



<b>Anmerkung zu:</b>	BAG 4. Senat, EuGH-Vorlage vom 17.06.2015 - 4 AZR 61/14 (A)	<b>Quelle:</b>	
<b>Autor:</b>	Joachim Boigs, RA	<b>Norm:</b>	§ 613a BGB
<b>Erscheinungsdatum:</b>	06.04.2016	<b>Fundstelle:</b>	jurisPR-ArbR 14/2016 Anm. 3
		<b>Herausgeber:</b>	Prof. Franz Josef Düwell, Vors. Ri-BAG a.D. Prof. Klaus Bepler, Vors. RiBAG a.D.
		<b>Zitiervorschlag:</b>	Boigs, jurisPR-ArbR 14/2016 Anm. 3 

### EuGH-Vorlage zur Dynamik von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang

#### Leitsätze

- 1. Der Betriebserwerber ist nach einem Betriebsübergang an die von einem nicht tarifgebundenen Betriebsveräußerer vereinbarte dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag unverändert gebunden. Diese Dynamik entfällt nicht, wenn der Betriebserwerber nicht durch die Mitgliedschaft in einer tarifschließenden Koalition tarifgebunden ist und deshalb auf die künftigen Tarifverhandlungen keinen Einfluss nehmen kann.**
- 2. Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wird die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob diese Auslegung von § 613a Abs. 1 BGB mit Art. 3 RL 2001/23/EG und Art. 16 GRC vereinbar ist.**

#### A. Problemstellung

Es geht um die Problematik der Dynamik von Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang. Die Rechtsprechung des BAG sieht vor, dass eine arbeitsvertragliche Klausel, die Tarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung in Bezug nimmt, nach Betriebsübergang beim Betriebserwerber unverändert (also dynamisch) weiter gilt. Die Klausel bindet auch einen nicht tarifgebundenen Erwerber an die zukünftige Tarifynamik (wie etwa von den Tarifparteien vereinbarte Lohnerhöhungen). Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Alemo-Herron“ (EuGH, Ur. v. 18.07.2013 - C-426/11 - NZA 2013, 835) wird die Problematik und die diesbezügliche Rechtsprechung des BAG erneut diskutiert.

Das BAG möchte an seiner Rechtsprechung festhalten und hat deshalb im vorliegenden Verfahren den EuGH um eine Vorabentscheidung ersucht. Das BAG hat dazu einen Fall vorgelegt, der im Sachverhalt von den üblicherweise diskutierten Fällen (Betriebsübergang von einem tarifgebundenen Veräußerer auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber) abweicht: Der den Betrieb veräußernde Arbeitgeber war nicht an einschlägige Tarifverträge gebunden und hatte einen Tarifvertrag dynamisch in Bezug genommen, der nach seinen eigenen Geltungsbereichsbestimmungen kollektivrechtlich normativ weder für ihn, den Veräußerer, noch für den Erwerber gelten konnte; er hatte auf einen branchenfernen Tarifvertrag verwiesen.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger war von mehreren Betriebs(teil)übergängen betroffen. Er arbeitete in einem Krankenhaus als Hausarbeiter. Dieses Krankenhaus wurde von einer kommunalen Gebietskörperschaft (dem Kreis O) betrieben und im Jahre 1995 auf eine privatrechtlich organisierte GmbH übertragen. 1997 übertrug diese GmbH den Betriebsteil, in dem der Kläger beschäftigt war, auf das Unternehmen K.-GmbH. Die K.-GmbH war nicht Mitglied in einem Arbeitgeberverband. Sie vereinbarte mit

dem Kläger vertraglich, dass sich das Arbeitsverhältnis (wie ursprünglich) nach dem für den öffentlichen Dienst geschlossenen Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G II) und den diesen ergänzenden, ändernden und ersetzenden Tarifverträgen richten sollte. Zum 01.07.2008 ging der Betriebsteil des Klägers von der K.-GmbH auf die ebenfalls nicht tarifgebundene A.-GmbH – die Beklagte – über.

Der Kläger begehrt die gerichtliche Feststellung, dass auf sein Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), der seit Oktober 2005 den BMT-G II ersetzt hat, und die diesen ergänzenden Tarifverträge in ihren jeweils gültigen Fassungen, d.h. dynamisch Anwendung finden. Die Beklagte geht dagegen von einer statischen Weitergeltung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifbestimmungen aus; nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Alemo-Herron“ ständen einer dynamischen Anwendung die Richtlinie 2001/23/EG sowie Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EUGrDRCh) entgegen. Wie die Vorinstanzen möchte auch das BAG der Klage stattgeben.

