  - Große dynamische Verweisungsklausel: z.B. „Auf das Arbeitsverhältnis finden die jeweils fachlich und betrieblich einschlägigen Tarifverträge Anwendung“

# Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang (2/6)

- Auslegung von vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen dynamischen Verweisungsklauseln
  - Das BAG legt vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossene Verweisungsklauseln als Gleichstellungsabrede aus
  - Der Gleichstellungszweck muss sich aus der Verweisungsklausel nicht ausdrücklich ergeben
- Auslegung von nach dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen dynamischen Verweisungsklauseln
  - Das BAG legt nach dem 1. Januar 2002 abgeschlossene Verweisungsklauseln als Gleichstellungsabrede nur aus, wenn sich der Gleichstellungszweck ausdrücklich aus der Verweisungsklausel ergibt

# Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang (3/6)

- Rechtsfolgen im Falle eines Betriebsübergangs
  - Bei inkongruenter Tarifbindung werden die zwischen dem Veräußerer und den Arbeitnehmern normativ geltenden Tarifnormen Inhalt der mit dem Erwerber bestehenden Arbeitsverhältnisse und gelten statisch weiter
  - Kann eine Verweisungsklausel als Gleichstellungsabrede ausgelegt werden, gelten die in Bezug genommenen Tarifverträge auch nach der Verweisungsklausel nur statisch weiter
  - Kann eine Verweisungsklausel nicht als Gleichstellungsabrede ausgelegt werden, gelten die in Bezug genommenen Tarifverträge dynamisch weiter
- Konsequenz der Rechtsprechung des BAG
  - Ewig dynamische Tarifbindung

# Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang (4/6)

- Entscheidung des EUGH in der Rechtssache „Werhof“
  - Eine dynamische Auslegung von Verweisungsklauseln kann dazu führen, *„dass künftige Kollektivverträge für den Erwerber gälten, der dem Kollektivvertrag nicht angehört und dass sein Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit beeinträchtigt werden könnte“*
  - Die statische Auslegung von Verweisungsklauseln vermeidet, dass der Erwerber, der dem Kollektivvertrag nicht angehört, *„durch die künftige Entwicklung dieses Vertrages gebunden wird“*; sein *„Recht auf negative Vereinigungsfreiheit“* werde *„somit umfassend gewährleistet“*
- Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Alemo-Herron“
  - Die Betriebsübergangsrichtlinie erlaubt keine Klauseln, die im Fall eines Betriebsübergangs dynamisch auf nach dem Betriebsübergang abgeschlossene Kollektivverträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sind, wenn dieser nicht die Möglichkeit hat, an den Verhandlungen der Kollektivverträge teilzunehmen

# Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang (5/6)

- Vorabentscheidungsersuchen des BAG vom 17. Juni 2015 – 4 AZR 59/14, 4 AZR 60/14 und 4 AZR 61/14
  - Sachverhalt: Der Kläger war ursprünglich in einem Krankenhaus beschäftigt, dessen Träger Mitglied im Kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) war. Im Jahre 1995 wurde das Krankenhaus privatisiert und mit Blick auf eine geplante Ausgliederung ein Personalüberleitungsvertrag abgeschlossen. Danach sollte der für den Kläger bis dato geltende Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BTM-G II) in der jeweils geltenden Fassung einschließlich der diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge weiterhin Anwendung finden. In der Folgezeit wurde auf das Arbeitsverhältnis weiterhin der BTM-G II angewandt. Die beiden tariflichen Lohnerhöhungen im Jahr 2004 gab die Beklagte jedoch nicht an den Kläger weiter. Darüber hinaus wurde der BTMG-II später durch den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TvöD) ersetzt. Die Beklagte ist nicht Mitglied im KAV
  - Das BAG hat den EuGH um Vorabentscheidung zur Vereinbarkeit seiner Auslegung von § 613a Abs. 1 BGB mit Unionsrecht ersucht

# Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang (6/6)

- Stellungnahme:
  - Die vorliegende Konstellation ist häufig bei der Privatisierung öffentlich-rechtlicher Körperschaften anzutreffen und hat erhebliche Bedeutung für die Praxis
  - Das BAG geht davon aus, dass die Beklagte an die vereinbarte Verweisungsklausel, die auf Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Bezug nimmt, gebunden ist
  - In Anbetracht der „Alemo-Herron“ Entscheidung ist es jedoch fraglich, ob die Beklagte kraft der Verweisungsklausel an die zuletzt vom KAV abgeschlossenen Tarifverträge gebunden ist, obwohl die Beklagte nicht die Möglichkeit hat, an den Verhandlungen über die auf sie anwendbaren Tarifverträge teilzunehmen
  - Für den Fall, dass das BAG seine Rechtsprechung ändern muss, werden bereits zeitliche Begrenzungen der dynamischen Weitergeltung oder Möglichkeiten einer Anpassung durch Änderungskündigungen diskutiert

