

Arbeits- und Sozialrecht

Trotz geschickter Vorlage: Dynamik von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang bleibt unklar

Anmerkung zu EuGH v. 27.4.2017 – C-680/15 u.a. (Asklepios)

PD Dr. *Clemens Latzel*, München

Man soll ja bekanntlich keine Frage stellen, auf die man die Antwort nicht hören möchte. Wenn man gleichwohl fragen muss (Art. 267 Abs. 3 AEUV), stellt man die Frage am besten so, dass sie möglichst im gewünschten Sinne beantwortet wird. Mit dieser Strategie hatte nun das BAG vorläufig Erfolg: Der EuGH bestätigt mit der hier zu besprechenden Entscheidung zwar nur seine Rechtsprechung, doch dank einer geschickt formulierten Vorlagefrage erscheint die unveränderte EuGH-Rechtsprechung – aus deutscher Sicht – in anderem Licht. Einstweilen.

I. Gesetzliche Übernahme von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergang

In Ausgestaltung der unionsrechtlichen Unternehmerfreiheit (Art. 16 GRC) ordnet Art. 3 Abs. 1 Satz 1 RL 2001/23/EG (§ 613a Abs. 1 BGB) an, dass beim Übergang eines Betriebs von einem Inhaber auf einen anderen die Rechte und Pflichten des Betriebs-

veräußerers aus den bei Übergang bestehenden Arbeitsverhältnissen auf den Betriebserwerber übergehen. Das hat für den *Betriebserwerber* den Vorteil, dass er mit der Stammebelegschaft nahtlos weiterarbeiten kann, und für die *Arbeitnehmer* den Vorteil, dass sie in „ihrem“ Betrieb zu (zunächst) unveränderten Konditionen weiterarbeiten können, nur mit einem neuen Arbeitgeber. Der Mechanismus erinnert an § 566 BGB (Kauf bricht nicht Miete), doch können die Arbeitnehmer bei Betriebsübergang dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse widersprechen (§ 613a Abs. 6 BGB), die Mieter dem Austausch ihres Vermieters hingegen nicht.¹

Soweit sich die Bedingungen der übergehenden Arbeitsverhältnisse aus unmittelbar (normativ) geltenden *Tarifverträgen* und *Betriebsvereinbarungen* ergeben, genießen sie infolge des Betriebsübergangs prinzipiell ein Jahr Bestandsschutz (§ 613a Abs. 1 Sätze 2-4 BGB, Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG). Soweit sich

¹ A. A. Kühn, NZM 2009, 4 ff.

die Bedingungen der übergelenden Arbeitsverhältnisse aus den *Arbeitsverträgen* ergeben, übernimmt sie der Erwerber prinzipiell unverändert (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG). Als individualvertragliche Arbeitsbedingungen gelten auch Bezugnahmen auf Tarifverträge oder Tarifwerke einer ganzen Branche „in ihrer jeweils geltenden Fassung“ (dynamische Bezugnahmeklauseln).²

II. Schutz des Gestaltungsspielraums des Betriebserwerbers

In der hier zu besprechenden EuGH-Entscheidung ging es um eine praktisch und für die Weiterentwicklung der unionsrechtlichen Vertragsfreiheit interessante Frage: Ist der Betriebserwerber durch dynamische Bezugnahmeklauseln in den Arbeitsverträgen, in die er mit dem Betriebsübergang kraft Gesetzes eintritt, auch an künftige Tarifentwicklungen gebunden? Bei statischen Verweisungen auf einen bestimmten Tarifvertrag ist eine solche Bindung kein Problem, weil bei ihnen im Moment des Betriebsübergangs der Arbeitsvertragsinhalt feststeht und der Erwerber im Rahmen einer Due-Diligence-Prüfung absehen kann, was auf ihn zukommt. Bei dynamischen Verweisungen wird der Betriebserwerber hingegen in seiner unternehmerischen Freiheit beschränkt, wenn er gewissermaßen ein „Tarifvertragsabonnement“ mit unabsehbarer (und meist auch unbeeinflussbarer) Entwicklung erwirbt.

