

Dr. Clemens Latzel, München*

Unternehmerische Freiheit als Grenze des Arbeitnehmerschutzes – vom Ende dynamischer Bezugnahmen nach Betriebsübergang

Zugleich Besprechung des EuGH-Urteils vom 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11 – *Alemo-Herron* u. a.

- I. Deutsche Rechtslage bislang
 - 1. Dynamische Fortgeltung dynamischer Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang
 - 2. Als-ob-Betrachtung
 - 3. Rechtfertigung des BAG
- II. Neues aus Luxemburg: Die *Alemo-Herron*-Entscheidung
 - 1. Ausgangsverfahren und Vorlagefragen
 - 2. Antwort des EuGH: keine dynamische Zwangsbindung an fremde Tarifverträge
- III. Einordnung der *Alemo-Herron*-Entscheidung
 - 1. Keine Frage der negativen Koalitionsfreiheit
 - 2. Bislang ignoriert: unternehmerische Freiheit des Betriebswerbers
 - 3. Kein Ausweg: Vertragsänderung oder Verbandsbeitritt
- IV. Praxisfolgen der Entscheidung
- V. Lehren aus der Entscheidung
 - 1. Unternehmerische Freiheit begrenzt Arbeitnehmerschutz
 - 2. Wer nicht vorlegt, für den legen andere vor!

Abermals kassiert der EuGH umstrittene BAG-Rechtsprechung: Dieses Mal geht es um das Schicksal arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang, genauer: um die Bezugnahme auf Tarifverträge, die erst nach dem Übergang geschlossen werden. Eigentlich sah sich der *Vierte Senat* des BAG insofern trotz der berüchtigten *Werhof*-Entscheidung des EuGH von 2006¹ nicht dazu veranlasst, seine Rechtsprechung zu ändern oder wenigstens den EuGH um Klarstellung zu ersuchen². Also hat der Supreme Court des Vereinigten Königreichs diese Aufgabe übernommen³ und der EuGH hat ihm am 18. 7. 2013 bemerkenswert geantwortet⁴: Die dynamische

* Der Autor ist Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1) EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376 – *Werhof* = JZ 2006, 723 (mit zust. Anm. *Reichold*).

2) BAG v. 23. 9. 2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 35 ff.

3) Hier fand selbst *Thüsing* („Nicht alles gehört nach Luxemburg“), dass eine Vorlage angebracht war, *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2012, 74, 75 f.; ebenso *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 3 Rn. 616; *Schöne*, SAE 2011, 26; hingegen unzufrieden mit dem Ergebnis *Thüsing*, FAZ v. 28. 8. 2013, S. 19 („EuGH stellt Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Kopf“): „Die Entscheidung ist falsch – und sie ist ein Paukenschlag“; *ders.*, NZA 2006, 473, 475, auch noch krit. zur *Werhof*-Vorlage des LAG Düsseldorf.

4) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835 – *Alemo-Herron* u. a.; zur Vorlage des Supreme Court bereits: *Sutschet*, RdA 2013, 28, 30 ff.; *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2012, 74 ff.; *H. J. Willemsen*, RdA 2012, 291, 303.

Fortgeltung dynamischer Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang verletzt den Betriebserwerber in seiner unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GR-Charta), wenn er nicht die in Bezug genommenen Tarifverträge mitverhandeln kann, die nach dem Übergang geschlossen werden. Damit ist die gegenläufige BAG-Rechtsprechung überholt.

I. Deutsche Rechtslage bislang

Bekanntermaßen legt das BAG seit 2007 individualvertragliche Bezugnahmen auf Tarifverträge entsprechend ihrem Wortlaut aus und nicht mehr als bloße Gleichstellungsabreden, die unter dem Vorbehalt der Tarifbindung des Arbeitgebers stehen⁵. Bezugnahme Klauseln, die vor 2002 arbeitsvertraglich vereinbart wurden, werden aber aus Vertrauensschutzgründen grundsätzlich weiterhin als Gleichstellungsabreden gedeutet⁶.

1. Dynamische Fortgeltung dynamischer Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang

Infolge eines Betriebsübergangs tritt der Betriebserwerber in die Rechte und Pflichten der auf ihn (als neuen Arbeitgeber) übergegangenen Arbeitsverhältnisse ein, wie sie im Zeitpunkt des Übergangs bestehen (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB). Dazu gehören auch die Rechte und Pflichten, die sich aus individualvertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen ergeben⁷. Nun gibt es Bezugnahme Klauseln verschiedener Couleur⁸, die sich in zwei Hauptgruppen unterteilen lassen:

- *Statische Verweisungen* nehmen auf einen konkret benannten Tarifvertrag in einer konkreten Fassung Bezug. Auf dessen sachliche, räumliche oder zeitliche Anwendbarkeit kommt es nicht an. Tritt der Tarifvertrag außer Kraft, bleibt sein Inhalt für das Arbeitsverhältnis gleichwohl kraft Bezugnahme verbindlich; nachfolgende Tarifverträge werden aber ohne Änderung des Arbeitsvertrages nicht dessen Bestandteil.
- *Dynamische Verweisungen* beziehen sich hingegen auf Tarifverträge „in ihrer jeweils geltenden Fassung“, d. h. es wird ein jeweils aktuell geltender Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis anwendbar erklärt. Wird der bei Abschluss des Arbeitsvertrages geltende Tarifvertrag später durch einen anderen abgelöst, wird dieser automatisch Bestandteil des Arbeitsvertrages.

Will nun ein Unternehmer einen Betrieb (oder Betriebsteil) erwerben, stellen *statische* Verweisungen für ihn kein großes Problem dar: Er kann im Vorfeld des Erwerbs den genauen Inhalt der Arbeitsverhältnisse und der in Bezug genommenen Tarifverträge ermitteln und entsprechend disponieren. Bei *dynamischen* Verweisungen ist das nicht möglich, weil der Erwerber künftige Tarifentwicklungen schwerlich voraussehen und – wenn er nicht ordentliches Mitglied im tarifschließenden Verband ist – auch nicht beeinflussen kann. Das gilt umso mehr, wenn auch „ersetzende“ Tarifverträge⁹ oder gar vollständige Tarifwechsel¹⁰ von der Bezugnahme Klausel umfasst sind. Der Betriebserwerber weiß also bei dynamisch verweisenden Arbeitsverträgen trotz „sorgfältiger due diligence“¹¹ nicht, welche wirtschaftlichen Belastungen auf ihn zukommen. Er erwirbt mit dem Betrieb über § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht nur die Arbeitsverhältnisse der betriebsangehörigen Arbeitnehmer, wie sie im Zeitpunkt des Übergangs gerade bestehen, sondern zugleich ein „Tarifvertragsabonnement“, das er nur durch eine Änderung der Bezugnahme Klauseln „kündigen“ kann¹².

2. Als-ob-Betrachtung

Wer deshalb (oder um tarifungebundene Arbeitnehmer nicht gegenüber bislang tarifgebundenen besserzustellen¹³) dafür eintrat, dynamische Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang nur noch als statische Verweisung auf den im Moment des Übergangs geltenden Tarifvertrag anzusehen¹⁴, durfte sich indes vom BAG eines Besseren belehren lassen: Zu den

Rechten und Pflichten, die nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Betriebserwerber übergehen, gehören nämlich „nicht nur die aktuell realisierten Rechte und Pflichten, sondern alle, auf die sich eine der Vertragsparteien bei unveränderter Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses berufen könnte. [...] Soweit arbeitsvertraglich eine Dynamik bei der Anwendung in Bezug genommenen Rechts vereinbart ist, geht auch sie als solche über; der Erwerber ist an sie gebunden wie der Veräußerer, der sich darüber mit dem Arbeitnehmer geeinigt hat. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB stellt ihn bezüglich der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen so, als habe er sie selbst abgeschlossen“¹⁵.

Übergegangene Arbeitsverhältnisse mit dynamischer Bezugnahme Klausel waren also bislang vom Erwerber so zu behandeln, wie sie ohne den Betriebsübergang beim Veräußerer verlaufen wären:

- Hätte der Arbeitnehmer beim Veräußerer an Änderungen der dynamisch in Bezug genommenen Tarifverträge teilgehabt? Ja.
- Wäre beim Veräußerer die Bezugnahme Klausel von Änderungen verschont geblieben? Nun, diese Frage stellt sich nicht, weil beim Erwerber ja nur von der „unveränderten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses“ ausgegangen werden durfte¹⁶. Die „Ewigkeitsbindung“¹⁷ war geboren.

3. Rechtfertigung des BAG

Der Vorsitzende des Vierten Senats, Klaus Bepler¹⁸, rechtfertigte diese Als-ob-Betrachtung damit, dass die Abhängigkeit des Erwerbers von fremden Tarifabschlüssen ja nicht weiterginge als die des Veräußerers, „der im Rahmen des von ihm in

5) BAG v. 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965, Rn. 26 ff.; mit seltener (wenn auch unterentwickelter, vgl. Fn. 6) Rücksicht auf die Rechtssicherheit vorher angekündigt in BAG v. 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607, Rn. 19 ff.

6) BAG v. 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965, Rn. 52 ff.; zum gleichwohl defizitären Vertrauensschutz: Höpfner, NZA 2009, 420 ff.; Meinel/Herms, DB 2006, 1429, 1430 ff.; Simon/Kock/Halbsguth, BB 2006, 2354; insgesamt krit. dies., ZIP 2006, 726 ff.; zum Ganzen: Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45, 49 ff.; E. M. Willemsen, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag bei Tarifwechsel, 2009, S. 132 ff.

