



**ZAAR**

Zentrum für Arbeitsbeziehungen  
und Arbeitsrecht

## **VORTRAGSREIHE**

Donnerstag, 4. Dezember 2014 / 18.30 Uhr

**Die Gleichstellungsabrede ist tot –  
es lebe die Gleichstellungsabrede?**

Referent:

**Dr. Marc Hendrik Spielberger**

Reed Smith LLP

Reed Smith  
The business of relationships.

**“Die Gleichstellungsabrede ist tot –  
es lebe die Gleichstellungsabrede?”**

Dr. Marc Spielberger  
Partner, Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Inhalt**

- Allgemeines
- Aktueller Stand des BAG
- Werhof
- Alemo-Herron
- § 613a Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 BGB?
- Dogmatische Schwächen des EuGH
- Mögliche Folgen aus Alemo-Herron
- § 613a Abs. 5 BGB-Informationsschreiben
- Exkurs: Scattolon
- Fazit
- Anhang

Reed Smith  
The business of relationships.

**Allgemeines**

**Definition der Gleichstellungsabrede**

Unter einer **Gleichstellungsabrede** versteht man eine arbeitsvertragliche Verweisung auf einen Tarifvertrag oder ein Tarifwerk, durch die erreicht wird, dass die nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer ebenso behandelt werden wie Arbeitnehmer, auf die wegen ihrer Mitgliedschaft in der tarfischließenden Gewerkschaft die betreffenden Tarifverträge bereits tarifrechtlich angewendet werden müssen.

### Die wichtigsten Erscheinungsformen der Gleichstellungsabrede

#### Große dynamische Bezugnahme Klausel (Tarifwechselklausel):

*"Das Arbeitsverhältnis unterliegt den jeweils für den Betrieb des Arbeitgebers fachlich/betrieblich normativ geltenden Tarifverträgen in der jeweils gültigen Fassung. Dies sind zur Zeit die Tarifverträge der ... - Branche/Industrie."*

### Die wichtigsten Erscheinungsformen der Gleichstellungsabrede

#### Unklarheitenregel des BAG:

Geht aus der Bezugnahme Klausel nicht klar hervor, ob eine statische oder dynamische Bezugnahme Klausel vereinbart ist, liegt im Zweifel eine dynamische Bezugnahme Klausel vor.

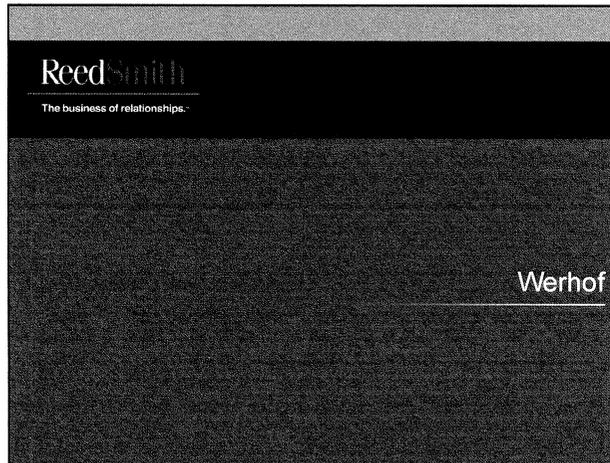
## Aktueller Stand des BAG

### Aktueller Stand BAG

#### 1. Die "alte" Gleichstellungsabrede

- Bis 13. Dezember 2005 waren arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln, die von einem tarifgebundenen Arbeitgeber vorformuliert waren, regelmäßig als **Gleichstellungsabrede** auszulegen, wenn es keine innerhalb oder außerhalb der Vertragsurkunde liegenden Anhaltspunkte gab, eine solche Annahme auszuschließen.
- Das hieß: Endet die Tarifbindung des Arbeitgebers (z.B. durch einen Betriebsübergang), dann endet auch die Dynamik automatisch. D.h. insbesondere keine weiteren Tariflohnerhöhungen in der Zukunft.

