



Betriebsübergang – Ende der dynamischen Bezugnahme Klausel?

von Rechtsanwalt Othmar K. Traber, Fachanwalt für Arbeitsrecht*

Einleitung

Der EuGH hat am 18.07.2013 in der Rechtssache C-426/11 (Alemo-Herron u. a.) ein beachtenswertes Vorabentscheidungsersuchen durch Urteil entschieden, das möglicherweise die deutsche Rechtsprechung des BAG zur Frage der Fortgeltung von (vertraglich vereinbarten) dynamischen Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge, die beim Veräußerer galten, im Rahmen eines Betriebsübergangs zumindest teilweise ändern könnte.

Worum geht es?

Im Ausgangsverfahren ist die Abteilung für Freizeit eines Bezirks in London auf ein Privatunternehmen übertragen worden. Dieses Unternehmen übertrug seinerseits diesen Geschäftsbereich auf den verfahrensbeteiligten Betriebserberwerber. Als diese Abteilung noch direkt dem Bezirksrat Lewisham von London unterstand, galten für die Verträge mit den Arbeitnehmern die Arbeitsbedingungen, die im Rahmen eines Tarifverhandlungsorgans auf der lokalen öffentlichen Ebene ausgehandelt wurden. Diese Arbeitsverträge sahen eine Klausel vor, die man - nach der deutschen Terminologie, ohne dass jedoch eine normative Gleichsetzung hiermit verbunden wäre - als dynamische Bezugnahme Klausel bezeichnen könnte. Diese sah nämlich vor, dass sich für das Arbeitsverhältnis die Arbeitsbedingungen nach den von diesem Tarifverhandlungsorgan ausgehandelten Tarifverträgen jeweils richten sollten. Dies bedeutete in der Praxis, dass nachfolgende Lohnsteigerungen, die im Rahmen dieses Tarifverhandlungsorgans ausgehandelt wurden, auch in der Zukunft Anwendung finden sollten. Zur Erläuterung ist darauf hinzuweisen, dass das englische Arbeitsrecht kein Tarifvertragsgesetz wie in Deutschland kennt, sondern kollektivrechtliche Regelungen (die etwa mit unseren Tarifverträgen vergleichbar wären) dort immer aufgrund einzelvertraglicher Inbezugnahme, allerdings auch durch schlüssiges Verhalten oder sogar durch Vertragsauslegung nach Sinn und Zweck des Arbeitsvertrags zu Gunsten der Arbeitnehmer einbezogen sein können. Die Tarifverträge, sollte man sie so bezeichnen, gelten aber

nicht bereits kraft Gesetzes normativ für die den Tarifvertragsparteien angeschlossenen Mitglieder (Arbeitgeber durch den Arbeitgeberverband, Arbeitnehmer durch Mitgliedschaft in der vertragsschließenden Gewerkschaft).

Der Betriebserberwerber beteiligte sich nicht an dem örtlichen Tarifverhandlungsorgan und konnte dies nach englischem Recht auch nicht, da es sich um ein privates Unternehmen handelte, das nicht zur öffentlichen Verwaltung gehörte.

Nach dem Betriebsübergang wurden dann durch dieses Tarifverhandlungsorgan rückwirkend für den Zeitpunkt des Betriebsübergangs Regelungen beschlossen, die zu einer Lohnerhöhung führten. Der Betriebserberwerber vertrat die Auffassung, dass er hieran nicht gebunden sei, da er nicht Mitglied des Tarifverhandlungsorgans sei. Die hiergegen gerichteten Klagen von Arbeitnehmern, unter anderem von Herrn Alemo-Herron, wurden in I. Instanz abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger verurteilte das Berufungsgericht die Betriebserberwerberin zur Zahlung. Hiergegen legte wiederum die Betriebserberwerberin ein Rechtsmittel ein und erhielt in der III. Instanz Recht. Dagegen wehrten sich nunmehr die Arbeitnehmer und legten gegen dieses Urteil beim Supreme Court of the United Kingdom ein Rechtsmittel ein. Der Supreme Court seinerseits beschloss, dem EuGH die Sache vorzulegen und stellte im Wesentlichen die Frage, ob es die Richtlinie 2001/23, hier namentlich Art. 3, den Mitgliedsstaaten verwehre, Regelungen vorzusehen, wonach im Falle eines Übergangs Klauseln, die dynamisch auf nach den Zeitpunkt des Übergangs verhandelte und geschlossene Kollektivverträge verweisen, auch für den Betriebserberwerber Geltung erlangen.