Nach Ansicht des EuGH bezweckt die RL 2001/23/EG, „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.“³ Die RL 2001/23/EG gleiche die Interessen der übergelenden Arbeitnehmer an weiterer Anwendung sich dynamisch ändernder Tarifverträge mit den Interessen der Betriebserwerber an Gestaltung der Arbeitsbedingungen in seinem erworbenen Betrieb aus. Deswegen müsse eine dynamische Bezugnahmeklausel zwar nicht unbedingt wegen eines Betriebsübergangs entdynamisiert werden,⁴ aber der Erwerber müsse in der Lage sein, „die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen.“⁵ Konkret ist dem Betriebserwerber eine dynamische Bindung an künftige Tarifänderungen nur zuzumuten, wenn er die in Bezug genommenen Tarifverträge beeinflussen oder die Bezugnahmeklausel „im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden Verfahrens, an dem er beteiligt ist“, ändern kann.⁶ Wenn der Erwerber weder die künftigen Tarifabschlüssen noch die Bezugnahmeklausel beeinflussen kann, ist seine Vertragsfreiheit „so erheblich reduziert, dass eine solche Einschränkung den Wesensgehalt seines Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen kann.“⁷ Darüber hilft nicht hinweg, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 8 RL 2001/23/EG weitergehenden Arbeitnehmerschutz vorsehen dürfen.⁸

III. Ausreichende Gestaltungsmöglichkeit durch Änderungsvertrag und Änderungskündigung?

In zwei Fällen lässt der EuGH also die dynamische Fortgeltung von dynamischen Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang zu: Entweder kann der Betriebserwerber auf die in Bezug genommenen Tarifverträge Einfluss nehmen oder er kann die Bezugnahmeklausel verändern. Wer möglichst flächendeckend eine dynamische Fortgeltung erreichen will (dazu 1.), muss an einem dieser Punkte ansetzen (dazu 2.) und darf dabei die Rechnung nicht ohne die Instanzgerichte machen (dazu 3.).

1. Das politische Ziel

Das BAG will dynamische Bezugnahmeklauseln möglichst flächendeckend aufrechterhalten und zu diesem Zweck Betriebserwerber an dynamische Bezugnahmeklauseln ebenso fest binden wie Betriebsveräußerer.⁹ Das Gericht konzidiert zwar, dass die Erwerber die Klauseln nicht in *Ausübung* ihrer Vertragsfreiheit vereinbart, sondern vielmehr in *Einschränkung* ihrer Vertragsfreiheit kraft Gesetzes „geerbt“ haben,¹⁰ vermag daraus aber keine Schlüsse zu ziehen. Vertragsfreiheit hin oder her – jedenfalls könne es ja nicht sein, dass „der Arbeitnehmer allein durch den Betriebsübergang schlechter als gegenüber dem Veräußerer“ gestellt würde, indem übergangsbedingt die Dynamik wegfiel.¹¹ Und wo kämen wir denn hin, wenn mittels Betriebsübergang gezielt Bezugnahmeklauseln entdynamisiert werden könnten.¹²

2. Die taktische Umsetzung

Um dieses Ziel zu erreichen, müssen entweder Betriebserwerber in die tarifschließenden Arbeitgeberverbände gedrängt werden oder ausreichende vertragsrechtliche Möglichkeiten zur Änderung von Bezugnahmeklauseln bestehen. Weil der erste Weg mit der negativen Koalitionsfreiheit der Betriebserwerber

² H.M., nur BAG v. 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – NZA 2016, 373 Rn. 26 ff.

³ EuGH v. 9.3.2006 – C-499/04 (Werhof) – NZA 2006, 376 Rn. 29; ebenso EuGH v. 27.4.2017 – C-680/15 u.a. (Asklepios) – NZA 2017, 571 Rn. 18.

⁴ EuGH v. 9.3.2006 – C-499/04 (Werhof) – NZA 2006, 376 Rn. 36; EuGH v. 27.4.2017 – C-680/15 u.a. (Asklepios) – NZA 2017, 571 Rn. 20 f.

⁵ EuGH v. 9.3.2006 – C-499/04 (Werhof) – NZA 2006, 376 Rn. 30; EuGH v. 18.7.2013 – C-426/11 (Alemo-Herron u.a.) – NZA 2013, 835 Rn. 25; EuGH v. 11.9.2014 – C-328/13 (Österreichischer Gewerkschaftsbund) – NZA 2014, 1092 Rn. 29.

⁶ EuGH v. 18.7.2013 – C-426/11 (Alemo-Herron u.a.) – NZA 2013, 835 Rn. 33; EuGH v. 27.4.2017 – C-680/15 u.a. (Asklepios) – NZA 2017, 571 Rn. 22 f.