Zuletzt: BAG vom 19. 3. 2003 - 4 AZR 331/02



## Werhof

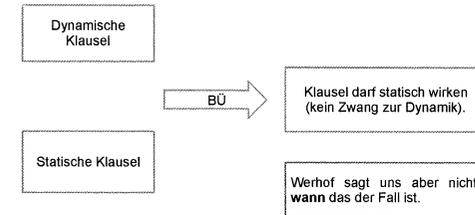
**EuGH:** „Nach alledem ist die erste Frage dahin zu beantworten, dass Art. 3 der Richtlinie 77/187/EWG dahin auszulegen ist, dass er nicht dem entgegensteht, dass der Erwerber, der nicht Partei eines den Veräußerer bindenden Kollektivvertrags ist, auf den der Arbeitsvertrag verweist, durch Kollektivverträge, die dem zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden nachfolgen, nicht gebunden ist.“

Hinweis des EuGH in der Entscheidung, dass bei einer dynamischen Fortgeltung beim nicht tarifgebundenen Erwerber dessen Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit beeinträchtigt werden könnte.

EuGH vom 9.3.2006 - C 499/04 (Hans **Werhof** / Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG)

## Werhof

**Die Werhof-Entscheidung besagt also:**



Ergebnis: Aus der Werhof-Entscheidung folgt keine Europarechtswidrigkeit einer Bezugnahmeklausel.

## Werhof

Reaktion des BAG vom 18.4.2007 – 4 AZR 652/05

- Werhof unerheblich.
- Keine Vorlage an den EuGH.
- Werhof war Fall des Betriebsübergangs. BAG 2007 kein Betriebsübergang
- Einschränkung der **negativen Koalitionsfreiheit** ist in der dynamischen Fortwirkung einer Bezugnahmeklausel in der hier streitigen Form nicht gegeben, weil negative Koalitionsfreiheit bei arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel nicht betroffen ist.

### Alemo-Herron

Zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs auf den ersten privaten Arbeitgeber galt der im Rahmen des NJC für die Zeit vom 1. April 2002 bis zum 31. März 2004 geschlossene Kollektivvertrag.

Im Mai 2004 ging das diesen Geschäftsbereich betreibende Unternehmen auf Parkwood über. Parkwood beteiligt sich nicht am NJC und könnte dies auch gar nicht, da sie ein privates Unternehmen ist und nicht zur öffentlichen Verwaltung gehört.

### Alemo-Herron

Im Rahmen des NJC wurde im Juni 2004 eine neue Vereinbarung geschlossen, die rückwirkend zum 1. April 2004 in Kraft trat und bis zum 31. März 2007 galt. Diese Vereinbarung wurde also nach dem Übergang (Mai 2004) des betreffenden Unternehmens auf Parkwood geschlossen.

Auf Grund dessen war Parkwood der Auffassung, dass die neue Vereinbarung für sie nicht bindend sei, und teilte dies den Arbeitnehmern mit, denen sie die im Rahmen des NJC für die Zeit von April 2004 bis März 2007 vereinbarte Lohnerhöhung verweigerte. U.a. Herr Alemo Herron erhob hiergegen eine Klage.

### Alemo-Herron

#### Fragen des Supreme Court

Mit seinen drei Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG dahin auszulegen ist, 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 Kollektivverträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sind.

### Alemo-Herron

#### Aus den Gründen:

1. Die Richtlinie dient nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen bei einem Unternehmensübergang, sondern sie soll auch einen **gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer einerseits und denen des Erwerbers andererseits gewährleisten**. Insbesondere stellt sie klar, dass der Erwerber in der Lage sein muss, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen **Anpassungen vorzunehmen** (so schon „Verhof“).
2. Da es sich um den Übergang eines Unternehmens vom **öffentlichen auf den privaten Sektor** handelt, ist davon auszugehen, dass die Fortsetzung der Tätigkeit des Erwerbers in Anbetracht der unvermeidlichen Unterschiede, die zwischen diesen beiden Sektoren bei den Arbeitsbedingungen bestehen, **beträchtliche Anpassungen** erfordert.

