



*Rechtsanwälte Dr. Wolfgang Lipinski und Dr. Anne Dziuba – Fachanwälte für Arbeitsrecht,
Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*

„Die Änderungskündigung als Wunderwaffe? Neue Wege für Unternehmen nach den Inbezugnahmeklausel-Urteilen des EuGH/BAG vom 27.04.2017/30.08.2017?“

Vortrag am 22. Februar 2018

Zu Beginn erklärte *Dr. Wolfgang Lipinski*, dass die Referenten sich sehr freuen, über dieses praxisrelevante Thema sprechen zu dürfen. Zudem hatten die Referenten den *Asklepios-Fall* vor dem BAG und dem EuGH vertreten.

Einführend erfolgte ein Überblick der Entwicklung der Rechtsprechung durch *Dr. Dziuba*. Das BAG ging früher davon aus, dass der Betriebsübergang auf einen nichttarifgebundenen Erwerber zu einer Statik der Bezugnahmeklausel führe. Diese Rechtsprechung wurde vom LAG Düsseldorf (9 Sa 817/04) dem EuGH zur Prüfung vorgelegt, mit der Frage, ob die Rechtsprechung zur statischen Weitergeltung mit Unionsrecht vereinbar sei. Der EuGH (C-499/04) befand die Rechtsprechung als unionsrechtskonform. Der Schutz der Betriebsübergangsrichtlinie stehe hier nicht entgegen, diese erzwingt keine dauerhafte Bindung des Erwerbers an zukünftige Entwicklungen von Tarifverträgen. Die neue Rechtsprechung des BAG führte wiederum zu einer dynamischen Anwendung. Die Grenze wurde bei Altfällen gezogen, das heißt bei Fällen vor dem 01.01.2002. Ein Verstoß gegen das *Werhof-Urteil* des EuGHs liege nicht vor. Der Supreme Court Großbritanniens legte dem EuGH anschließend die Frage vor, ob eine dynamische Bezugnahmeklausel nach dem Betriebsübergang dynamisch wirken dürfe und ob damit ein Anspruch auf Tarifierhöhung bestehe. Der EuGH (*Alemo-Herron*, C-426/11) war der Ansicht, dass die Klausel nicht dynamisch wirken dürfe, wenn dem neuen Arbeitgeber die Teilnahme an Tarifverhandlungen verwehrt sei. Der Arbeitgeber dürfe nicht an etwas gebunden werden, was er nicht beeinflussen könne. Die Betriebsübergangsrichtlinie habe auch den Zweck die Interessen des Erwerbers zu berücksichtigen. Daraufhin erfolgte eine Vorlage des 4. Senats des BAG mit der Frage, ob die Aussagen von *Alemo-Herron* auf deutsches Recht übertragbar seien (4 AZR 61/14 (A)).

Schließlich erging das Urteil des EuGHs (*Asklepios*, C-680/15; C-681/15). Der Generalanwalt *Yves Bot* bejahte die Anwendung der *Alemo-Herron-Entscheidung* auf das deutsche Arbeitsrecht. Durch die Betriebsübergangsrichtlinie solle auch der Erwerber geschützt werden. Dynamische Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge, die der Erwerber nicht beeinflussen könne, sollen nur noch statisch weitergelten. Der EuGH folgte den Ausführungen des Generalanwaltes nicht. Er bestätigte insoweit die BAG-Rechtsprechung, die dynamische Anwendung von dynamischen Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang auf den Erwerber bleibe unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Der EuGH betonte, dass der Erwerber seine Interessen wirksam geltend machen können müsse. Das BAG (4 AZR 61/14



und 4 AZR 95/14) hielt an seiner Rechtsprechung fest. Es nahm an, dass der Personalüberleitungsvertrag ein Angebot auf Dynamik sei und keine Gleichstellungsabrede. Der Arbeitnehmer nehme dieses Angebot nach § 151 BGB an, also durch eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung. Der EuGH habe die Dynamik nach Betriebsübergang abgesegnet, sofern nationales Recht einvernehmliche und einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsehe. Nach dem BAG sei dies durch Änderungsvertrag oder Änderungskündigung möglich. Die Voraussetzungen seien aber faktisch sehr hoch, theoretisch seien die Möglichkeiten denkbar, jedoch selten durchführbar. Hier stelle sich daher die Frage, ob der EuGH gemeint habe, dass eine rein theoretische Anpassungsmöglichkeit ausreiche. Diskutiert wurde darüber hinaus in diesem Kontext, ob man die Voraussetzungen der Änderungskündigung anpasse bzw. ob sich deswegen etwas an den Voraussetzungen der Änderungskündigung ändere.

Dies alles führe zu Unklarheiten und zu Rechtsunsicherheit für den Erwerber. Zu klären bleibe, was man als Erwerber nun tun könne. Nach Auffassung von *Dr. Lipinski* habe der EuGH das Problem nicht wirklich gelöst, sondern dem BAG die Aufgabe gegeben den Ausgleich der Interessen auf nationaler Ebene zu finden. Man könne dies als „Hausaufgabe“ für das BAG sehen. Der Referent stellte einige neue Gestaltungsmöglichkeiten für Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der Praxistauglichkeit vor. Zunächst wurden die Anforderungen des BAG an die Änderungskündigung dargestellt. Nach der Sicht des Referenten seien diese mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGHs zu streng, es fehle de facto an einer wirksamen Möglichkeit. Nach der Prognose des Referenten werde hier eher wenig passieren. Der Änderungsvertrag sei für den Erwerber ebenfalls nicht einfach, der Arbeitnehmer würde sich im Regelfall darauf, ohne entsprechende Gegenleistung, nicht einlassen. Intensiv diskutiert werde die analoge/unionsrechtskonforme Auslegung des § 613a BGB, welche zu einem fairen Interessenausgleich führen solle. Der Referent erläuterte einen Beispielfall und arbeitete die Problempunkte heraus. Das BAG verneinte bisher eine Analogie. Die Argumentation sei, dass eine Inbezugnahmeklausel und die Rechte des Arbeitnehmers beim Veräußerer streng zu trennen seien. Der Referent meinte, dass dies unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten nun neu zu diskutieren sei. Ferner brachte der Referent ein praxisnahes Beispiel mit einer dynamischen Inbezugnahmeklausel vor. Für Neueinstellungen bestünde kein Problem. Bei Altarbeitnehmern erklärte der Referent das Problem des „Rosinenpickens“ auf und dessen Lösung. Weiterhin wurden Anreize zum Abschluss eines Änderungsvertrages aufgezeigt. Eine Alternative sei eine „Vereinheitlichungs-Betriebsvereinbarung“. Der Ansatz bestünde darin, eine Betriebsvereinbarungsoffenheit von AGB auszunutzen. Abschließend wurde die Möglichkeit des Abschlusses eines Haustarifvertrages genannt und dessen Möglichkeiten hingewiesen. Spannend sei auch eine „Mischlösung“.

Die darauffolgende Diskussion behandelte unter anderem die Möglichkeit der Anrufung des Großen Senats durch den 4. Senat des BAG. Tiefgehend wurden auch die analoge Anwendung von § 613a BGB und die Vorlagefrage des BAG bei der *Asklepios-Entscheidung* eruiert.

Elisabeth Müller
Wissenschaftliche Mitarbeiterin