⁷ EuGH v. 18.7.2013 – C-426/11 (Alemo-Herron u.a.) – NZA 2013, 835 Rn. 34 f.

⁸ EuGH v. 18.7.2013 – C-426/11 (Alemo-Herron u.a.) – NZA 2013, 835 Rn. 36.

⁹ BAG v. 23.9.2009 – 4 AZR 331/08 – NZA 2010, 513, Rn. 16; BAG v. 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – NZA 2016, 373 (Vorlagefragen I.1. und II.).

¹⁰ BAG v. 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – NZA 2016, 373 Rn. 57.

¹¹ BAG v. 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – NZA 2016, 373 Rn. 61.

¹² BAG v. 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – NZA 2016, 373 Rn. 49.

(Art. 12, 28 GRC) kaum zu vereinbaren (und mitunter faktisch ausgeschlossen) ist, blieb dem BAG nur der zweite Weg. Anstatt aber den EuGH zu fragen, was er von den hiesigen vertragsrechtlichen Möglichkeiten zur Änderung von Arbeitsverträgen hält, hat das BAG dem EuGH schlicht erklärt, dass nach deutschem Recht der Betriebserwerber mit den Arbeitnehmern „ohne Weiteres eine andere Abmachung treffen [kann]. Auch hat er die Möglichkeit, eine Änderungskündigung zu erklären und somit den Inhalt des Arbeitsvertrags durch einseitige Willenserklärung zu ändern. Auf diese Weise ist nach nationalem Recht gewährleistet, dass er – unter angemessener Wahrung der Arbeitnehmerinteressen (§ 2 KSchG) – die für seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit notwendigen Anpassungen vornehmen kann. Der Erwerber kann die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, in das er eintritt, in demselben Umfang und auf dieselbe Weise ändern, wie dies dem Veräußerer möglich war“.¹³

Aufgrund dieses taktisch gelungenen „Doppelpasses“¹⁴ konnte der EuGH nicht anders, als apodiktisch festzustellen, dass „sich aus der Vorlageentscheidung und insbesondere aus dem Wortlaut der Vorlagefragen selbst [ergibt], dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung sowohl einvernehmliche als auch einseitige Möglichkeiten für den Erwerber vorsieht, die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsbedingungen nach dem Übergang anzupassen. Somit ist davon auszugehen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung den Anforderungen der [etablierten] Rechtsprechung genügt“.¹⁵ Da der EuGH nur zur Auslegung des Unionsrechts berufen ist, kann er den Inhalt nationalen Rechts nicht selbst feststellen. Nationales Recht ist für den EuGH gewissermaßen „Tatfrage“ (wie für ein Revisionsgericht der Sachverhalt).

3. Die fehlende Absicherung

Die „Tatfrage“ ist nicht geklärt, denn was der EuGH nicht prüft, darüber entscheidet er auch nicht, und die Einlassungen des BAG sind alles andere als überzeugend. Genügt es wirklich zum Schutz der unternehmerischen Freiheit des Betriebserwerbers, wenn er das ihm im Zuge des Betriebsübergangs gesetzlich oktroyierte „Tarifvertragsabonnement“ nur mit Zustimmung des davon begünstigten Arbeitnehmers¹⁶ oder durch Kündigung des gesamten Arbeitsvertrags bei gleichzeitigem Angebot eines neuen Arbeitsvertrags beenden kann? Dagegen spricht, dass die Möglichkeit der *einvernehmlichen* Vertragsänderung schwerlich als Ausdruck der Vertragsfreiheit des Betriebserwerbers gelten kann, weil diese „Freiheit“ vom guten Willen des Arbeitnehmers abhängt und diese Abhängigkeit keine Folge privatautonomer Selbstbindung des Erwerbers, sondern gesetzlicher Anordnung ist. Dagegen spricht außerdem, dass die Freiheit zur *einseitigen* Vertragsänderung qua Änderungskündigung¹⁷ nur nach Maßgabe des § 2 Satz 1 KSchG besteht und sie deshalb dringend betrieblich erforderlich sein muss, wofür das Interesse des Betriebserwerbers an Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen oder Kostenkontrolle nicht ausreicht.¹⁸ Insoweit steht die Vertragsfreiheit des Betriebserwerbers vielmehr unter Insolvenzvorbehalt.