Diese Frage ist für Betriebserberwerber eine äußerst wichtige. Denn auch in Deutschland ist der Regelfall der, dass Arbeitsverträge bei tarifgebundenen Arbeitgebern Verweisungsklauseln auf die dort geltenden Tarifverträge enthalten, so dass auch die tarifungebundenen Arbeitnehmer, also diejenigen, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind, ebenfalls in den Genuss dieser Tarifverträge kommen. Dazu sind in der Regel diese Verweisungs-



klauseln so ausgestaltet, dass sie schlicht bestimmen, dass der bestimmte Tarifvertrag in der jeweils gültigen Fassung gelten soll, so dass diese Mitarbeiter auch zukünftige Tarifsteigerungen wie die tarifgebundenen Kollegen erhalten. Wenn nun ein solches Unternehmen im Wege des Betriebsübergangs auf einen Dritten übergeht, hat dies zur Folge, dass er auch alle Arbeitsverhältnisse übernimmt und zwar in dem Stadium und Zustand, in dem sie sich zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs befanden. Bei der Frage, wie solche Klauseln, die für den Betriebserwerber ja durchaus eine gehörige Sprengkraft entwickeln können, nämlich nur schwer kalkulierbare zukünftige Kostensteigerungen bei den Gehältern beinhalten, ist lange Zeit streitig gewesen, ob solche Klauseln nun statisch oder dynamisch gelten sollen. Nachdem das BAG zunächst die Auffassung vertrat, dass solche Klauseln nur als Gleichstellungsabrede zu verstehen sein sollten (also nur eine Gleichbehandlung der tarifgebundenen Arbeitnehmer mit den tarifgebundenen Arbeitnehmern herstellen sollten) ist der vierte Senat des BAG in einer wichtigen Entscheidung im Jahr 2005 hiervon abgerückt und hat entschieden, dass zumindest für Arbeitsverträge nach 2002 solche Klauseln dynamisch zu verstehen seien. Nach einer ersten Entscheidung des EuGH in Sachen Werhoff, der noch über den umgekehrten Fall zu urteilen hatte (ob also entgegen der alten Rechtsprechung, die eine statische Verweisung annahm, die ursprüngliche Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG die Mitgliedsstaaten verpflichtete, die Verweisklausel dynamisch anzuwenden, was der EuGH jedoch ablehnte), hat der EuGH nunmehr die Möglichkeit gehabt, den nach wie vor aktuellen und interessanten Fall zu entscheiden, wie also mit solchen dynamischen Klauseln bei Betriebsübergängen zu verfahren ist.

Wie entschied der EuGH?

Der EuGH beantwortete die ihm gestellten Vorlagefragen im Sinne der Arbeitgeberin. Der EuGH bezog sich dabei auch auf das Werhoff-Urteil zu Art. 3 der Richtlinie 77/187/EWG, weil der Wortlaut dieser Richtlinie identisch mit den Regelungen der aktuellen Richtlinie 2001/23 sei, namentlich Art. 3 und Art. 8 der Richtlinien, die hier maßgeblich sind.

Der EuGH stellte fest, dass die Betriebsübergangsrichtlinie nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen bei einem Unternehmensübergang diene, sondern sie auch einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer einerseits und denen des Erwerbers andererseits gewährleisten solle. In dem Werhoff-Urteil stellte der EuGH klar, dass der Erwerber in der Lage sein muss, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Hiervon ausgehend und nunmehr unter Bezugnahme auf Art. 16 der Grundrechtecharta der EU vertrat der EuGH die Auffassung,