# Verlängerung der Probezeit – so geht's! (1/5)

- Probezeit

- Gesetzliche Regelung in § 622 Abs. 3 BGB

*„Während einer vereinbarten **Probezeit**, längstens für die Dauer von **sechs Monaten**, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden“*

- Wartezeit

- Gesetzliche Regelung in § 1 Abs. 1 KSchG

*„Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung **länger als sechs Monate** bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist“*

# Verlängerung der Probezeit – so geht's! (2/5)

- Abweichende Vereinbarungen?
  - Unzulässig, da sowohl Regelungen zur Probe- als auch zur Wartezeit zwingend
  - Daher: grundsätzlich keine Abweichungen zu Lasten der Arbeitnehmer möglich
  - Rechtsfolge einer Vereinbarung, die die Probezeit über den Zeitraum von sechs Monaten hinaus verlängert:
    - Gesetzliche Kündigungsfrist von vier anstatt von zwei Wochen
    - KSchG findet – nach Ablauf der sechs Monate – in vollem Umfang Anwendung

# Verlängerung der Probezeit – so geht's! (3/5)

- LAG Baden-Württemberg vom 6. Mai 2015 – 4 Sa 94/14
  - Sachverhalt
    - Kündigung des Arbeitnehmers innerhalb der Probezeit
    - Mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten anstatt der zweiwöchigen Frist
    - Klarstellung, dass lange Kündigungsfrist als Bewährungsmöglichkeit eingeräumt wird
  - Kläger beruft sich auf BAG vom 7. März 2002 – 2 AZR 93/01
    - Verlängerte Kündigungsfrist innerhalb der Probezeit nur dann zulässig, wenn
      - (i) eine Bewährungschance eingeräumt wird und
      - (ii) für den Fall der Bewährung die Wiedereinstellung „verbindlich“ und „fest“ zugesagt wird

# Verlängerung der Probezeit – so geht's! (4/5)

- LAG Baden-Württemberg vom 6. Mai 2015 – 4 Sa 94/14
  - Entscheidung
    - Während der Wartezeit ist AN lediglich vor sitten- oder treuwidriger Ausübung des Kündigungsrechts geschützt
    - Nur wenn die Kündigung kurz vor Ablauf der Wartezeit mit der Intention erklärt wird, den Erwerb des allgemeinen Kündigungsschutzes zu vereiteln
    - Im Kündigungsschreiben wird ausdrücklich mitgeteilt, dass man dem AN eine Bewährungschance gewähren wolle und für den Fall der Bewährung bereit wäre, mit dem Kläger über einen neuen Arbeitsvertrag zu sprechen – dies ist ausreichend
    - Unerheblich, dass keine „verbindliche“ Wiedereinstellungszusage gegeben worden sei
    - Selbst Freistellung für die letzten zwei Wochen des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der (verlängerten) Kündigungsfrist ändert daran nichts

# Verlängerung der Probezeit – so geht's! (5/5)

- Empfohlene Vorgehensweise
  - Ausspruch der Kündigung **vor** Ablauf der Probezeit
  - Ausspruch der Kündigung mit verlängerter Kündigungsfrist, z.B. mit Wirkung zum Datum, das drei Monate nach Ablauf der Probezeit liegt
  - Klarstellung in dem Kündigungsschreiben, dass
    - der AN die Probezeit aus Sicht des AG nicht bestanden hat, aber dass
    - der AG dem AN mit der langen Kündigungsfrist eine Bewährungschance gewähren möchte und der AG für den Fall der Bewährung bereit ist, den AN wieder einzustellen / weiter zu beschäftigen

# Neues zur Massentlassungsanzeige (1/6)

- Anwendungsbereich des § 17 KSchG
  - Umsetzung der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen (Massentlassungsrichtlinie)
  - Die Vorschrift verfolgt primär arbeitsmarktpolitische Ziele und regelt den besonderen Kündigungsschutz bei Massentlassungen
  - Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit, wenn Anzahl der zu entlassenden Arbeitnehmer die in § 17 KSchG genannten Schwellenwerte überschreitet (Wert abhängig von der Anzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer)
- Rechtsfolgen bei fehlerhafter Berechnung der Schwellenwerte
  - Unwirksamkeit der Kündigungen bei fehlerhafter Berechnung der Schwellenwerte und Nichterstattung der Anzeige bei der Agentur für Arbeit