Will das BAG sein Ziel der flächendeckenden Fortgeltung dynamischer Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang erreichen, muss es seine Anforderungen an betriebsbedingte Änderungskündigungen wenigstens zur Entdynamisierung von Bezugnahme Klauseln absenken¹⁹ (z. B. nach einer Schonfrist analog § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB). Ohne diese Absicherung ist jedes Arbeitsgericht aufgerufen, Rechtsklarheit herzustellen und den EuGH zu fragen:

Ist das Unionsrecht, insbesondere Art. 3 RL 2001/23/EG und Art. 16 GRC dahin auszulegen, dass ein Betriebserwerber die nötigen Anpassungen der übergegangenen Arbeitsverhältnisse vornehmen kann, wenn er deren vertragliche Bezugnahmen auf sich dynamisch – auch nach Betriebsübergang – ändernde Tarifverträge, auf die der Erwerber keinen Einfluss nehmen kann, nur mit Zustimmung des von der Dynamik begünstigten Arbeitnehmers oder durch Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Angebot eines neuen Arbeitsvertrages ändern kann, wobei die Kündigung nur aus dringenden betrieblichen Erfordernissen zulässig ist, die regelmäßig erst gegeben sind, wenn der Betriebserwerber insolvenzbedroht ist?

IV. Fazit und praktische Folgen

Mit der Asklepios-Entscheidung bestätigt der EuGH nur seine bisherige Rechtsprechung, wonach der Betriebserwerber notwendige Anpassungen der auf ihn mit dem Betrieb kraft Gesetzes übergegangenen Arbeitsverhältnisse vornehmen können muss. Die vermeintliche Wendung, die das BAG der EuGH-Rechtsprechung durch seine Vorlage für dynamische Bezugnahme Klauseln gegeben hat, beruht ausschließlich auf einer geschickten Fragestellung. Ob die hiesigen individualvertraglichen Anpassungsmöglichkeiten nach heutigem Stand den Anforderungen des EuGH genügen, ist zu bezweifeln.

Bis sich ein Arbeits- oder Landesarbeitsgericht zu einem klärenden Vorabentscheidungsersuchen durchringt, ist in den Unterrichtungsschreiben nach § 613a Abs. 5 BGB auf die nach wie vor bestehende Rechtsunklarheit und die Möglichkeit hinzuweisen, dass dynamische Bezugnahme Klauseln vom Erwerber künftig eventuell – je nach Entwicklung der Rechtslage – auch einseitig entdynamisiert werden können.

Summary

What happens in the aftermath of a business transfer to contracts of employment that refer dynamically to collective agreements subject to change after transfer? The ECJ confirms by the

¹³ BAG v. 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – NZA 2016, 373 Rn. 45.

¹⁴ Zu dieser Fragetaktik: *Latzel/T. Streinz*, NJOZ 2013, 97 (103).

¹⁵ EuGH v. 27.4.2017 – C-680/15 u. a. (Asklepios) – NZA 2017, 571 Rn. 24 f.

¹⁶ Eingehend *Kania/Seitz*, RdA 2015, 228 ff.

¹⁷ Zu anderen einseitigen Entdynamisierungsmitteln: *Hartmann*, EuZA 2015, 203 (217 ff.).

¹⁸ *Hergenröder*, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 2 KSchG Rn. 81 f.

¹⁹ Offengelassen von BAG v. 30.8.2017 – 4 AZR 95/14 – Pressemitteilung Nr. 35/17.

Asklepios decision its previous case law, according to which dynamic referral clauses to collective agreements apply dynamically if the transferee either can influence the collective agreements referred to or is able to change the referral clauses in the contracts of employment. It remains unclear whether this is the case in German law.

Résumé

Qu'est-ce qui se passe avec des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise ou d'établissement si ces contrats contiennent

une clause de renvoi «dynamique» aux conventions collectives de travail, de sorte que les conventions collectives de travail peuvent également changer à l'avenir? Avec l'arrêt «Asklepios» la Cour de Justice Européenne confirme sa jurisprudence antérieure: En cas de transfert d'entreprise ou d'établissement un renvoi «dynamique» aux conventions collectives de travail n'est valable que si le cessionnaire peut soit influencer les conventions collectives de travail, soit adapter le renvoi contractuel. Il reste peu clair si tel est le cas dans le droit allemand.