7) Nur BAG v. 23. 9. 2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 15 f. m.w.N.; Bepler, RdA 2009, 65, 72; ErfK/Preis, 13. Aufl. 2013, § 613a BGB, Rn. 79; APS/Steffan, 4. Aufl. 2012, § 613a BGB, Rn. 141.

8) Typisierungen etwa bei Staudinger-Annuß, 2011, § 613a BGB, Rn. 238 ff. und Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45, 50; eingehend E. M. Willemsen (Fn. 6), S. 69 ff.

9) Vgl. BAG v. 22. 4. 2009 – 4 ABR 14/08, NZA 2009, 1286, Rn. 24 ff.

10) Vgl. BAG v. 29. 8. 2007 – 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364, Rn. 17; BAG v. 21. 11. 2012 – 4 AZR 85/11, NZA 2013, 512, Rn. 28 ff.

11) Das hält Schöne, SAE 2011, 26, 28, für ausreichend, gleichwohl er einräumt, dass „die Arbeitsverträge an dieser Stelle dann ausufern“ (SAE 2011, 26, 29); ebenso Forst, DB 2013, 1847, 1850; Reichold/Ludwig, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 71 (unter III.1.); Thüring, FAZ v. 28. 8. 2013, S. 19 („EuGH stellt Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht auf den Kopf“).

12) Dazu unten III.3.a) (S. 115 f.).

13) Zur Differenzierungsproblematik: Klebeck, NZA 2006, 15, 17 f.; APS/Steffan (Fn. 7), § 613a BGB, Rn. 146.

14) Meinel/Herms, DB 2006, 1429, 1430; Nicolai, DB 2006, 670, 671 f.; Simon/Kock/Halbsguth, ZIP 2006, 726, 727 f.; Löwisch/Feldmann, EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 32, S. 15 ff.; zum Meinungsstand: Sutschet, RdA 2013, 28, 29 m.w.N.

15) BAG v. 23. 9. 2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 16 – Hervorh. durch Verf.; vgl. bereits BAG v. 19. 9. 2007 – 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241, Rn. 21 ff.

16) BAG v. 23. 9. 2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 16; anders für (echte) Gleichstellungsabreden, deren auflösende Bedingung auch bei Wegfall der Tarifbindung des Erwerbers vom BAG anerkannt wird: BAG v. 17. 11. 2010 – 4 AZR 391/09, NZA 2011, 356, Rn. 16; vgl. BAG v. 15. 2. 2011 – 3 AZR 54/09 – NZA 2011, 928, Rn. 27; Bepler, RdA 2009, 65, 73.

17) Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45, 51; vgl. Henssler, in: Festschrift Wißmann (2005), S. 133, 137: „konstitutive Ewigkeitsklausel“.

18) Bepler führte den Vorsitz von Dezember 2004 bis Mai 2012; zu seinem prägenden Einfluss auf die Senatsrechtsprechung schon Klebeck, NZA 2006, 15.

aller Regel gestellten Arbeitsvertrages das betreffende tarifliche Regelwerk in seiner jeweiligen Fassung als Grundlage der wechselseitigen Vertragsbeziehungen privatautonom und typischerweise in strukturell überlegener Verhandlungssituation durchgesetzt hat¹⁹. Wer Betriebe mit dynamisch verweisen- den Arbeitsverhältnissen erwerben will, sollte sich die Sache also besser zwei Mal überlegen. Solange jedenfalls niemand *gezwungen* sei, solche Arbeitsverhältnisse zu übernehmen, sondern vom Betriebserwerb ja auch absehen könne, stellten sich Fragen nach den Freiheiten des Betriebserwerbers nicht²⁰.

In den Worten des *Vierten Senats*: „Ein Betriebserwerber, der [...] selbst nicht am Abschluss des Arbeitsvertrags beteiligt war, kann durch eine Überprüfung der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen des Betriebsveräußerers im Vorfeld des Erwerbs diejenigen Rechte und Pflichten feststellen, in die er nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB eintritt [...]. Darüber hinaus gibt es für ihn verschiedene rechtsgeschäftliche Möglichkeiten, sich von der unbedingt zeitdynamischen Bindung zu lösen“²¹. Der *Senat* dachte dabei an Änderungsvereinbarungen und -kündigungen²². Ein Schelm, wer zynisch dabei denkt, wie der Erwerber in der Praxis die Bezugnahme Klausel – wie das BAG betont – „jederzeit einvernehmlich und frei“ abändern können soll, ja das (offenbar ist das nicht selbstverständlich) sogar *zulasten* des Arbeitnehmers und *ohne* sachlichen Grund²³.

II. Neues aus Luxemburg: Die *Alemo-Herron-Entscheidung*

Mit seiner *Alemo-Herron-Entscheidung*²⁴ hat der Gerichtshof nun die *Werhof-Entscheidung* von 2006 ins rechte Licht gerückt, deren Quintessenz es war, dass die Betriebsübergangsrichtlinie²⁵ einer rein statischen Fortgeltung von (damals noch als Gleichstellungsabreden verstandenen) Bezugnahme Klauseln beim Betriebserwerb *zumindest nicht entgegensteht*²⁶. Nun ging es um die Frage, ob das Unionsrecht die dynamische Fortgeltung von (echten) Bezugnahme Klauseln beim Erwerb *gebietet*, *erlaubt* oder vielleicht sogar *verbietet*.

1. Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Die Freizeit-Abteilung der Londoner Bezirksverwaltung Lewisham wurde im Jahre 2002 privatisiert und auf das Privatunternehmen *CCL* übertragen, das diesen Geschäftsbereich im Jahre 2004 auf das Privatunternehmen *Parkwood* übertrug. Die Arbeitsverhältnisse der einst im öffentlichen Dienst Beschäftigten gingen jeweils kraft Betriebsübergangs mit über. In ihren Arbeitsverträgen wird Bezug genommen auf die vom National Joint Council for Local Government Services (NJC) – einem Tarifverhandlungsorgan für den öffentlichen Dienst – „periodisch ausgehandelten Tarifverträge“. *Parkwood* weigerte sich, einen Tarifvertrag, der nach dem Erwerb des Geschäftsbereichs von *CCL* geschlossen wurde (aber auf die Zeit vor dem Übergang zurückwirkte), auf die ehemaligen Verwaltungsangestellten anzuwenden und ihnen entsprechend mehr Lohn zu zahlen²⁷. Dagegen wandten sich die Arbeitnehmer im Ausgangsverfahren²⁸.

Der Supreme Court hat seine Zweifel²⁹ an der *Werhof-Entscheidung* – im Gegensatz zum BAG – zutreffend in eine Vorlage an den EuGH münden lassen und ihn im Wesentlichen gefragt: Sind die Mitgliedstaaten nun *verpflichtet*, *befugt* oder *gehindert*, dynamische Bezugnahme Klauseln auch nach Betriebsübergang dynamisch fortgeltend zu lassen? Die etwas umständlich formulierten Vorlagefragen³⁰ reduzierte der EuGH auf den für das Ausgangsverfahren relevanten Kern:

Ist „Art. 3 der Richtlinie 2001/23 dahin auszulegen [...], dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, vorzusehen, dass im Fall eines Unternehmensübergangs wie dem des Ausgangsverfahrens die Klauseln, die dynamisch auf nach dem Zeitpunkt des Übergangs verhandelte und geschlossene Kollektiv-

verträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sind“³¹?

2. Antwort des EuGH: keine dynamische Zwangsbindung an fremde Tarifverträge

Mit seiner Antwort hat der EuGH sicher kein dogmatisches Glanzstück abgeliefert, aber eine im Kern doch überzeugende Argumentation:

a) *Vorrede: Was schon aus Werhof folgt*

Wie schon aus *Werhof* folgt, ist eine rein *statische* Fortgeltung von Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang mit Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie *vereinbar*³². Wie ebenfalls schon aus *Werhof* folgt, dient die Betriebsübergangsrichtlinie nicht bloß dem Arbeitnehmerschutz, sondern will einen „gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer einerseits und denen des Erwerbers andererseits gewährleisten“. Das bedeutet, „dass der Erwerber in der Lage sein muss, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen“³³.

b) *Neue Ableitungen: notwendiger Handlungsspielraum für Betriebsvererber*

Sodann nimmt der EuGH daraus zwei voneinander *unabhängige* Ableitungen vor:

Erstens konkret für das Ausgangsverfahren: Der (hier freilich nur mittelbare) Betriebsübergang von der öffentlichen Verwaltung in die Privatwirtschaft erfordert „beträchtliche Anpassungen“. Eine dynamische Bindung des privaten Erwerbers an Tarifverträge des öffentlichen Dienstes kann seinen Handlungs-

19) *Bepler*, RdA 2009, 65, 73.

20) In diese Richtung jedenfalls *Schöne*, SAE 2011, 26, 28: „Bestimmte rechtliche Folgen aus diesem Rechtsgeschäft muss der Erwerber akzeptieren“; ebenso *Reichold/Ludwig*, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 71 (unter III. 1.); *Thüsing*, FAZ v. 28. 8. 2013, S. 19 („EuGH stellt Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Kopf“).

21) BAG v. 22. 10. 2008 – 4 AZR 793/07, NZA 2009, 323, Rn. 24.

