

Fortgeltung und Änderung von Tarif- und Arbeitsbedingungen bei der Umstrukturierung von Unternehmen*

Von Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg

A. Einleitung

Die Fortgeltung und Änderung von Tarif- und Arbeitsbedingungen bei der Umstrukturierung von Unternehmen bleibt ein arbeitsrechtlicher Dauerbrenner. Bei der *unternehmensinternen* Umstrukturierung, etwa durch eine Änderung des Betriebszwecks oder die räumliche Verlagerung einzelner Betriebe, bleibt der Arbeitgeber erhalten, so dass sich arbeitsvertraglich grundsätzlich nichts ändert. Allenfalls kann man tarifrechtlich über eine Fortgeltung der bisher passenden Tarifverträge, zum Beispiel analog § 4 V TVG, nachdenken¹. Arbeitsrechtlich spannend ist demgegenüber die *unternehmensübergreifende* Umstrukturierung, die zu einem Wechsel des Rechtsträgers führt und in deren Mittelpunkt der Betriebsübergang nach § 613a BGB steht. Zunächst ist dabei auf die tarifrechtliche Lage einzugehen und ein Blick auf das rechtliche Schicksal der Tarifbedingungen, die vor dem Betriebsübergang normativ auf die Arbeitsverhältnisse einwirken, zu werfen. In einem zweiten Schritt sind die vor dem Betriebsübergang arbeitsvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen zu untersuchen, zu denen auch die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge gehört, die seit der Rechtsprechungsänderung des 4. Senats des BAG zu deren Auslegung als Gleichstellungsabrede² neu bewertet werden muss. Beide Abschnitte sind ihrerseits jeweils unterteilt in Überlegungen zur Fortgeltung der Arbeits- und Tarifbedingungen nach dem Betriebsübergang sowie anschließend zu den Möglichkeiten ihrer Änderung oder Ablösung durch den Erwerber. Im Mittelpunkt stehen dabei aktuelle Entscheidungen des BAG.

B. Vor dem Betriebsübergang normativ wirkende Tarifbedingungen

Zunächst ist das rechtliche Schicksal von Tarifbedingungen, die schon vor dem Betriebsübergang *normativ* für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse galten, zu betrachten. Ist der

* Mit Nachweisen versehener Vortrag vom 20.6.2008 auf dem von Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Hromadka ausgerichteten 22. Passauer Arbeitsrechtsymposium über „Umstrukturierung von Unternehmen in Theorie und Praxis“. Die Vortragsform wurde überwiegend beibehalten.

¹ Dazu etwa BAG (10.12.1997), NZA 1998, 484, 487; *Franzen*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hrsg.: Müller-Glöge/Preis/Schmidt), 8. Aufl. 2008, § 4 TVG Rn. 15, 60; *Jacobs*, in: Jacobs/Krause/Oetker, Tarifvertragsrecht (2007), § 5 Rn. 58, jew. m.w.N.

² BAG (14.12.2005), NZA 2006, 607 ff.; BAG (18.4.2007), NZA 2007, 965 ff.

Erwerber nicht Mitglied des Arbeitgeberverbands, der den beim Veräußerer geltenden Tarifvertrag abgeschlossen hat, oder fällt der Betrieb des Erwerbers nicht in dessen Geltungsbereich, gilt der Tarifvertrag für die übergegangenen Arbeitsverhältnisse nicht mehr normativ. Damit diese Arbeitnehmer ihre Rechte nicht verlieren, ordnet § 613a I 2 BGB die individualrechtliche Fortgeltung der bislang normativ geltenden Tarifverträge an.

I. Normative Fortgeltung von Tarifverträgen nach Betriebsübergang

Allerdings handelt es sich bei der Vorschrift nur um eine *Auffangregelung*: Gilt der Tarifvertrag des Veräußerers beim Erwerber normativ fort, ist die Transformation entbehrlich³. Für die Frage der normativen Fortgeltung ist zwischen Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge sowie Verbands- und Firmentarif zu unterscheiden.

1. Normative Fortgeltung als Grundtatbestand

a) Einzelrechtsnachfolge

Bei der Einzelrechtsnachfolge gilt ein *Verbandstarif* normativ fort, wenn auch der Erwerber dem Geltungsbereich dieses Tarifvertrags unterfällt und Mitglied im selben Arbeitgeberverband wie der Veräußerer ist oder der Tarifvertrag allgemeinverbindlich ist⁴. Der 1. Senat des BAG hat dazu im Jahr 2006 zu Recht entschieden, dass sich der Erwerber wegen der durch Art. 9 III GG geschützten negativen Koalitionsfreiheit gegenüber dem Veräußerer nicht dazu verpflichten kann, dem Arbeitgeberverband beizutreten oder diesem dauerhaft anzugehören⁵. Ein *Firmentarif* gilt normativ fort, wenn der Erwerber mit der zuständigen Gewerkschaft dessen „Übernahme“ vereinbart, also praktisch selbst einen Firmentarif abschließt⁶. Andernfalls ist in beiden Fällen § 613a I 2 BGB anzuwenden⁷.

³ Z.B. *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 251; *Oetker*, in: *Jacobs/Krause/Oetker*, Tarifvertragsrecht (2007), § 6 Rn. 115; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 198, m.w.N.

⁴ *Hohenstatt*, in: *Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen* (Hrsg.: *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*), 3. Aufl. 2008, E Rn. 94; *Willemsen/Müller-Bonanni*, in: *Arbeitsrecht Kommentar* (Hrsg.: *Henssler/Willemsen/Kalb*), 3. Aufl. 2008, § 613a BGB Rn. 259.