## Alemo-Herron

### Aus den Gründen:

10. Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG i. V. mit Art. 8 dieser Richtlinie ist aber nicht dahin auszulegen, dass er die Mitgliedstaaten zum Erlass von Maßnahmen ermächtigt, die zwar für die Arbeitnehmer günstiger sind, aber den Wesensgehalt des Rechts des Erwerbers auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen können.

## Alemo-Herron

### Entscheidung des EuGH

*„Nach alledem ist auf die drei vorgelegten Fragen zu antworten, dass Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG dahin auszulegen ist, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, vorzusehen, dass im Fall eines Unternehmensübergangs die Klauseln, die dynamisch auf nach dem Zeitpunkt des Übergangs ausgehandelte und abgeschlossene Kollektivverträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sind,*

***wenn** dieser nicht die Möglichkeit hat, an den Verhandlungen über diese nach dem Übergang geschlossenen Kollektivverträge teilzunehmen.“*

## Alemo-Herron

### Entscheidung des EuGH

#### Text der Entscheidung im Original:

*“Having regard to all the foregoing, the answer to the three questions referred is that Article 3 of Directive 2001/23 must be interpreted as precluding a Member State from providing, in the event of a transfer of an undertaking, that dynamic clauses referring to collective agreements negotiated and adopted after the date of transfer are enforceable against the transferee, where that transferee does not have the possibility of participating in the negotiation process of such collective agreements concluded after the date of the transfer.”*

## Alemo-Herron

### Was bedeutet das?

Ist der neue Arbeitgeber, der Betriebserwerber, selbst nicht tarifgebunden, dann muss die Dynamik einer Bezugnahme Klausel nach einem Betriebsübergang nach § 613a BGB enden.

Das bedeutet insbesondere: Danach abgeschlossene Tarifloohnerhöhungen müssen dann nicht an die Arbeitnehmer weitergegeben werden.

**Voraussetzung hierzu:** Wenn dieser nicht die Möglichkeit hat, an den Verhandlungen über diese nach dem Übergang geschlossenen Kollektivverträge teilzunehmen.

### Kein Fall des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB?

Möglichkeiten für eine Geltung von Tarifverträgen nach englischem Recht

Jedenfalls in der Praxis keine „normative“ Geltung. Die Anwendbarkeit von TVen muss also anders begründet werden.

Anwendbarkeit über **arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel**

Erzwingung der Anwendbarkeit über **Streiks** nach Abschluss des TV

Anwendbarkeit „**konkudent**“ – Feststellbarkeit durch Gerichtsurteil („implied incorporation“ bzw. „custom and practice“)

### Kein Fall des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB?

These: Vorliegen eines Falls des 613a Abs. 1 Satz 2 BGB

Fraglich ist, ob diese These zutreffend ist.

Englisches Recht: Vereinbarte (freiwillig oder erzwungen) oder „konkudente“ Anwendung des TV

Deutsches Recht: Vereinbarte Anwendung des TV (Klausel)

Deutsches Recht: Anwendbarkeit TV normativ

Rückschluss zutreffend ?

### Kein Fall des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB?

Gegenargumente:

- Parkwood fürchtete offenbar nicht die „konkudente“ oder erzwungene Anwendung des TV nach englischem Recht, sondern die Klausel.
- Parkwood war aus dem Geltungsbereich des TV herausgewachsen, da nicht öffentlicher Dienst. Ohne die arbeitsvertragliche Bezugnahme hätte Parkwood den TV (wohl) nicht fürchten müssen.
- Daher kam auch nach englischem Recht eine TV-Anwendung nur noch über die arbeitsvertragliche Klausel in Betracht.
- Es geht also gerade nur um die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel.
- Der EuGH nimmt keine Ausführungen zu einer normativ geltenden Regelung vor. Unterscheidet letztlich gar nicht bezüglich des Geltungsgrundes.
- Die normative Geltung kommt im englischen Recht nicht vor.
- Daher ist hier die richtige Norm § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB.