22) BAG v. 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965, Rn. 35; eingehend zu allen denkbaren Änderungsmöglichkeiten *E. M. Willemsen* (Fn. 6), S. 380 ff.

23) BAG v. 23. 9. 2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 23 – dazu unten III.3.a) (S. 115 f.).

24) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835 – *Alemo-Herron* u. a.

25) Damals noch Richtlinie 88/187/EWG des Rates v. 14. 2. 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. 1977 L 61/26; seit 11. 4. 2001 gilt die Richtlinie 2001/23/EG des Rates v. 12. 3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. 2001 L 82/16 – beide Fassungen lauten, soweit hier von Interesse, gleich; vgl. EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 21 – *Alemo-Herron* u. a.

26) EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 37 – *Werhof*.

27) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, 835 f. – *Alemo-Herron* u. a.

28) Zum rechtlichen Rahmen des Ausgangsverfahrens: *Sutschet*, RdA 2013, 28, 30 f.

29) Zum *Werhof-Verständnis* des Supreme Court: *Sutschet*, RdA 2013, 28, 31.

30) Der Supreme Court fragte u. a. inzident nach der Anwendung nationalen Rechts durch nationale Gerichte, obwohl der EuGH nur das Unionsrecht auslegt und dessen Anwendung im nationalen Recht allein Sache der national dafür zuständigen Stellen ist, vgl. *Latzel/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97, 101 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 683.

31) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 20 – *Alemo-Herron* u. a.

32) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 22 – *Alemo-Herron* u. a., unter Verweis auf EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 37 – *Werhof*.

33) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 25 – *Alemo-Herron* u. a., unter Verweis auf EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 31 – *Werhof*.

spielraum, um die nötigen Anpassungsmaßnahmen vorzunehmen, „erheblich einschränken“ und damit den gerechten Ausgleich von Erwerber- und Arbeitnehmerinteressen „beeinträchtigen“³⁴.

Zweitens generell: Die Betriebsübergangsrichtlinie ist grundrechtskonform auszulegen, hier „auf jeden Fall im Einklang mit Art. 16 der Charta zur unternehmerischen Freiheit“³⁵ (die negative Koalitionsfreiheit hat der EuGH ausgeklammert³⁶). Zur unternehmerischen Freiheit gehört „insbesondere die Vertragsfreiheit“, wie sich aus den Erläuterungen zur Grundrechtecharta ergibt, die gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 7 GR-Charta bei deren Auslegung zu berücksichtigen sind³⁷. Dann wird es spannend:

- „Im Hinblick auf Art. 3 der Richtlinie 2001/23 folgt daraus“, dass der Betriebsübernehmer am Zustandekommen der ihn nach Betriebsübergang bindenden Tarifverträge beteiligt und in der Lage sein muss, „seine Interessen wirksam geltend zu machen und die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Entwicklung auszuhandeln“³⁸.
- Kann der Erwerber weder seine Interessen bei den Tarifverhandlungen wirksam geltend machen, noch die Entwicklungsfaktoren der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer mit auszuhandeln, ist seine Vertragsfreiheit „so erheblich reduziert, dass eine solche Einschränkung den Wesensgehalt seines Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen kann“³⁹!
- Auch wenn Art. 8 der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG den Mitgliedstaaten ausdrücklich günstigere Regelungen für Arbeitnehmer erlaubt, dürfen diese nicht den Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit der Betriebsübernehmer beeinträchtigen⁴⁰.
- Deswegen dürfen die Mitgliedstaaten *nicht* vorsehen, dass Bezugnahmeklauseln den Betriebsübernehmer dynamisch an solche Tarifverträge binden, die erst nach dem Betriebsübergang geschlossen werden und an deren Verhandlungen er nicht teilnehmen kann⁴¹.

III. Einordnung der *Alemo-Herron*-Entscheidung

Betrachtet man die *Werhof*- und *Alemo-Herron*-Entscheidung im Zusammenhang, wird deutlich, welchen Weg der EuGH mit *Werhof* eigentlich beschreiten wollte, damit aber zumindest hierzulande⁴² nicht richtig verstanden wurde.

1. Keine Frage der negativen Koalitionsfreiheit

Es ist wohl auf ein Missverständnis der Schlussanträge des Generalanwalts *Colomer* zurückzuführen, dass der EuGH in *Werhof* ausgerechnet die negative Koalitionsfreiheit des Betriebsübernehmers in Gefahr sah, wenn jener zwar dynamisch, aber kraft *individualvertraglicher* Bezugnahmeklausel an fremde Tarifverträge gebunden würde⁴³. Der Generalanwalt hatte die negative Koalitionsfreiheit indes nur gegen die denkbare *Rechtsetzungsmöglichkeit* angeführt, ob der Erwerber durch Verbandsbeitritt nicht hinreichenden Einfluss auf die ihn dynamisch bindenden Tarifverträge erlangen könne⁴⁴. Die negative Koalitionsfreiheit ist aber nicht das *primär* maßgebliche Erwerbergrundrecht, das durch dynamische Fortgeltung von Bezugnahmeklauseln betroffen ist, wie das BAG in der Sache zutreffend – wenn auch durch die deutschrechtliche Brille⁴⁵ und unter Missachtung seiner Vorlagepflicht⁴⁶ – erkannt hat:

„Denn die negative Koalitionsfreiheit schützt den Arbeitgeber hier allenfalls davor, *normativ* an Tarifverträge gebunden zu werden, die von einem Verband abgeschlossen werden, in dem er nicht Mitglied ist [...]. Die Wirksamkeit der *individualvertraglichen* Inbezugnahme von Tarifverträgen in ihrer jeweiligen Fassung als Ausdruck privatautonomer Gestaltungsmacht berührt weder die negative Koalitionsfreiheit dessen, der das

Arbeitsverhältnis vertraglich der einschlägigen tarifvertraglichen Ordnung unterstellen wollte und dies auch durch Zustimmung des Arbeitnehmers zum Vertragsschluss erreicht hat, noch diejenige der Personen, die aufgrund privatautonomer Entschließung in diese Rechtsposition eingetreten sind“⁴⁷. „Soweit bei der Begründung der Rechte und Pflichten, die bei einem Betriebsübergang auf den Erwerber übergehen, weder die Mitgliedschaft in einer tarifschließenden Koalition noch die Position als Tarifvertragspartei, etwa bei einem Firmentarifvertrag, eine Rolle spielen, sondern diese unmittelbar auf der Abgabe einer privatautonom Willenserklärung gegenüber dem Arbeitsvertragspartner beruhen, kann weder die negative Koalitionsfreiheit des Veräußerers noch diejenige des Erwerbers betroffen sein“⁴⁸.

Insoweit ist das BAG auch einer Meinung mit Generalanwalt *Villalón*, der in seinen Schlussanträgen zu *Alemo-Herron* unter Verweis auf die – wegen Art. 6 Abs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 3 GR-Charta zu beachtende⁴⁹ – Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK⁵⁰ zwar betont, dass die Vereinigungsfreiheit den Einzelnen auch vor unmittelbaren und mittelbaren Beitrittsverpflichtungen schützt⁵¹. Doch geht es bei der dynamischen Fortgeltung individualvertraglicher Bezugnahmen auf fremde Tarifverträge nicht darum, den Erwerber zum Verbandsbeitritt zu verpflichten, sondern er muss individualrechtliche Pflichten übernehmen, die durch Vereinbarungen begründet wurden, auf die er keinen Einfluss hatte⁵². „Vor diesem Hintergrund ist [...]

34) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 26–29 – *Alemo-Herron* u.a.

35) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 30f. – *Alemo-Herron* u.a.

36) Dazu unten III.1. (S. 113).

37) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 32 – *Alemo-Herron* u.a., unter Verweis auf EuGH v. 22. 1. 2013 – Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347, Rn. 42 – Sky Österreich.

38) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 33 – *Alemo-Herron* u.a.

39) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 34f. – *Alemo-Herron* u.a.

40) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 36 – *Alemo-Herron* u.a., unter Verweis auf EuGH v. 6. 9. 2012 – Rs. C-544/10, EuZW 2012, 828, Rn. 54, 58 – Deutsches Weintor.

41) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 37 – *Alemo-Herron* u.a.

42) *Beppler*, RdA 2009, 65, 73: „aus meiner Sicht nicht vertretbaren überschießenden Begründung“; *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2012, 74, 75: „Irritationen im Urteil“; zur divergierenden *Werhof*-Rezeption im Vereinigten Königreich und in Deutschland: *Sutschet*, RdA 2013, 28, 31ff.; weiterhin unbeeindruckt *Forst*, DB 2013, 1847, 1849: Das *Alemo-Herron*-Urteil betrifft nur Bezugnahmeklauseln nach britischem, nicht nach deutschem Recht und ist „deshalb nicht wörtlich zu nehmen, sondern es ist aus einer funktionalen Perspektive zu betrachten“.

43) EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 34 – *Werhof*.

44) GA *Colomer*, Schlussanträge v. 15. 11. 2005 – Rs. C-499/04, Slg. 2006, I-2399, Rn. 49ff. – *Werhof*, dazu unten III.3.b) (S. 116f.).

45) Krit. *Sutschet*, RdA 2013, 28, 35.

46) Dazu unten V.2 (S. 117f.).

47) BAG v. 22. 10. 2008 – 4 AZR 793/07, NZA 2009, 323, Rn. 19 – Hervorh. durch Verf.; bestätigend BAG v. 23. 9. 2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 21; ebenso *Jacobs*, NZA-Beil. 2009, 45, 52; *Schöne*, SAE 2011, 26, 27; *Thüsing*, NZA 2006, 473, 474; so auch bereits zum Verbandsaustritt: BAG v. 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965, Rn. 37.