# Neues zur Massenentlassungsanzeige (2/6)

- Arbeitnehmerbegriff des § 17 KSchG
  - Arbeitnehmer ist nach der Rechtsprechung des BAG, wer auf Grund eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses einem anderen (Arbeitgeber) zur fremdbestimmten Arbeitsleistung gegen Vergütung verpflichtet ist
  - Praktikanten sind nur Arbeitnehmer, soweit ihrer Beschäftigung ein Arbeitsvertrag zugrunde liegt, der im Hinblick auf Rechte und Pflichten eine Gleichstellung mit den anderen Arbeitnehmern zulässt
  - Nach § 17 Abs. 5 KSchG sind in Betrieben einer juristischen Person die Organmitglieder, die zur gesetzlichen Vertretung berufen sind, keine Arbeitnehmer

# Neues zur Massenentlassungsanzeige (3/6)

- Unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff
  - Das EU-Recht kennt keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff, es wird unterschieden zwischen primärrechtlichem und sekundärrechtlichem Arbeitnehmerbegriff
  - Der primärrechtliche Arbeitnehmerbegriff knüpft an Art. 45 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) an und besagt, dass das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin besteht, dass eine Person während eines bestimmten Zeitraums für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält
  - Der sekundärrechtliche Arbeitnehmerbegriff kann sich aus einer Verweisung im Sekundärrechtsakt auf das Recht der Mitgliedstaaten ergeben oder im Falle einer fehlenden Verweisung durch Auslegung zu bestimmen sein

# Neues zur Massenentlassungsanzeige (4/6)

- EUGH vom 9. Juli 2015 – C-229/14 – „Balkaya“
  - Sachverhalt: Der EUGH hatte über die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs nach der Massenentlassungsrichtlinie zu entscheiden. Die Beklagte (deutsche GmbH) beschäftigte 19 Arbeitnehmer, einen Fremdgeschäftsführer sowie eine Umschülerin, die eine von dem Arbeitgeber nicht vergütete Umschulungsmaßnahme durchlief. Die Umschulungsmaßnahme wurde allerdings vom Jobcenter in Höhe der gesamten zu leistenden Ausbildungsvergütung gefördert. Die Beklagte kündigte allen Arbeitnehmern betriebsbedingt, ohne vor Ausspruch der Kündigung eine Massenentlassungsanzeige zu erstatten. Der von der Betriebsschließung betroffene Kläger erhob daraufhin unter Bezugnahme auf die unterbliebene Massenentlassungsanzeige eine Kündigungsschutzklage und machte geltend, dass der Geschäftsführer und die Umschülerin bei der Bestimmung des Schwellenwerts des § 17 KSchG zu berücksichtigen seien
  - Das Arbeitsgericht Verden legte dem EuGH die Frage vor, ob die Nichtberücksichtigungen mit der Massenentlassungsrichtlinie vereinbar seien

# Neues zur Massenentlassungsanzeige (5/6)

- Entscheidung des EuGH:
  - Der Arbeitnehmerbegriff ist primärrechtlich zu bestimmen, um einen vergleichbaren Arbeitnehmerschutz in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten
  - Das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisungen Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält
  - Von einer Gesellschaft bestellte und in diese eingegliederte Fremdgeschäftsführer, die ihre Leistungen gegen Entgelt erbringen und ihre Tätigkeit nach der Weisung oder unter der Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausüben und die jederzeit ohne Einschränkung von ihrem Amt abberufen werden können, sind Arbeitnehmer
  - Der primärrechtliche Arbeitnehmerbegriff umfasst auch Praktikanten, wenn diese unter den Bedingungen einer tatsächlichen und echten Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis für einen Arbeitgeber weisungsgebunden tätig sind. Die Herkunft der zur Vergütung eingesetzten Mittel spielt keine Rolle

# Neues zur Massenentlassungsanzeige (6/6)

- Stellungnahme
  - Entgegen § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG sind Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des § 17 KSchG einzuordnen
  - Praktikanten, deren Kosten aus öffentlichen Mitteln übernommen werden, sind als Arbeitnehmer im Sinne des § 17 KSchG einzuordnen
  - Fremdgeschäftsführer und Praktikanten müssen bei der Berechnung der Schwellenwerte des § 17 KSchG mitberücksichtigt werden
  - EuGH bestätigt, dass Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer einzuordnen sind, wenn der Arbeitnehmerbegriff primärrechtlich zu bestimmen ist
  - Fraglich, ob auch weitere arbeitsrechtliche Vorschriften (z.B. Arbeitszeitgesetz, Bundesurlaubsgesetz, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) in Zukunft auf Fremdgeschäftsführer anzuwenden sind

# Ihre Ansprechpartner



**Matthias Füssel**

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

T +49 69 7941 1030

[mfuessel@mayerbrown.com](mailto:mfuessel@mayerbrown.com)



**Jörg Salzmänn**

Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

T +49 69 7941 1072

[jsalzmänn@mayerbrown.com](mailto:jsalzmänn@mayerbrown.com)

## Vielen Dank!