dass eine Klausel, die dynamisch auf nach dem Übergang des betreffenden Unternehmens verhandelte und abgeschlossene Kollektivverträge verweise, dieses Recht des Erwerbers auf Anpassungsmaßnahmen erheblich einschränke und daher den gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Erwerbers als Arbeitgeber und denen der Arbeitnehmer beeinträchtigen könne. Das Grundrecht aus Art. 16 der Charta umfasse insbesondere die Vertragsfreiheit. Daher müsse Art. 3 der Richtlinie 2001/23 dergestalt ausgelegt werden, dass es dem Erwerber möglich sein muss, seine Interessen wirksam geltend zu machen und die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit aushandeln zu können. Wenn es jedoch einem Erwerber verwehrt ist, in dem betreffenden Tarifverhandlungsorgan mitzuwirken, sei unter diesen Umständen die Vertragsfreiheit des Erwerbers so erheblich reduziert, dass er wegen Einschränkung des Wesensgehalts seines Grundrechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigt sei. Art. 3 der Richtlinie 2001/23 i. V. m. Art. 8 der Richtlinie könne aber nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Mitgliedsstaaten ermächtigt seien, zu Gunsten der Arbeitnehmer die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers zu beeinträchtigen.

Daher entschied der EuGH in dieser Sache, dass Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 dahingehend ausgelegt werden muss, dass er einem Mitgliedsstaat verwehrt vorzusehen, dass im Falle eines Unternehmensübergangs Klauseln, die dynamisch auf nach den Zeitpunkt des Übergangs verhandelte und abgeschlossene Kollektivverträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sind, wenn dieser nicht die Möglichkeit hat, an den Verhandlungen über diese nach dem Übergang abgeschlossenen Kollektivverträge teilzunehmen.

Da sich in der vorliegenden Fallgestaltung der Betriebserwerber in dem Tarifverhandlungsorgan nicht beteiligen konnte, ist also der Arbeitgeber in der für ihn günstigen Position, dass er die künftigen Entgeltsteigerungen nicht an seine Arbeitnehmer durchreichen muss, sondern seinerseits frei hierüber entscheiden kann.

Was bedeutet dies?

Auf den ersten Blick scheint es so zu sein, dass mit diesem Urteil des EuGH die Rechtsprechung des BAG, das diese im Jahr 2009 noch einmal ausdrücklich bestätigte (Urteil vom 23.09.2009, 4 AZR 331/08) und insbesondere auch im Blick auf die Werhoff-Entscheidung weder für verfassungs- noch gemeinschaftsrechtlich bedenklich hielt, erledigt sei.

Gilt also: Luxemburg locuta causa finita?



Leider sind hieran erhebliche Zweifel anzumelden. Dabei sind insbesondere zwei Einschränkungen zu beachten:

Zunächst ist der Tenor der Entscheidung des EuGH genau zu lesen. Denn der EuGH hat nur für den Fall eine nicht gerechtfertigte Beschränkung des Grundrechts auf unternehmerische Freiheit angesehen und eine ungegerechtfertigte Beeinträchtigung des Wesensgehalt dieses Grundrechts angenommen, wenn es dem Betriebserwerber nicht möglich ist, an Tarifverhandlungen teilzunehmen und hierüber die Arbeitsbedingungen selbst - zumindest theoretisch - beeinflussen zu können. Wie üblich führt der EuGH dies nicht weiter aus, da er sich immer nur mit den konkreten Vorlagefragen beschäftigt und diese auch punktuell beantwortet. Dies macht EuGH-Entscheidungen für die Rechtsunterworfenen immer sehr schwierig, da häufig unklar ist, wie sich eine Entscheidung des EuGH konkret auf die jeweilige nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung auswirkt. Es dürfte daher fraglich sein, ob sich jeder Betriebserwerber ohne Weiteres hierauf berufen kann und ob nicht ohnehin diese Entscheidung auf die Fallgestaltungen eingeschränkt werden muss, in denen entweder der Arbeitgeber nachweisen kann, dass eine Gewerkschaft mit ihm nicht verhandeln will (und dies ernstlich ablehnt) oder es sich um Haustarifverträge mit dem Betriebsveräußerer handelt, bei denen der Betriebserwerber aus der Natur der Sache nicht an den Verhandlungen teilnehmen kann, da er nie Tarifvertragspartei des Haustarifvertrags werden kann. Aber auch hier dürfte bereits umstritten sein, ob die Einschränkung des EuGH so verstanden werden kann.