48) BAG v. 23. 9. 2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 27, unter Verweis auf *Houben*, SAE 2007, 109, 113.

49) Aber gem. Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GR-Charta ist ein weitergehender Schutz durch die Grundrechtecharta nicht ausgeschlossen; insofern missverständlich *Sutschet*, RdA 2013, 28, 35.

50) EGMR v. 30. 6. 1993 – 24/1992/369/443, ÖJZ 1994, 207 – Sigurjónsson/Island; EGMR v. 25. 4. 1996 – 18/1995/524/610, ArbuR 1997, 408 – Gustafsson/Schweden; EGMR v. 27. 4. 2010 – 20161/06, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98443> (16. 8. 2013) – Ólafsson/Island; eingehend *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), Grundl. Rn. 278ff.

51) GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 43 – *Alemo-Herron* u.a.

52) GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 45 – *Alemo-Herron* u.a.

das Grundrecht, das auf dem Spiel steht, nicht die negative Vereinigungsfreiheit des Unternehmers, sondern sein Grundrecht auf unternehmerische Freiheit⁵³!

Folgerichtig hat der EuGH in der *Alemo-Herron*-Entscheidung die negative Koalitionsfreiheit auch ausgeklammert. Stutzig macht nur die Begründung: Der Supreme Court hat in seiner dritten Vorlagefrage vorgetragen, dass der Beklagte im Ausgangsverfahren „keine Verletzung seiner Rechte nach Art. 11 [EMRK] [...] geltend macht“ – daraus hat der EuGH geschlossen, dass „das Recht auf negative Vereinigungsfreiheit nicht Gegenstand des Ausgangsverfahrens“ sei⁵⁴. Freilich können (unterlassene) Parteiäußerungen im Ausgangsverfahren oder materiell eingeschränkte Vorlagefragen den rechtlichen Prüfungsumfang des EuGH nicht begrenzen, weil auch die nationalen Gerichte das gesamte Unionsrecht grundsätzlich⁵⁵ von Amts wegen zu beachten haben, egal ob sich Parteien im Ausgangsverfahren darauf „berufen“ oder nicht⁵⁶. Das gilt auch für Grundrechte nach der EMRK. Zwar steht der EMRK-Beitritt der EU nach Art. 6 Abs. 2 EUV noch aus, doch sind die EMRK-Grundrechte bereits „als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts“ (Art. 6 Abs. 3 EUV), wie auch Art. 12 Abs. 1 GR-Charta als Pendant zu Art. 11 EMRK⁵⁷ dem primären Unionsrecht „rechtlich gleichrangig“ ist (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV, vgl. Art. 51 Abs. 1 GR-Charta). Hier war deshalb auch die negative Koalitionsfreiheit – wie prinzipiell jedes andere Grundrecht – „Gegenstand“ des Ausgangsverfahrens, nur eben nicht einschlägig.

2. Bislang ignoriert: unternehmerische Freiheit des Betriebserwerbers

a) Sozialpolitik des BAG

Die unternehmerische Freiheit des Betriebserwerbers hatte das BAG bislang nicht auf dem Schirm⁵⁸. Der *Vierte Senat* übte sich stattdessen in Sozialpolitik, indem er die aus Art. 3 Abs. 1 Betriebsübergangsrichtlinie bzw. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB im Ausgangspunkt zutreffend hergeleitete individualrechtliche Gleichbehandlung der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsveräußerer und -erwerber⁵⁹ zu einer Als-ob-Betrachtung ausbaute, nach der beim Erwerber alles nur *unverändert* weitergelten durfte⁶⁰. Der *Senat* kam nicht auf die Idee, dass die Übernahme von Arbeitsverhältnissen im Zuge von Betriebsübergängen vielleicht nicht immer Selbstzweck, sondern mitunter auch nur kollaterale Folge eines wirtschaftlichen Übertragungsvorgangs ist, der unter dem Schutz von Art. 16 GR-Charta steht und durch ein *unbeeinflussbares*, da gesetzlich verordnetes und nicht etwa mit dem Betriebsveräußerer verhandelbares „Tarifvertragsabonnement“ unberechenbar werden kann⁶¹.

Die Als-ob-Betrachtung mag zwar ein griffiges Patentrezept gewesen sein⁶² und arbeitnehmerfreundlich noch dazu, wenn man davon ausgeht, dass es „nach den bisherigen Erfahrungen in der überwiegenden Zahl der Fälle“ für die Arbeitnehmer „von Nachteil sein wird“, den Anwendungsbereich eines sich dynamisch entwickelnden Tarifwerks zu verlassen⁶³. Doch auch die Faustregel „Was Arbeitnehmer (besser) schützt, kann nicht falsch sein“⁶⁴ suspendiert selbst dann nicht Unternehmergrundrechte, wenn Richtlinien – wie Art. 8 Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG – für Arbeitnehmer günstigere nationale Regelungen explizit zulassen⁶⁵.

b) Keine Lehren aus Werhof

Der EuGH hat schon in seiner *Werhof*-Entscheidung betont, dass die Betriebsübergangsrichtlinie „nur bezweckt, die *am Tag des Übergangs* bestehenden Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer zu wahren. Dagegen wollte die Richtlinie *nicht bloße Erwartungen und somit hypothetische Vergünstigungen* schützen, die sich aus zukünftigen Entwicklungen der Kollektivverträge ergeben könnten“⁶⁶. Jeder Erwerber muss in der Lage sein, „die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen“⁶⁷. Das kontrastiert etwas mit der Als-ob-Betrachtung des *Vierten Senats*, hat ihn aber nicht zum Umdenken gebracht: „Der sich aus den Ausführungen des EuGH in ihrem

systematischen Zusammenhang ergebende Inhalt der Entscheidung ‚Werhof‘ entspricht der Auffassung des Senats“⁶⁸.

Zugegeben: Die Einlassungen des EuGH in der *Werhof*-Entscheidung zur negativen Koalitionsfreiheit waren etwas unglücklich geraten⁶⁹. Aber losgelöst vom damaligen Ausgangsverfahren hatte der EuGH schon seinerzeit zum Ausdruck gebracht, dass es mit einer grundrechtskonformen Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinie nicht vereinbar ist, wenn sich der Betriebserwerber nach Tarifverträgen richten muss, die im Moment des Übergangs noch gar nicht galten und denen er „nicht angehört“⁷⁰, sprich: auf deren Inhalt er keinen Einfluss nehmen kann. Die Mitgliedstaaten (einschließlich ihrer zur Gesetzes- wie Vertragsauslegung berufenen Gerichte) müssen deshalb vermeiden, „dass der Erwerber des Betriebes, der dem Kollektivvertrag nicht angehört, durch die künftigen Entwicklungen dieses Vertrages gebunden wird“, hieß es schon in der *Werhof*-Entscheidung⁷¹. Aber das BAG hatte ja den richtigen

53) GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 46 – *Alemo-Herron* u.a.; insoweit richtige Ansätze etwa bei *Schöne*, SAE 2011, 26, 28; *Sutschet*, RdA 2013, 28, 33 f.; *H. J. Willemsen*, RdA 2012, 291, 303.

54) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 31 – *Alemo-Herron* u.a.; vollkommen gegenteilige Interpretation bei GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 42 f. – *Alemo-Herron* u.a.

55) Ausnahmsweise ist das Unionsrecht von nationalen Gerichten nicht von Amts wegen zu beachten, wenn sie dadurch ihre „grundsätzlich gebotene Passivität aufgeben müssten, indem sie die Grenzen des Rechtsstreits zwischen den Parteien überschreiten und sich auf andere Tatsachen und Umstände stützen, als sie die Prozesspartei, die ein Interesse an der Anwendung hat, ihrem Begehren zu Grunde gelegt hat“, EuGH v. 14. 12. 1995 – Rs. C-430/93, C-431/93, EuZW 1996, 542, Rn. 22 – van Veen.

56) Vgl. EuGH v. 14. 12. 1995 – Rs. C-430/93, C-431/93, EuZW 1996, 542, Rn. 13 ff. – van Veen; EuGH v. 14. 12. 1995 – Rs. C-312/93, EuZW 1996, 636, Rn. 20 – Peterbroeck; *R. Streinz* (Fn. 30), Rn. 487 – für unmittelbar geltende Richtlinienvorschriften.

57) GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11; curia.eu, Rn. 43 ff. – *Alemo-Herron* u.a.; a.A. *Forst*, DB 2013, 1847, 1848: Grundrecht auf negative Tarifvertragsfreiheit aus Art. 28 GR-Charta.

58) Auch nicht Teile der Literatur, zuletzt etwa *Thüsing/Stiebert*, ZESAR 2012, 74, 75: „Ein (europarechtliches) Hindernis [für die dynamische Fortgeltung beim Erwerber] [...] besteht eben gerade nicht“; ebenso *Schöne*, SAE 2011, 26, 27; anders aber *Beauregard*, NJW 2006, 2522, 2525; *Löwisch/Feldmann*, EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 32, S. 16; *Simon/Kock/Halbsguth*, ZIP 2006, 726, 728; *Sutschet*, RdA 2013, 28, 33 f.