Die Auffassung des BAG zur Auslegung des nationalen Rechts gemäß § 613a Abs. 1 BGB ist klar: Danach gehen bei einem Betriebsübergang – alle – individualvertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Veräußerer des Betriebs in unveränderter Form auf das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Erwerber des Betriebs über, so als hätte dieser sie selbst mit dem Arbeitnehmer einzelvertraglich vereinbart. Dazu gehören auch Regelungen eines individualvertraglich dynamisch in Bezug genommenen Tarifvertrags; sie sind Teil der Rechte und Pflichten des Arbeitsvertrags, die nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Erwerber übergehen. So gesehen ist es für das BAG unerheblich, ob der in Bezug genommene Tarifvertrag nach seinen eigenen Geltungsbereichsbestimmungen für den Veräußerer oder für den Erwerber kollektivrechtlich normativ gelten kann oder nicht. Nach Auffassung des BAG wäre dann der TVöD im Sinne des Klägers dynamisch anzuwenden.

Allerdings – so das BAG – erscheint nicht hinreichend geklärt, ob seine Auslegung des § 613a Abs. 1 BGB insbesondere unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Alemo-Herron“ im Einklang mit Art. 3 RL 2001/23/EG stehe. Der EuGH hat in dieser Entscheidung angenommen, dass Bezugnahme Klauseln, die dynamisch auf nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs verhandelte und abgeschlossene Tarifverträge verwiesen, von Art. 3 RL 2001/23/EG nicht gedeckt seien und den Betriebserwerber in seiner in Art. 16 EUGrDRCh gewährleisteten unternehmerischen Freiheit, die insbesondere die Vertragsfreiheit umfasse, verletzt, wenn dieser nicht die Möglichkeit habe, auf die Gestaltung dieser nach dem Betriebsübergang abgeschlossenen Tarifverträge Einfluss zu nehmen, insbesondere (z.B. durch Eintritt in den zuständigen Arbeitgeberverband) an deren Verhandlungen teilzunehmen.

Auch im vorliegenden Fall kann die Beklagte auf die Gestaltung des TVöD – als einen für sie branchenfernen Tarifvertrag – keinen Einfluss nehmen. Aufgrund dessen hat das BAG dem EuGH die Frage, ob seine Auslegung des § 613a Abs. 1 BGB mit dem Unionsrecht, das heißt Art. 3 RL 2001/23/EG und Art. 16 EUGrDRCh, vereinbar sei, zur Vorabentscheidung vorgelegt.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Der Vorlagebeschluss des BAG ist in folgendem Zusammenhang zu sehen:

I. Nach Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG gehen die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten des Betriebsveräußerers aufgrund des Betriebsübergangs auf den Erwerber über. Nach Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG wird der Erwerber verpflichtet, die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrages bzw. dessen Ablösung durch einen neuen Kollektivvertrag in dem Maße aufrechtzuerhalten, wie sie für den Veräußerer galten. § 613a BGB setzt Art. 3 RL 2001/23/EG in nationales Recht um. Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG verhält sich zu einzelvertraglich begründeten Rechten und Pflichten; dem entspricht § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB. Dagegen bezieht sich Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG auf Regelungen, die aufgrund eines Kollektivvertrags normativ für das Arbeitsverhältnis gelten; dem entspricht § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB.

II. Für das BAG ist die Differenzierung zwischen den Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2001/23/EG von grundlegender Bedeutung.

1. Danach setzt die Anwendung des Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG und des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB voraus, dass der Betriebsveräußerer und die übergehenden Arbeitnehmer an die für sie einschlägig

geltenden Tarifverträge kongruent gebunden sind. Im klassischen Anwendungsfall geht ein Betrieb von einem einschlägig tarifgebundenen Veräußerer auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber über mit der Folge, dass die tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen mit ihrem Inhalt zum Stichtag des Betriebsübergangs beim Erwerber statisch weiter gelten.