Reed Smith  
The business of relationships.

Dogmatische Schwächen des EuGH



### Mögliche Folgen durch Alemo-Herron

#### Neue Chancen? - Auch konstitutive Bezugnahmeklausel erfasst?

Ebenso klärungsbedürftig ist, ob die Alemo Herron-Rechtsprechung sich über die Gleichstellungsabrede auch auf eine konstitutive Bezugnahmeklauseln von Arbeitgebern übertragen lässt, die – anders als bei Alemo-Herron – schon vor dem Betriebsübergang nicht tarifgebunden waren.

Wenn man die Begründung des EuGH (s. o.) anwendet, an sich ja.

Gestaltungschance, ob unliebsame dynamische Klauseln zu beenden?

### Mögliche Folgen durch Alemo-Herron

#### Ausgangslage: Beteiligte Richter des 4. Senats

BAG, Urteil vom 14. 12. 2005 - 4 AZR 536/04  
Bepler Bott Wolter

Entscheidung BAG vom 18.4.2007 - 4 AZR 652/05  
Bepler Wolter Creutzfeldt

BAG vom 23.09.2009 - 4 AZR 331/08  
Bepler Winter Creutzfeldt

BAG vom 17.11.2010 - 4 AZR 127/09  
Bepler Winter Dr. Treber

Aktuelle Zusammensetzung des 4. Senats des BAG  
Dr. Eylert Creutzfeldt Dr. Treber Dr. Rinck

### Mögliche Folgen durch Alemo-Herron

#### Variante 1: Die große Lösung

Die vollständige Rückkehr des BAG zur "alten" Gleichstellungsabrede (bis 13.12.2005) für alle Fälle eines Endes der Tarifbindung unter Aufgabe seiner Rechtsprechung seit 14.12.2005.

= Die "alte" Gleichstellungsabrede ist tot – es lebe die "alte" Gleichstellungsabrede!

### Mögliche Folgen durch Alemo-Herron

#### Variante 3: Die kleine Lösung

**Folgefrage: Was ist, wenn der Erwerber zu Beginn dem Verband beiträgt, an Verhandlungen teilnimmt und Letzteres später nicht mehr vornehmen kann und/oder aus dem Verband austritt?**

- Endet dann die Dynamik zu diesem Zeitpunkt?
- Oder kommt es nur auf den Zeitraum direkt nach dem Betriebsübergang an?

### Mögliche Folgen durch Alemo-Herron

#### Variante 4: Erneute Vorlage an den EuGH

Das BAG legt einen deutschen Ausgangsfall dem EuGH vor. Da das englische Recht im Tarifrecht Besonderheiten vorsieht, die das deutsche Recht so nicht hat und dafür das englische Recht gerade die normative Wirkung praktisch nicht kennt, könnte das BAG fragen, ob Alemo Herron auch für das deutsche Recht Anwendung findet und ob Alemo Herron individualrechtlich oder kollektivrechtlich gemeint war.

### Mögliche Folgen durch Alemo-Herron

#### Variante 5: Keine Änderung der BAG-Rechtsprechung

Das BAG könnte die Alemo Herron-Entscheidung aufgrund der englischen Tarifbesonderheiten so verstehen, dass gar nicht der Fall einer vertraglichen Gleichstellungsabrede gemäß unserem Verständnis vom EuGH gemeint war. Es könnte sagen, dass nach unserem Verständnis eine "normativ" geltende Tarifklausel gemeint war, also Kollektivrecht. Folge: Kein Fall des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB.