Ein zweiter Gesichtspunkt ist aber ebenfalls im Blick zu behalten. Man muss sich klar machen, dass der EuGH sein Urteil zu einem Sachverhalt fällt, für den englisches Recht galt. Wie bereits erwähnt, unterscheidet sich aber das englische Tarifrecht von dem deutschen. Ein Tarifvertragsgesetz, über das Tarifverträge bereits normativ (also wie Gesetze) für die jeweils tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten würde, gibt es dort nicht. Dies ist aber im Verhältnis zu Deutschland ein wesentlicher Unterschied. Dabei ist auch zu beachten, dass Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG verschiedene Absätze enthält und daher möglicherweise das Urteil hier nicht genau differenziert. Denn Art. 3 Abs. 1 sagt (entsprechend § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB), dass die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis aufgrund des Betriebsübergangs auf den Erwerber übergehen. Hier ist also der Übergang der vertraglichen Regelungen angesprochen. Art. 3 Abs. 3 wiederum regelt, dass der Erwerber verpflichtet ist, nach dem Übergang die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf desselben oder bis zum Inkrafttreten oder zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags mindestens ein Jahr aufrecht zu erhalten (dies entspricht also den Regelungen des § 613a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB). Es stellt

sich daher die Frage, ob die Entscheidung des EuGH, der grundsätzlich Art. 3 insgesamt im Lichte von Art. 16 der Grundrechtecharta und seiner Wesensgehaltstheorie restriktiv auslegen möchte, gleichermaßen auf Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 der Richtlinie anzuwenden ist oder nicht nur etwa auf Abs. 3, also die Regelung über die kollektivrechtlichen Regelungen, für die die Richtlinie eine Veränderungssperre (verkürzt gesagt) von einem Jahr vorsieht. Auf den ersten Blick handelt es sich zwar bei dem entschiedenen Fall um den Fall, dass einzelvertraglich eine kollektive Regelung dynamisch in Bezug genommen wurde (also sozusagen die deutsche dynamische Bezugnahme Klausel). Wenn man sich aber systematisch vor Augen hält, dass es in Großbritannien eben kein Tarifvertragsgesetz gibt, handelt es sich also um die einzelvertragliche Einbeziehung dieser kollektivrechtlichen Normen ohnehin um die einzige Möglichkeit, diesen zur rechtlichen Geltung zu verhelfen, wobei im englischen Recht dann wiederum diese Rechtsfolge äußerst arbeitnehmerfreundlich und weit ausgedehnt wird. Es wird daher in der Rechtswissenschaft bereits die These vertreten, dass sich die Entscheidung des EuGH also nur auf die Frage der kollektivrechtlichen Geltung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie belief, nicht aber die Frage des Übergangs einzelvertraglicher Regelungen im Sinne von Art. 3 Nr. 1 der Richtlinie behandelt.

Kurzum: Bei dynamischen Bezugnahme Klauseln handelt es sich um vertragliche Ansprüche des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber als Gesteller des Arbeitsvertrags freiwillig und zu Gunsten des Arbeitnehmers mit diesem vereinbart. Zwar verweist diese Regelung auf kollektivrechtliche Normen, die Regelung an sich ist aber eine einzelvertragliche Regelung, die also im Falle des Betriebsübergangs wie alle anderen einzelvertraglichen Regelungen des Arbeitsvertrags auf den Erwerber übergeht. Da der Betriebserwerber dies auch weiß oder zumindest wissen könnte, ist es seine freie Entscheidung, ob er diesen Betrieb, in dem solche Regelungen vorgesehen sind, nun übernehmen möchte oder nicht. Es ist daher die freie unternehmerische Entscheidung des Betriebserwerbers, ob er das Risiko bereit ist zu tragen oder nicht. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschließen, dass das BAG an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten wird und diese Entscheidung auf das deutsche Recht gewendet für unmaßgeblich erachtet, weil die unternehmerische Freiheit nicht über Gebühr eingeschränkt wird.

Es ist jedoch zu erwarten, dass ein solcher Fall, sollte er vor dem BAG landen, zumindest von diesem dem EuGH ebenfalls im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens vorgelegt wird. Aber selbst dies ist in Kenntnis der Zurückhaltung des BAG bei Vorlagen an den EuGH – gerne auch viel zu weitgehend unter Berufung auf die *acte-clair*-Doktrin – noch nicht einmal sicher vorherzusehen.



Was bleibt als Fazit?