2. An dieser statischen Weitergeltung änderte sich in einem solchen Falle nach der früheren Rechtsprechung des BAG auch dann nichts, wenn die Arbeitsverträge der übergehenden Arbeitnehmer zusätzlich dynamische Bezugnahmeklauseln auf diese einschlägigen Tarifverträge enthielten. Das BAG legte die – individualrechtlich vereinbarten und demgemäß unter Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG und § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB fallenden – Bezugnahmeklauseln als so genannte Gleichstellungsabreden aus, mit denen der tarifgebundene Arbeitgeber lediglich den Zweck verfolgte, tarifgebundene und nicht tarifgebundene Arbeitnehmer gleichzustellen (ausführlich dazu BAG, Urt. v. 14.12.2005 - 4 AZR 536/04 - NZA 2006, 607 Rn. 13). Auch der EuGH hat hierzu festgestellt, dass eine Klausel, die auf einen Tarifvertrag verweist, keine weitergehende Bedeutung haben könne als dieser Tarifvertrag selbst. Das entspreche auch dem Ziel der EG-Richtlinie, die lediglich die Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen bezwecke, wie sie am Tag des Betriebsübergangs bestanden hätten (EuGH, Urt. v. 09.03.2006 - C-499/04 - NZA 2006, 376 „Werhof“).

3. Dagegen bewertet die neuere Rechtsprechung des BAG die entsprechenden Bezugnahmeklauseln, soweit sie nach dem 31.12.2001 vereinbart und nicht ausdrücklich als Gleichstellungsabrede formuliert worden sind, als unbedingte zeitdynamische Verweisungen, in die der Betriebserwerber gemäß Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG und § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB – uneingeschränkt – individualrechtlich eintritt (BAG, Urt. v. 18.04.2007 - 4 AZR 652/05 - NZA 2007, 965 Rn. 26 ff.; BAG, Urt. v. 18.11.2009 - 4 AZR 514/08 - NZA 2010, 170). Der Erwerber bleibt an die Tarifydynamik gebunden.

4. Vom Ergebnis her betrachtet, besteht nach dieser neueren Rechtsprechung damit kein Unterschied zu den Fällen, in denen ein nicht tarifgebundener Veräußerer ganz bewusst einen branchenfernen Tarifvertrag einzelvertraglich dynamisch in Bezug nimmt, der schon bei Vertragsschluss für tarifgebundene Arbeitnehmer nicht normativ gelten kann. In diesen Fällen gab (und gibt) es keinen kollektivrechtlichen Ansatz und – so das BAG in ständiger Rechtsprechung – für die Annahme einer Gleichstellungsabrede keine Grundlage (BAG, Urt. v. 25.10.2000 - 4 AZR 506/99 - NZA 2002, 100; BAG, Urt. v. 14.12.2005 - 4 AZR 536/04 - NZA 2006, 607; BAG, Urt. v. 22.10.2008 - 4 AZR 793/07 - NZA 2009, 323). Der Erwerber bleibt nach Betriebsübergang gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB an die Tarifydynamik gebunden. In diese Fallgruppe fällt das vorliegende Verfahren. Der Veräußerer hatte auf einen Tarifvertrag dynamisch verwiesen, der nach seinen eigenen Geltungsbereichsbestimmungen kollektivrechtlich gar nicht gelten konnte.

III. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Alemo-Herron“ hat nun dazu geführt, dass die Rechtsprechung des BAG erneut infrage gestellt wird. In Teilen der Literatur wird das Urteil unter dem Stichwort „Ende dynamischer Bezugnahmen nach Betriebsübergang“ dahingehend interpretiert, dass eine Anpassung der Rechtsprechung des BAG notwendig sein werde (Haußmann, DB 2015, 1605; Latzel, RdA 2014, 110; Willemsen/Grau, NJW 2014, 12; Lobinger, NZA 2013, 945; Schiefer/Hartmann, BB 2013, 2613).

1. In der Rechtssache „Alemo-Herron“ übertrug eine öffentlich-rechtliche Institution, einer der Bezirksräte Londons, eine Abteilung und die dort beschäftigten Arbeitnehmer auf ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen. Zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs galten in der Abteilung von einem Tarifverhandlungsorgan für den öffentlichen Sektor ausgehandelte Tarifverträge. Entsprechend dem englischen Recht, welches keine normative Wirkung von Tarifverträgen kennt (vgl. Sutchet, RdA 2013, 28), wurden diese Tarifverträge in den Arbeitsverträgen der betroffenen Arbeitnehmer – dynamisch – in Bezug genommen, um sie wirksam werden zu lassen. Nach dem Betriebsübergang vereinbarte das für den öffentlichen Sektor zuständige Verhandlungsorgan, in dem private Arbeitgeber nicht vertreten sein können, tarifliche Lohnerhöhungen. Der Betriebserwerber weigerte sich trotz der dynamischen Bezugnahmeklausel in den Arbeitsverträgen, den geänderten Tariflohn zu zahlen.