59) Vgl. EuGH v. 10. 2. 1988 – Rs. C-324/86, Slg. 1988, 739, Rn. 9 – *Daddy's Dance Hall*; EuGH v. 12. 11. 1998 – Rs. C-399/96, NZA 1999, 31, Rn. 37 – *Europièces*; EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 25 – *Werhof*.

60) Dazu oben I.2. (S. 111).

61) Luzide *Sutschet*, RdA 2013, 28, 33 f.; ebenso *Meinel/Herms*, DB 2006, 1429, 1430; GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 45 – *Alemo-Herron* u.a.

62) Besonders verinnerlicht etwa von *Reichold/Ludwig*, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 71 (unter III. 1.) und *Schöne*, SAE 2011, 26, 27.

63) *Bepler*, RdA 2009, 65, 68.

64) Vgl. *Bepler*, RdA 2009, 65, 73.

65) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 36 – *Alemo-Herron* u.a.; anders noch GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 39 – *Alemo-Herron* u.a.

66) EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 29 – *Werhof*, Hervorh. durch Verf.; ebenso GA *Colomer*, Schlussanträge v. 15. 11. 2005 – Rs. C-499/04, Slg. 2006, I-2399, Rn. 56 – *Werhof*.

67) EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 31 – *Werhof*.

68) BAG v. 23. 9. 2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 38; ehrlicher *Bepler*, RdA 2009, 65, 73: „aus meiner Sicht nicht vertretbaren überschießenden Begründung“.

69) Dazu oben III.1. (S. 113 f.).

70) EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 34 – *Werhof*.

71) EuGH vom 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 35 – *Werhof*; ebenso bereits GA *Colomer*, Schlussanträge v. 15. 11. 2005 – Rs. C-499/04, Slg. 2006, I-2399, Rn. 47 – *Werhof*: „Allerdings kann die Verweisung nicht ewig fortbestehen und sich über den zur Zeit des Übergangs geltenden Kollektivvertrag hinaus auf alle folgenden erstrecken“; vgl. auch *Simon/Kock/Halbsguth*, ZIP 2006, 726, 728; *Sutschet*, RdA 2013, 28, 32 f.

„systematischen Zusammenhang“ hergestellt und von *Thüsing* „europarechtlich freie Fahrt, den eingeschlagenen Weg weiter zu gehen“⁷².

c) Wirtschaftspolitik des EuGH

Angesichts von *Werhof* war es für Generalanwalt *Villalón* in seinen Schlussanträgen zu *Alemo-Herron* ein Leichtes, dynamischen Bezugnahme Klauseln die dynamische Fortgeltung beim (nicht oder anders tarifgebundenen) Erwerber abzusprechen – freilich unter dem richtigen⁷³ Aufhänger der unternehmerischen Freiheit⁷⁴. Der EuGH sieht das genauso, ja greift sogar zum Wesensgehaltsargument nach Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GR-Charta⁷⁵, obwohl es auch genügt hätte, den mit der dynamischen Fortgeltung verbundenen Arbeitnehmerschutz als überschießend, also unverhältnismäßig i.S.d. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GR-Charta einzuordnen⁷⁶. So macht der EuGH freilich deutlich, wie sehr er (zumindest seine *Dritte Kammer*) die unternehmerische Freiheit durch die Betriebsübergangsrichtlinie beeinträchtigt sieht: Zwischen statischer (*Werhof*) und dynamischer (*Alemo-Herron*) Fortgeltung von Bezugnahme Klauseln beim Erwerber verläuft die Grenze zwischen primärrechtlich (!) erlaubter und verbotener Beschränkung der unternehmerischen Freiheit von Betriebserberwerb.

Damit sieht der EuGH die Betriebsübergangsrichtlinie als das, was sie ist: Eine Beschränkung der unternehmerischen Freiheit, die im Interesse des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt ist, aber nur soweit dieser Schutz nicht unverhältnismäßig gerät⁷⁷. Die von der Betriebsübergangsrichtlinie verlangte Zwangsübernahme „fremder“ Arbeitsverhältnisse sieht der Gerichtshof als rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Freiheit der Unternehmer, Betriebe möglichst frei handeln und übertragen zu können. Wie Generalanwalt *Villalón* ausgeführt hat, fällt zwar die bloße Möglichkeit, ein bestimmtes Unternehmen zu erwerben, nicht in den Schutzbereich von Art. 16 GR-Charta: „Jedoch kann die Festlegung derart strenger Voraussetzungen für den Erwerb, die in der Praxis vom Erwerb von Unternehmen stark abschrecken, zu einer Verletzung des genannten Artikels führen“⁷⁸. Solch eine abschreckend strenge Voraussetzung ist die zwangsweise Übernahme der Betriebsbelegschaft jedenfalls dann, wenn die übergehenden Arbeitsverhältnisse mit einem faktisch kaum kündbaren⁷⁹ „Abonnement“ fremder Tarifverträge verbunden sind. Deswegen verlangt der EuGH:

- Jeder Betriebserberwerber muss nach einem Betriebsübergang die „erforderlichen Anpassungen“ vornehmen können⁸⁰.
- Zu diesem Zweck muss er insbesondere in der Lage sein, „die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln“⁸¹.
- Wenn den Erwerber die Tarifverträge, nach denen er die ihm zugefallenen Arbeitsverhältnisse ausgestalten muss, selbst dann noch binden, wenn sie nach dem Übergang und ohne seine Verhandlungsbeteiligung geschlossen wurden, verletzt das seine unternehmerische Freiheit – und zwar in ihrem Wesensgehalt⁸².

Der Betriebsübergang darf also auch für Arbeitsverhältnisse mit (echten) dynamischen Bezugnahme Klauseln eine Zäsur darstellen. Damit ist die Als-ob-Betrachtung des BAG⁸³ am Ende. Sie verletzt die unternehmerische Freiheit des Erwerbers, wenn er sich neue Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang von einem fremden Kollektivorgan diktieren lassen muss, dessen Gewalt er sich nie unterworfen hat, an dessen Verhandlungen er nicht teilnehmen kann und das auch nicht seinen Interessen verpflichtet ist. Das gilt freilich nur dann, wenn ein Unternehmer infolge einer von Art. 16 GR-Charta geschützten Handlung *gesetzlich* Arbeitsverhältnisse zugewiesen bekommt, auf deren *künftige* Gestaltung er keinen Einfluss nehmen kann:

- Der *privatautonom* Selbstbindung durch dynamische Bezugnahme auf fremde Tarifverträge setzt Art. 16 GR-Charta keine Grenzen⁸⁴, ja schützt vor solchen Grenzen gerade⁸⁵.
- Ist der Betriebserberwerber Mitglied des Arbeitgeberverbandes, auf dessen Tarifverträge Bezug genommen wird, hat er die vom EuGH eingeforderte⁸⁶ Möglichkeit, „an den Verhandlungen über diese(.) nach dem Übergang geschlossenen Kollektivverträge teilzunehmen“.

3. Kein Ausweg: Vertragsänderung oder Verbandsbeitritt

Mit zwei Argumenten könnte man versuchen, die dynamische Fortgeltung von Bezugnahme Klauseln beim Erwerber zu retten: Der Erwerber könnte ja (a) die Bezugnahme Klausel im Vertragswege ändern oder auch (b) dem tarifschließenden Arbeitgeberverband beitreten.

a) Lebensfremd und irrelevant: Möglichkeit zur einvernehmlichen Änderung der Bezugnahme Klausel

Generalanwalt *Villalón* vertritt in seinen Schlussanträgen, dass die Beschränkung der unternehmerischen Freiheit des Betriebserberwerbers gering ausfällt, wenn er die Bezugnahme Klausel leicht beseitigen kann: „Je nach dem Grad der Bindung an die [...] vereinbarten Bedingungen ist das Grundrecht offensichtlich unterschiedlich beeinträchtigt“⁸⁷. Wie das BAG⁸⁸ sieht auch der Generalanwalt in der Möglichkeit, die Bezugnahme Klausel „miteinander zu verhandeln und zu vereinbaren, die genannte Klausel aufzuheben, zu ändern oder aufrechtzuerhalten“, einen hinreichenden Schutz der unternehmerischen Freiheit des Betriebserberwerbers, ja hält sogar – wenn das nach nationalem Recht hinreichend leicht möglich ist – Einwände aus Sicht von Art. 16 GR-Charta für „gegenstandslos“⁸⁹. Es sei Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, inwieweit Bezugnahme Klauseln nach nationalem Recht „unbedingt und unabänderlich“ seien⁹⁰.

72) *Thüsing*, NZA 2006, 473, 475; ebenso *ders./Stiebert*, ZESAR 2012, 74, 75; dagegen *Löwisch/Feldmann*, EZA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 32, S. 17; *Nicolai*, DB 2006, 670, 671 ff.; von *Alemo-Herron* unbeirrt *Forst*, DB 2013, 1847, 1849 f.; irritiert *Thüsing*, FAZ v. 28. 8. 2013, S. 19 („EuGH stellt Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Kopf“).

73) Dazu oben III.1. (S. 113 f.).

74) GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 46 ff. – *Alemo-Herron* u.a., aber noch mit dem Ausweg der (hinreichend leichten) vertraglichen Abdingbarkeit, dazu unten III.3.a) (S. 115 f.).

75) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 35 – *Alemo-Herron* u.a.

76) Zur gestuften Prüfungsreihenfolge: EuGH v. 22. 1. 2013 – Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347, Rn. 47 ff. – *Sky Österreich*; vgl. *R. Streinz/Michl*, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 52 GRC, Rn. 26.