### Mögliche Folgen durch Alemo-Herron

#### Ergebnis:

1. Variante 1 erfordert „zuviel Asche auf das Haupt des BAG“.
2. Variante 2 denkbar, aber Zweiteilung der Klauselwirkung auf 613a-Fälle und andere
3. Variante 3 ist zu kompliziert in den Auswirkungen.
4. Wahrscheinlichste Variante: Vorlage des BAG an den EuGH.
5. Variante 5 sehr fragwürdig.

### Exkurs: Scattolon - § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB

#### Scattolon als Eintagsfliege oder Richtungsentscheidung?

**EuGH:** „Artikel 3 der Richtlinie 77/187/EWG lässt, wenn ein Übergang im Sinne dieser Richtlinie zur sofortigen Anwendung des beim Erwerber geltenden Kollektivvertrags auf die übergegangenen Arbeitnehmer führt und die in diesem Vertrag vorgesehenen Lohn- und Gehaltsbedingungen insbesondere mit dem Dienstalter verknüpft sind, nicht zu, dass diese Arbeitnehmer erhebliche Kürzungen ihres Arbeitsentgelts im Vergleich zu ihrer Lage unmittelbar vor dem Übergang hinnehmen müssen, weil ihr Dienstalter, das sie beim Veräußerer erreicht haben und das dem Dienstalter entspricht, das beim Erwerber beschäftigte Arbeitnehmer erreicht haben, bei der Bestimmung ihres Anfangsgehalts nicht berücksichtigt worden ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob es bei dem Übergang im Ausgangsverfahren zu einer derartigen Kürzung des Arbeitsentgelts gekommen ist.“

EuGH vom 6. 9. 2011 – C-108/10 (Ivana Scattolon/Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca)

### Exkurs: Scattolon - § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB

#### Mögliche Folgen:

Verbot eines ablösenden Tarifvertrags beim Erwerber, wenn dieser den vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer (erheblich) schlechter stellt? Aushebelung von § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB?

Offen und vieles hierzu unklar. Noch keine Aussage des BAG hierzu vorhanden.

(Siehe hierzu bspw. Sittard/Flockhaus, NZA 2013, 652; Willemsen, RdA 2012, 291).

### Fazit

### Fazit

- Die Alemo-Herron-Entscheidung hat dogmatische Schwächen, kommt aber zum richtigen Ergebnis.
- Es wäre besser zu begründen, wenn das BAG wieder zur „alten“ Gleichstellungsabrede vor 2005 zurückkehrte. Dann endete die Dynamik automatisch beim Wegfall der normativen Tarifbindung.
- Aller Voraussicht nach wird das BAG ein Vorausscheidungsverfahren zum EuGH einleiten, wenn jetzt ein solcher Fall zu entscheiden ist.
- Wenn sich Alemo-Herron auch auf eine konstitutive Bezugnahmeklausel übertragen ließe, läge darin eine Gestaltungsvariante.

### Art. 3 RL 2001/23/EG

3. Nach dem Übergang erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren.

Die Mitgliedstaaten können den Zeitraum der Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen begrenzen, allerdings darf dieser nicht weniger als ein Jahr betragen.

### Art. 16 GRChr

Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.

### Art. 16 GRChr

#### § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang

- (1) Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Satz 2 gilt nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Vor Ablauf der Frist nach Satz 2 können die Rechte und Pflichten geändert werden, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nicht mehr gilt oder bei fehlender beiderseitiger Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird.
- (2) Der bisherige Arbeitgeber haftet neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen nach Absatz 1, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, als Gesamtschuldner. Werden solche Verpflichtungen nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig, so haftet der bisherige Arbeitgeber für sie jedoch nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Übergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraums entspricht.
- (3) Absatz 2 gilt nicht, wenn eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft durch Umwandlung erlischt.
- (4) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt.
- (5) Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten über:
- 1 den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs,
  - 2 den Grund für den Übergang,
  - 3 die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und
  - 4 die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.
- (6) Der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.

ReedSmith  
The business of relationships.