2. Der EuGH hat schließlich angenommen, dass eine entsprechende dynamische Bezugnahmeklausel von Art. 3 RL 2001/23/EG (ohne näher auf Abs. 1 oder 3 einzugehen) nicht gedeckt sei. In seiner Begründung stellt der EuGH das Erwerberinteresse in den Mittelpunkt. Der Betriebserwerber werde durch eine solche Bezugnahmeklausel in seiner in Art. 16 EUGrdRCh gewährleisteten unternehmerischen Freiheit, die insbesondere die Vertragsfreiheit umfasse, verletzt, wenn er nicht die Möglichkeit habe, zur Wahrung seiner Interessen an den Verhandlungen über nach dem Betriebsübergang neu abgeschlossene Tarifverträge teilzunehmen.

IV. Diese Argumentation lässt zumindest den Schluss zu, dass der EuGH eine dauerhafte dynamische Bindung von nicht tarifgebundenen Betriebserwerbern an die beim Betriebsveräußerer geltenden Tarifverträge ablehnt.

1. Dies wäre der Fall, wenn der Erwerber keine Möglichkeit hätte, dem als Tarifvertragspartei zuständigen Arbeitgeberverband beizutreten, um auf Tarifverhandlungen Einfluss nehmen zu können – wie z.B. dann, wenn mit dem Betriebsübergang kollektivrechtlich ein Branchenwechsel oder ein Wechsel vom öffentlich-rechtlichen in den privatrechtlichen Sektor verbunden wäre, aber wohl auch dann (wie im vorliegenden Fall), wenn der Veräußerer von Anfang an einen branchenfernen Tarifvertrag individualrechtlich in Bezug genommen hat.

2. Dagegen wäre eine dynamische Bindung wirksam, wenn ein nicht tarifgebundener Erwerber wegen Branchenzugehörigkeit dem Arbeitgeberverband beitreten könnte – vergleichbar dem bereits einschlägig tarifgebundenen Erwerber, der Mitglied des Arbeitgeberverbandes und an die Tarifverträge kollektivrechtlich dynamisch gebunden ist.

3. Die Möglichkeit des nicht tarifgebundenen Erwerbers, dem einschlägigen Tarifträgerverband beizutreten, wäre das entscheidende Differenzierungskriterium. Dies ist nicht ganz unproblematisch, denn es wirft die Frage auf, ob der hier möglicherweise entstehende (milde) Druck zum Beitritt (um die eigenen Interessen tatsächlich wahrnehmen zu können) mit der negativen Koalitionsfreiheit in Einklang gebracht werden kann (Lobinger, NZA 2013, 945).

4. Nimmt man zusätzlich den Veräußerer mit in den Blick, so ist zwischen dem klassischen Fall, nämlich einem einschlägig tarifgebundenen Veräußerer, der seinen Tarifvertrag aus Gleichstellungsgründen zusätzlich in Bezug nimmt, und (wie im vorliegenden Fall) einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber, der einen branchenfernen Tarifvertrag in Bezug nimmt, zu unterscheiden.

a) Die Gleichstellungsfälle haben mit der einschlägigen Tarifbindung des Veräußerers ihren Ursprung im Kollektivrecht (Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG). Dies spräche jedenfalls beim Branchenwechsel – nun mit dem EuGH – für die frühere und gegen die derzeitige Rechtsprechung des BAG verbunden mit dem Vorteil, dass die auf der kollektivrechtlichen Ebene zugunsten des Erwerbers gesetzlich anerkannten Ablösungs- und Harmonisierungsmöglichkeiten (vgl. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB/Art. 3 Abs. 3 HS. 2 RL 2001/23/EG) nicht durch das Individualrecht überlagert und gegebenenfalls vereitelt würden (Willemsen/Grau, NJW 2014, 12).

b) Im zweiten Fall dagegen hat schon der Veräußerer nicht die Möglichkeit, die Gestaltung der in Bezug genommenen Tarifverträge zu beeinflussen. Der Fall bewegt sich von Anfang an im Individualrecht. Dies spräche dafür, diese Fallgestaltung (weiterhin) nach der – bereits ständigen – Rechtsprechung des BAG zu lösen; allerdings müsste dann der EuGH zumindest in diesem Falle dem individualrechtlichen Ansatz des BAG folgen und eine dynamische Bindung des Erwerbers zulassen.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Es ist zu hoffen, dass die EuGH-Vorlage des BAG endgültige Klarheit bringen wird. Bis dahin allerdings lassen sich die in Rede stehenden Fragen nicht rechtssicher beantworten. Deshalb empfiehlt es sich weiter, arbeitsvertraglich Vorsorge zu treffen und gewollte Einschränkungen einer dynamischen Bezugnahme Klausel ausdrücklich in den Vertragstext aufzunehmen.