77) Vgl. GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 54 – *Alemo-Herron* u.a.; ähnlich zur sekundärrechtlichen Beschränkung exklusiver Vermarktungsrechte bei Ereignissen von großem öffentlichen Interesse: EuGH v. 22. 1. 2013 – Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347, Rn. 47 ff. – *Sky Österreich*.

78) GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 54 – *Alemo-Herron* u.a.

79) Dazu unten III.3.a) (S. 115 f.).

80) EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376, Rn. 31 – *Werhof*.

81) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 33 – *Alemo-Herron* u.a.

82) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 35 – *Alemo-Herron* u.a.

83) Dazu oben I.2. (S. 111).

84) Insoweit zutreffend BAG v. 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965, Rn. 37 – für die negative Koalitionsfreiheit.

85) *Thüsing*, NZA 2006, 473, 475; *ders./Stiebert*, ZESAR 2012, 74, 75.

86) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 37 – *Alemo-Herron* u.a.

87) GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 55 – *Alemo-Herron* u.a.

88) Dazu oben I.3. (S. 111 f.).

89) GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 56 f. – *Alemo-Herron* u.a.

90) GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 58 – *Alemo-Herron* u.a.

Doch diesen Weg ignoriert der EuGH vollständig. Das ist im Interesse einer umfassenden Aufarbeitung der Grenzen des Wesensgehalts⁹¹ bzw. der Verhältnismäßigkeit von Beschränkungen⁹² von Art. 16 GR-Charta zwar unschön, aber im Ergebnis zutreffend. Die theoretische Möglichkeit, einvernehmlich den Arbeitsvertrag zu ändern, um bestimmten Rechtsfolgen zu entgehen, besteht immer⁹³ und – das scheint der EuGH im Gegensatz zu Generalanwalt und BAG realistisch zu sehen – ist vor allem eines: nämlich eine *theoretische* Möglichkeit. Tatsächlich wird kein vernünftiger Arbeitnehmer der Aufhebung einer dynamischen Bezugnahme zustimmen⁹⁴, jedenfalls nicht diesseits der Grenzen des § 123 BGB. Auch der EuGH findet offenbar, dass dynamische Bezugnahmen auf Tarifverträge für Arbeitnehmer grundsätzlich günstiger sind als statische⁹⁵. Es ist deshalb für Betriebserber ohne Entgegenkommen an anderer Stelle faktisch ausgeschlossen, die Arbeitnehmer zur „Entdynamisierung“ zu überreden⁹⁶, wie es generell kaum möglich ist, von einer gesetzlichen Rechtsfolge *nachträglich* zu Lasten des Vertragspartners abzuweichen. Denn im Gegensatz zu dispositivem Recht, das bei Vertragsschluss abbedungen und damit Gegenstand der vorvertraglichen Verhandlungen werden kann, ist die Änderung laufender, auf den Betriebserber kraft Gesetzes ohne Verhandlungsspielraum übergangener Arbeitsverträge allenfalls kurz vor der Insolvenz den Arbeitnehmern zu vermitteln.

Einen weiteren Aspekt deutete schon Generalanwalt Colomer in seinen Schlussanträgen zu *Werhof* an: „Schließlich wird es dem Arbeitgeber zwar durch nichts verwehrt, die Initiative zu ergreifen, um auf den gesetzlich allgemein vorgesehenen Wegen angebrachte Änderungen in den Vertrag aufzunehmen, doch lässt diese Befugnis die speziellen Bestimmungen über den Übergang von Betrieben unberührt“⁹⁷. Darin liegt ein wesentliches Argument: Infolge des Betriebsübergangs gehen Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber über, ohne dass er dem widersprechen oder den Inhalt der Arbeitsverhältnisse gestalten kann. Das verlangt die Richtlinie und geschieht durch nationales Recht automatisch. Im Moment des Übergangs realisiert sich die Beschränkung des Erwerbers in seiner unternehmerischen Freiheit und muss sie unionsrechtlich gerechtfertigt sein – das gilt auch für die dynamische Bindung an fremde Tarifverträge. Spätere Eventualitäten, wie die ohnehin nur theoretische Möglichkeit der einvernehmlichen Vertragsänderung, fallen dann ebenso wenig ins Gewicht wie der Ausweg, den Betrieb weiter zu veräußern oder erst gar nicht zu erwerben.

Schon am Tag nach dem Übergang kann ein neuer Tarifvertrag geschlossen werden, der den Erwerber bindet. Doch ist deshalb nicht zu fragen, wie lange der Betriebserber mit seinen neuen Arbeitnehmern über eine Änderung der Bezugnahmeklauseln verhandeln können muss, bevor deren Dynamik als sein eigenes „Werk“ und damit für ihn verbindlich angesehen werden kann⁹⁸. Der Inhalt der *kraft Gesetzes* übergangenen Arbeitsverhältnisse kann niemals – auch nicht durch Zeitablauf – dem Erwerber als Produkt seiner *Privatautonomie* zugerechnet werden⁹⁹. Entscheidend sind deshalb allein die Rechtsfolgen, wie sie im Moment des Betriebsübergangs von Gesetzes wegen eintreten. Aus dem gleichen Grund scheidet auch die vom BAG vorgeschlagene Möglichkeit der Änderungskündigung aus, zumal schleierhaft bleibt, woher das dafür erforderliche „dringende betriebliche Erfordernis“ (§§ 2 Satz 1, 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG) kommen soll¹⁰⁰.

b) Unzulässig: Obliegenheit zum Verbandsbeitritt

Entscheidend ist für den EuGH, dass der Betriebserber an den Verhandlungen der Tarifverträge mitwirken kann, an die er durch die Bezugnahmeklauseln gebunden wird¹⁰¹. Ist das der Fall, ist der Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit des Erwerbers außer Gefahr. Eine solche Mitwirkungsmöglichkeit kann sich theoretisch jeder Betriebserber durch einen Beitritt zum tarifbeteiligten Arbeitgeberverband verschaffen, zu-

mindest bei passender Branchenzugehörigkeit. Im Ausgangsverfahren des EuGH war das gerade nicht der Fall, weil die in Bezug genommenen Tarifverträge vom NJC ausgehandelt wurden, an dem sich nur die öffentliche Verwaltung, nicht aber das beklagte Privatunternehmen beteiligen konnte¹⁰².

Doch auch wenn der maßgebliche Arbeitgeberverband dem Erwerber offen steht, ist damit der Wesensgehalt seiner unternehmerischen Freiheit nicht gewahrt bzw. der Eingriff in selbige nicht gerechtfertigt. Wie schon Generalanwalt Colomer in seinen Schlussanträgen zu *Werhof* ausgeführt hat (und insofern seinerzeit vom EuGH wohl missverstanden wurde), würde dieser Beitrittsdruck den Betriebserber „zweifello[s] [in] seine[r] Vereinigungsfreiheit beschränken“, die auch das Recht umfasst, einer Vereinigung fernzubleiben¹⁰³. „Dieses Recht desjenigen, der ein Unternehmen erwirbt, muss jedem anderen von geringerem Rang vorgehen, wie etwa dem des Arbeitnehmers auf die wirtschaftlichen Vorteile aus der Fortentwicklung der vom Veräußerer des Unternehmens unterzeichneten Kollektivverträge“¹⁰⁴. Angesichts solch klarer Worte, denen nichts hinzuzufügen ist, ist es zu verschmerzen, dass der EuGH in *Alemo-Herron* den „Jedenfalls“-Ausweg über den Wesensgehalt von Art. 16 GR-Charta gewählt hat¹⁰⁵, statt den Schutz von Art. 12 GR-Charta vor Beitrittsdruck bzw. die „Freiheit vom Tarifvertrag“¹⁰⁶ auszudifferenzieren. Insofern steht eine gründliche Auseinandersetzung mit der recht liberalen Rechtspre-

91) Wesensgehaltseingriffe sind nicht zu rechtfertigen, vgl. Art. 52 Abs. 7 GR-Charta i.V.m. GR-Charta Erläuterungen, ABl. 2007 C 303/17, 32, unter Verweis auf EuGH v. 13. 4. 2000 – Rs. C-292/97, EuGRZ 2000, 524, Rn. 45 – Karlsson; *Jarass*, GRC, 2. Aufl. 2013, Art. 52 Rn. 45.

92) Vgl. GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11 – curia.eu, Rn. 55 – *Alemo-Herron* u.a.

93) Auch im Ausgangsverfahren, vgl. GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 36 – *Alemo-Herron* u.a.

94) Vgl. *Jacobs*, NZA-Beil. 2009, 45, 53; *E. M. Willemssen* (Fn. 6), S. 389 f.

95) Deswegen subsumiert er dynamische Bezugnahmen auch unter „günstigere“ Rechtsfolgen i.S.d. Art. 8 RL 2001/23/EG, EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 36 – *Alemo-Herron* u.a.

96) Auch *E. M. Willemssen* (Fn. 6), S. 389 f., sieht für Änderungsverhandlungen unter normalen Umständen ohne anderweitige Zugeständnisse von Arbeitgeberseite keine Basis.

97) GA *Colomer*, Schlussanträge v. 15. 11. 2005 – Rs. C-499/04, Slg. 2006, I-2399, Rn. 57 – *Werhof*.

98) Umgekehrt fordert aber das BAG für Arbeitnehmer eine hinreichend lange Bedenkzeit über Vertragsänderungsangebote, *E. M. Willemssen* (Fn. 6), S. 389, unter Verweis auf BAG v. 27. 11. 2003 – 2 AZR 135/03, NZA 2004, 597.