So gut die Entscheidung auf den ersten Blick auch aussieht, sie stellt sich möglicherweise als Mogelpackung für den deutschen Rechtsanwender dar. Ob damit nämlich tatsächlich das teilweise Ende der Rechtsprechung des BAG zu dynamischen Bezugnahmeklauseln besiegelt ist, ist äußerst fraglich und dürfte noch heiß umstritten sein.

Aber diese Entscheidung gibt Anlass sich eines wichtigen Themas beim Unternehmenskauf noch einmal gewärtig zu werden. Die Bedeutung einer ordnungsgemäßen und sorgfältigen Due Diligence ist nicht hoch genug einzuschätzen. Bereits im Vorfeld einer Betriebsübernahme muss daher unbedingt geklärt werden, welche arbeitsvertraglichen Regelungen im zu übernehmenden Betrieb gelten und wie die Arbeitsverträge ausgestaltet sind. Denn es gibt durchaus nach der Rechtsprechung des BAG AGB-rechtlich sichere Möglichkeiten, um die für den Erwerber sehr nachteiligen dynamischen Wirkungen von Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge einzuschränken und auszuschließen.

In der Praxis stellt man jedoch immer wieder fest, dass gerade diese tarifvertraglichen Verweisungsklauseln nachlässig bis schlampig konstruiert werden mit der Folge, dass der Betriebserwerber dann auf den zukünftigen dynamischen Änderungen, insbesondere der Tarifentgelte, festhängt. Ein probates Mittel, hiervon zumindest nach Ablauf der Sperrfrist von einem Jahr herunterzukommen, gibt es nach wie vor nicht. Der Ausspruch von Änderungskündigungen zur Angleichung der Arbeitsvertragsbedingungen ist nur in Ausnahmefällen und unter sehr schwierigen Bedingungen überhaupt denkbar. Einvernehmliche Vertragsänderungen werden in der Regel die Arbeitnehmer nicht mitmachen, so dass allenfalls der Abschluss von neuen Haustarifverträgen oder die Mitgliedschaft in entsprechend einschlägigen Arbeitgeberverbänden möglicherweise der letzte Ausweg sind, oft aber nicht die gewünschten Verbesserungen mit sich bringen.

Man kann daher nur empfehlen, sich dieses Themas im Betrieb anzunehmen und diesen schwerwiegenden Fehler bei der Vertragsgestaltung zu vermeiden, wenn man sich nicht auf die vage Hoffnung verlassen möchte, dass sich möglicherweise die Rechtsprechung des BAG im Lichte dieser Entscheidung des EuGH noch einmal ändern oder das BAG hierzu von diesem angehalten wird.

Hinweis

Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information

und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Diesen und weitere Jusletter finden Sie auf unserer Website www.ahlers-vogel.de.

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Schaarsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Leer
Königstraße 32 _ 26789 Leer (Ostfriesland)
Telefon +49 (0491) 45 45 229-0
Telefax +49 (0491) 45 45 229-99
E-Mail leer@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de

* **Othmar K. Traber** studierte Rechtswissenschaften an der Universität Bonn und ist seit 2004 als Rechtsanwalt zugelassen. Vor seinem Eintritt in unsere arbeitsrechtliche Praxisgruppe leitete er fünf Jahre als Syndikus die Rechtsabteilung eines Arbeitgeberverbands in Berlin und war mit der Vertretung mittelständischer Bauunternehmen befasst. Herr Traber berät Unternehmen in allen arbeitsrechtlichen Fragen, wobei das Betriebsverfassungsrecht einen Schwerpunkt in der Beratung und Tätigkeit als Referent und Einigungsstellenbeisitzer bildet. Er begleitet Unternehmensumstrukturierungen sowie Verhandlungen über Interessenausgleiche und Sozialpläne. Daneben berät Herr Traber häufig Geschäftsführer und leitende Angestellte. Sein besonderes Interesse gilt grenzüberschreitenden und europarechtlichen Fragestellungen sowie der Compliance in Unternehmen. Herr Traber kann in der gerichtlichen Vertretung auf eine große Erfahrung, die auch Verhandlungen vor obersten Bundesgerichten einschließt, verweisen. Zu seiner spezialisierten Tätigkeit als Arbeitsrechtsberater gesellt sich die Bearbeitung staatshaftungsrechtlicher Rechtsfragen und -prozesse für Gebietskörperschaften der Region Bremen-Oldenburg.