99) *Meinel/Herms*, DB 2006, 1429, 1430; *Simon/Kock/Halbsguth*, ZIP 2006, 726, 728; *Sutschet*, RdA 2013, 28, 34; a. A. *Reichold/Ludwig*, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 71 (unter III. 1.): „Geltungsgrund für die tariflichen Regelungen ist nicht der Betriebsübergang, sondern der Arbeitsvertrag bzw. dessen Übergang auf den Erwerber“, unter Verweis auf *Thüsing*, NZA 2006, 473, 474; *E. M. Willemssen* (Fn. 6), S. 175 ff.

100) *Klebeck*, NZA 2006, 15, 21; *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 644, 552; euphemistisch *APS/Steffan* (Fn. 7), § 613 a BGB, Rn. 145: Änderungskündigung „risikobehaftet“; hingegen für erleichterte Anforderungen bei „besonders ausgeprägtem Vereinheitlichungsinteresse“ des Betriebserberers: *Jacobs*, NZA-Beil. 2009, 45, 53; differenzierend *E. M. Willemssen* (Fn. 6), S. 402 ff.; für eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 2 KSchG, um die Dynamik über den Betriebsübergang zu retten: *Forst*, DB 2013, 1847, 1850.

101) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 33 – *Alemo-Herron* u.a.

102) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 34 – *Alemo-Herron* u.a.

103) GA *Colomer*, Schlussanträge v. 15. 11. 2005 – Rs. C-499/04, Slg. 2006, I-2399, Rn. 49 f. – *Werhof*, m.w.N. zur Herleitung; ebenso GA *Villalón*, Schlussanträge v. 19. 2. 2013 – Rs. C-426/11, curia.eu, Rn. 45 – *Alemo-Herron* u.a.: „Probleme im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 12 der Charta“.

104) GA *Colomer*, Schlussanträge v. 15. 11. 2005 – Rs. C-499/04, Slg. 2006, I-2399, Rn. 51 – *Werhof*.

105) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 31 – *Alemo-Herron* u.a.

106) *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), Grndl. 260, § 3 Rn. 616; eingehend *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Habil. 2012 (ersch. demnächst).

chung des EGMR zu Art. 11 EMRK¹⁰⁷ noch aus¹⁰⁸, die auch vom EuGH zu beachten ist (Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GR-Charta). Indes erlaubt ihm Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GR-Charta, weitergehenden Schutz zu gewähren.

IV. Praxisfolgen der Entscheidung

Auch wenn sich der EuGH in der *Alemo-Herron*-Entscheidung nicht explizit zu den Rechtsfolgen geäußert hat, ergibt sich in Zusammenschau mit der *Werhof*-Entscheidung doch ein recht eindeutiges Bild:

- Arbeitsverträge mit dynamischer Bezugnahme Klausel dürfen nach Betriebsübergang den Erwerber nicht weiter *dynamisch* binden, wenn er nicht Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist. Auf den (anders oder nicht tarifgebundenen) Erwerber dürfen sie wegen Art. 3 Abs. 1 Betriebsübergangsrichtlinie i.V.m. Art. 16 GR-Charta nur *statisch* übergehen.
- Ändern sich *nach* Betriebsübergang in Bezug genommene Tarifverträge (auch rückwirkend, wie im Ausgangsverfahren), ist der Erwerber an die Änderungen nicht mehr gebunden – egal was in den auf ihn gesetzlich übergegangenen Arbeitsverträgen steht. Privatautonom hat der *Erwerber* die dynamische Bezugnahme nämlich nicht vereinbart.
- Die statische Fortgeltung umfasst gleichwohl die Dynamik, die dem beim Übergang geltenden Tarifvertrag bereits inhärent ist¹⁰⁹ – wie nach Übergang klassischer Gleichstellungsabreden auf einen tariffreien Erwerber¹¹⁰. Diese Dynamik kann der Betriebserwerber nämlich vorher einkalkulieren.
- Ist der Betriebserwerber Mitglied im Arbeitgeberverband, auf dessen Tarifverträge dynamisch verwiesen wird, kann er auf die künftigen Tarifinhalte Einfluss nehmen und ist deshalb seine unternehmerische Freiheit nicht gefährdet, wenn die Bezugnahme dynamisch fortgilt. Tritt er später aus dem Verband aus (oder wechselt in eine OT-Mitgliedschaft), gilt dasselbe wie bei der (echten) Gleichstellungsabrede: Der Verbandsaustritt wirkt „entdynamisierend“, allerdings nicht wegen des damit entfallenen Gleichstellungszwecks, sondern weil der Erwerber die Bezugnahme Klausel *gesetzlich* erworben hat und sie auch durch jahrelange Verbandsmitgliedschaft nicht sein „Werk“ wird¹¹¹. Hat ein Arbeitgeber (echte) dynamische Bezugnahme Klauseln *privatautonom* vereinbart, ist seine Verbandsmitgliedschaft für deren dynamische Geltung nach wie vor unerheblich.
- Wichtig: Die Unterrichtungen der Arbeitnehmer über die Folgen des Betriebsübergangs (§ 613 a Abs. 5 BGB) müssen angepasst werden! Arbeitnehmer mit dynamischen Bezugnahme Klauseln in ihren Verträgen sind darüber zu unterrichten, dass sie beim Erwerber nicht mehr automatisch an Änderungen der in Bezug genommenen Tarifverträge teilhaben, sondern die im Moment des Übergangs geltenden Tarifverträge statisch – aber samt ihrer inhärenten Dynamik – fortgelten, sofern der Erwerber nicht Verbandsmitglied ist.

Von der *Alemo-Herron*-Entscheidung nicht betroffen sind Haustarifverträge, die dynamisch auf Verbandstarifverträge verweisen, ohne dass der tarifschließende Arbeitgeber Verbandsmitglied ist (Anschluss- oder Anerkennungstarifverträge¹¹²). Auch wenn die Ausgangslage aus Sicht der tarifgebundenen Arbeitgeber ähnlich ist, haben sie die Anschlussstarifverträge doch mehr oder wenig freiwillig¹¹³ geschlossen – sie wurden dazu zumindest nicht gesetzlich gezwungen¹¹⁴. Da die Anschlussstarifverträge auf Betriebserwerber auch nicht kraft Gesetzes übergehen¹¹⁵, eröffnet § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB nach wie vor die „Flucht aus der Dynamik“¹¹⁶.

V. Lehren aus der Entscheidung

Die *Alemo-Herron*-Entscheidung verdeutlicht zweierlei:

1. Unternehmerische Freiheit begrenzt Arbeitnehmerschutz

Arbeitnehmerschutz gilt nicht grenzenlos, sondern muss die unternehmerische Freiheit respektieren. Die Toleranzgrenze sieht der EuGH deutlich früher erreicht als das BAG. Daran ändern auch die in den meisten arbeitsrechtlichen Richtlinien anzutreffenden Öffnungsklauseln nichts, die den Mitgliedstaaten weitergehenden Arbeitnehmerschutz erlauben.

Die *Alemo-Herron*-Entscheidung behebt im Endeffekt das Defizit im Vertrauensschutz, dass die Aufgabe der BAG-Rechtsprechung zur Auslegung von Bezugnahme Klauseln als Gleichstellungsabreden im Jahre 2005 bzw. 2007 durch ihre Rückwirkung auf den 1. 1. 2002 bewirkt hatte¹¹⁷. Deshalb sind aber nun nicht wieder alle Bezugnahme Klauseln grundsätzlich als Gleichstellungsabreden auszulegen, sondern (nur) ab Betriebsübergang als statische Bezugnahmen, denn die „Zurechtstufung“ dient nicht der Gleichstellung von Arbeitnehmergruppen, sondern allein dem Grundrechtsschutz der Erwerber¹¹⁸. Trotz § 305c Abs. 2 BGB gilt deshalb jeder Arbeitsvertrag mit dynamischer Bezugnahme Klausel beim (nicht oder anders tarifgebundenen) Erwerber nur noch statisch fort¹¹⁹. Zweifel bei der Auslegung gehen eben nur zulasten des *Verwenders*.

2. Wer nicht vorlegt, für den legen andere vor!

Die Taktik des BAG, sich schwierige EuGH-Entscheidungen lieber irgendwie wortreich¹²⁰ zu Recht zu biegen¹²¹, als den EuGH *einfach*¹²² um Klarstellung zu ersuchen, geht nicht auf. Wer die *Werhof*-Entscheidung mit viel Mühe erst „in ihrem systematischen Zusammenhang“ verklärt, damit sie nicht der eigenen Ansicht widerspricht, verpasst *die* Gelegenheit, die ein eigenes Vorabentscheidungsersuchen bietet: Im Dialog mit dem Gerichtshof Einfluss auf dessen Rechtsprechung nehmen und ihm die (vermeintlichen oder tatsächlichen) Vorteile der eigenen Auffassung präsentieren können¹²³. Diese Chance hatte hier nun in dankenswerter¹²⁴ wie vorbildlicher¹²⁵ Weise der Supreme Court ergriffen.

Doch auch Instanzgerichte sollten um Vorabentscheidungsersuchen gegen zweifelhafte BAG-Rechtsprechung nicht ver-

107) Fn. 50.

108) *Sutschet*, RdA 2013, 28, 34 f., erhoffte sich von *Alemo-Herron* eine Auseinandersetzung mit EGMR v. 25. 4. 1996 – 18/1995/524/610, ArbUR 1997, 408 – Gustafsson/Schweden.

109) Zur tarifinternen Dynamik: *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 592, 387 ff.

110) Dazu *Bepler*, RdA 2009, 65, 67 f., 73 f.

111) Dazu oben III.3.a) (S. 115 f.).

112) *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), Grndl. Rn. 18.

113) *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), Grndl. Rn. 442 f.

114) Zur gewillkürten Haustarifnachfolge: *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 375.

115) BAG v. 26. 8. 2009 – 4 AZR 280/08, NZA 2010, 238, Rn. 28 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

116) *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 390.

117) Vgl. Fn. 6.

118) *Sutschet*, RdA 2013, 28, 36.

119) So schon *Nicolai*, DB 2006, 670, 672 f.

120) Hintergrund ist die Forderung des BVerfG nach halbwegs plausibler Begründung der Nichtvorlage wegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG i.V.m. Art. 267 Abs. 3 AEUV; insofern offenbar mit nachhaltiger Wirkung: BVerfG (*Kammer*) v. 25. 2. 2010 – 1 BvR 230/09, NZA 2010, 439, Rn. 20 f.

121) Zuletzt etwa BAG v. 26. 3. 2013 – 1 AZR 857/11, DB 2013, 1792, Rn. 27–33; BAG v. 20. 9. 2012 – 6 AZR 253/11, NZA 2013, 797, Rn. 64–66; BAG v. 10. 7. 2012 – 9 AZR 11/11, AP BUrLG § 7 Nr. 60, Rn. 21–25; BAG v. 28. 6. 2012 – 6 AZR 682/10, NZA 2012, 1090, Rn. 33–39; BAG v. 16. 5. 2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974, Rn. 22–27; erfreulich hingegen die Vorlage des BAG v. 18. 4. 2012 – 4 AZR 168/10 (A), NZA 2013, 386, Rn. 22 ff., 35 ff. – Isbir, mit Bitten um Klarstellung von EuGH v. 14. 4. 2005 – Rs. C-341/02, NZA 2005, 573 – Kommission/Deutschland.

122) *Latzel/T. Streinz*, Das richtige Vorabentscheidungsersuchen, NJOZ 2013, 97, 100 ff.

123) *Latzel/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97, 98.

124) Vgl. Fn. 3.

125) *Sutschet*, RdA 2013, 28, 35: „3:0 für England“.

legen sein¹²⁶. Solche Vorlagen sind nicht für ihren „rechtspolitischen Beigeschmack“¹²⁷ zu ächten, denn sie dienen neben dem Individualrechtsschutz der Parteien auch der Klarstellung und Fortbildung des Unionsrechts¹²⁸. In Zukunft fällt den Instanzgerichten auch die Aufgabe zu, die defizitäre Wächterfunktion des BVerfG über die Vorlagepraxis letztinstanzlicher Gerichte zu kompensieren: Zumindest der *Zweite Senat* des BVerfG kontrolliert Nichtvorlagen nur noch auf *willkürlichen* Entzug des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG i.V.m. Art. 267 Abs. 3 AEUV)¹²⁹ und der *Erste Senat* hat bezüglich Vorabentscheidungsersuchen derzeit selbst einen Balken im Auge¹³⁰.

Will das BAG nicht von anderen Gerichten der eigenen unionsrechtswidrigen Rechtsprechung überführt werden, muss es sich seiner Rolle als „ordentliches Unionsgericht“¹³¹ bewusst werden und „aus seiner Sicht unvertretbare überschießende Begründungen“ in EuGH-Urteilen¹³² mit der Bitte um Klarstellung vorlegen, statt sich hinter *acte-claire-* oder *acte-eclaire-Doktrinen* zu verstecken¹³³. Das gilt auch, wenn die Anwendbarkeit des Unionsrechts zweifelhaft ist, weil es im konkreten Fall scheinbar nur um Vertragsauslegung geht. „Die

Auslegung der Verweisklausel allein hat keine europarechtlichen Bezüge“¹³⁴, ist zwar im Ausgangspunkt zutreffend, gleichwohl darf aber die Klauselauslegung nicht zu unionsrechtswidrigen Ergebnissen führen¹³⁵. Ob ein bestimmtes Ergebnis von nationalen Rechtssetzungsorganen oder von nationalen Gerichten im Wege der Gesetzesanwendung (und damit auch der Vertragsauslegung) herbeigeführt wird, ist aus Sicht des Unionsrechts unerheblich¹³⁶. Deswegen behandelt der EuGH auch zutreffend die Vorlagefragen des Supreme Court zusammen unter dem Aspekt, ob es „einem Mitgliedstaat verwehrt“ ist, „vorzusehen“, dass Vertragsklauseln, die dynamisch auf nach dem Betriebsübergang geschlossene Tarifverträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sind¹³⁷. Es macht nämlich für die unternehmerische Freiheit des Betriebserwerbers keinen Unterschied, ob ein nationales *Gesetz* anordnet, dass ihn dynamische Bezugnahme Klauseln dynamisch binden, oder ob dasselbe Ergebnis nationale Gerichte im Wege der Rechtsanwendung bei Auslegung von *Arbeitsverträgen* herbeiführen, die der Erwerber aber nie abgeschlossen hat.

126) Jüngst etwa erfolgreich ArbG Nienburg v. 4. 9. 2012 – 2 Ca 257/12 Ö, BB 2012, 3080 (mit Anm. *Eckstein*), gegen BAG v. 28. 4. 1998 – 9 AZR 314/97, NZA 1999, 156; entschieden durch EuGH v. 13. 6. 2013 – Rs. C-415/12, NZA 2013, 775 – Brandes.

127) *Thüsing*, BB 23/2006, Die erste Seite; krit. auch zur *Werhof*-Vorlage des LAG Düsseldorf *ders.*, NZA 2006, 473, 475: „Weniger ist oftmals mehr für eine rechtssichere und interessengerechte Entfaltung des Arbeitsrechts. [...] Nicht alles muss nach Luxemburg“; hingegen für eine Vorlage des BAG nach *Alemo-Herron, ders.*, FAZ v. 28. 8. 2013, S. 19 („EuGH stellt Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Kopf“).

128) *Latzel/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97, 98.

129) BVerfG v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995, Rn. 87 ff. – Honeywell; BVerfG (*Kammer*) v. 15. 12. 2011 – 2 BvR 148/11, NJW 2012, 1202, Rn. 35; strenger hingegen noch BVerfG (*Kammer*) v. 25. 2. 2010 – 1 BvR 230/09, NZA 2010, 439, Rn. 20 f. – Massenentlassung: Kontrollintensität wie EuGH zu Art. 267 Abs. 3 AEUV.

130) BVerfG v. 24. 4. 2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499, Rn. 88 ff. – Antiterrordatei, gegen EuGH v. 26. 2. 2013 – Rs. C-617/10, EuZW 2013, 302, Rn. 17 ff. – Fransson; dazu *Latzel*, FAZ v. 3. 5. 2013, S. 7 („Eine misslungene Karlsruher Trotzreaktion“).

131) EuGH (*Plenum*) v. 8. 3. 2011 – Gutachten 1/09, EuR 2011, 567, Rn. 80.

132) So *Bepler*, RdA 2009, 65, 73, zu EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04, NZA 2006, 376 – Werhof, der freilich (RdA 2009, 65, 73 f.) auch den unionsrechtlichen Bezug einer Rechtsfrage (und damit die Notwendigkeit einer Vorlage) u. a. ernsthaft mit der Begründung verneinte, dass das nationale Recht älter sei als die Richtlinie und deshalb diese insoweit schon nicht umsetze, jedenfalls aber etwaige Unionsgrundrechte mangels „Auslandsbezug“ keine Anwendung fänden; verständlich daher *Sutschet*, RdA 2013, 28, 36: „Das BAG zeigt europafeindliche Tendenzen, die über das, was nach Art. 267 AEUV noch zulässig sein mag, hinausgehen“.

133) *Latzel/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97, 99; konkret etwa *Grünberger/Sagan*, EuZA 2013, 324, 338 f.; ebenso zur „Vorlage-Askese“ des BVerfG: *Kühling*, EuZW 2013, 641, 642: „im Zweifel für die Vorlage!“; vorbildlich noch BAG v. 27. 4. 1994 – 5 AZR 747/93 (A), NZA 1994, 683 – Paletta II, sowie nun BAG v. 18. 4. 2012 – 4 AZR 168/10 (A), NZA 2013, 386 – Isbir.

134) BAG v. 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965, Rn. 36, unter Verweis auf *Thüsing*, NZA 2006, 473, 475; ebenso *Jacobs*, NZA-Beil. 2009, 45, 52; *E. M. Willemsen* (Fn. 6), S. 188 f.

135) Ebenso *Simon/Kock/Halbsguth*, ZIP 2006, 726, 728.

136) Ebenso *Löwisch/Feldmann*, EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 32, S. 17; *Meinel/Herms*, DB 2006, 1429, 1430; *Sutschet*, RdA 2013, 28, 33: „Ein richterrechtliches Privileg zum Richtlinienverstoß gibt es nicht“; a. A. offenbar *Thüsing*, NZA 2006, 473, 475; *E. M. Willemsen* (Fn. 6), S. 189.

137) EuGH v. 18. 7. 2013 – Rs. C-426/11, NZA 2013, 835, Rn. 20 – *Alemo-Herron* u. a.