⁵ BAG (19.9.2006), NZA 2007, 277, 278.

⁶ Statt aller *Preis*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (Hrsg.: *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*), 8. Aufl. 2008, § 613a BGB Rn. 113 m.w.N.

⁷ *Hergenröder*, in: *Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellungen (SD)* (Hrsg.: *Dieterich/Neef/Schwab*), Loseblatt, Stand: Juli 2007, 500.1 Rn 876.

b) Gesamtrechtsnachfolge

Bei der Gesamtrechtsnachfolge – vor allem bei der Verschmelzung und der Spaltung nach dem UmwG – ist es etwas komplizierter. Beim *Verbandstarif* ist man sich einig, dass die Mitgliedschaft im tarifschießenden Verband nicht auf den Rechtsnachfolger übergeht (vgl. §§ 38, 40 BGB)⁸. Ist der Rechtsnachfolger allerdings Mitglied des Verbands und fällt in den tariflichen Geltungsbereich, wirkt der Tarifvertrag normativ weiter⁹. Andernfalls ist im Bereich des Umwandlungsrechts wegen der Verweisung in § 324 UmwG § 613a I 2 BGB anzuwenden¹⁰. Anders ist es beim *Firmentarif*: Er ist nach h.M. Teil der Verbindlichkeiten nach § 20 I Nr. 1 UmwG und geht daher auf den aufnehmenden Rechtsträger über, der Tarifpartei anstelle des übertragenden Rechtsträgers wird, so dass der Tarifvertrag normativ fortgilt¹¹. Das hat das BAG im Jahr 1998 für die Verschmelzung im Wege der Neugründung (§ 2 Nr. 2 UmwG)¹² und im Jahr 2007 für die Verschmelzung durch Aufnahme (§ 2 Nr. 1 UmwG)¹³ entschieden.

Die normative Fortgeltung des Firmentarifs kann zu *Kollisionsproblemen* führen, wenn die Verschmelzung auf einen bereits bestehenden Rechtsträger erfolgt, der seinerseits eigene Arbeitnehmer beschäftigt¹⁴. Nach richtiger Auffassung – vom BAG allerdings offengelassen¹⁵ – liegt darin kein Hinderungsgrund für eine normative Fortgeltung¹⁶, vielmehr beschränkt sich die Geltung des Firmentarifs auf diejenigen Arbeitnehmer, die zuvor ein Arbeitsverhältnis mit dem übernommenen Rechtsträger hatten¹⁷. Für die Arbeitnehmer, die schon vorher beim Rechtsnachfolger tätig waren, gilt dagegen weiterhin ihr Tarifvertrag. Es kann damit zu einer Tarifpluralität kommen, die – das kann man als Richtschnur festhalten – zunächst einmal hinzunehmen, jedenfalls nicht nach dem sog. Prinzip der Tarifeinheit im Betrieb aufzulösen ist¹⁸.

⁸ BAG (24.6.1998), NZA 1998, 1346, 1347 f.; Preis (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 185.

⁹ Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 100.

¹⁰ Siehe z.B. Gussen, in: *Schwerpunktkommentar Arbeitsrecht* (Hrsg.: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching), 2008, § 613a BGB Rn. 226, 265; Jacobs (Fn. 1), § 5 Rn. 60; Preis (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 185.

¹¹ Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 101; Preis (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 186.

¹² BAG (24.6.1998), NZA 2008, 1346 ff.

¹³ BAG (4.7.2007), NZA 2008, 307 ff.

¹⁴ Ausführl. dazu Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 102 ff. m.w.N.

¹⁵ BAG (4.7.2007), NZA 2008, 307, 310.

¹⁶ So Hanau, ZGR 1990, 548, 554 f.

¹⁷ LAG Baden-Württemberg, 5.8.2005 – 7 TaBV 2/05, n.v.; Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 102.

¹⁸ A.A. LAG Baden-Württemberg 5.8.2005 – 7 TaBV 2/05, n.v.; näher zum Ganzen Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 105 ff. m.w.N. auch zu den verschiedenen möglichen Konstellationen.

2. Änderung und Ablösung der Tarifbedingungen beim Erwerber

Gelten die bisherigen Tarifverträge beim Erwerber normativ fort, können sie nach den allgemeinen Grundsätzen kollektivvertraglich geändert oder abgelöst werden, insbesondere durch einen neuen Tarifvertrag. Einer arbeitsvertraglichen Verschlechterung steht das Günstigkeitsprinzip des § 4 III Var. 2 TVG entgegen¹⁹.

II. „Arbeitsvertragliche Fortgeltung“ von Tarifverträgen nach Betriebsübergang (§ 613a I 2 BGB)

Scheidet eine normative Fortgeltung des Tarifvertrags aus, ist – wie schon erwähnt – § 613a I 2 BGB anzuwenden. Die Rechtsnormen des Tarifvertrags werden *Inhalt des Arbeitsverhältnisses* zwischen dem Erwerber und dem Arbeitnehmer, so dass sich ihre rechtliche Qualität ändert²⁰, und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahrs nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden.

1. „Arbeitsvertragliche Fortgeltung“ als Auffangtatbestand

a) Transformation in den Arbeitsvertrag

Etwa 30 Jahre nach ihrem In-Kraft-Treten sind die meisten Rechtsfragen zu dieser Vorschrift geklärt. So ist zum Beispiel höchstrichterlich entschieden, dass auch *nachwirkende Tarifverträge* transformiert werden²¹, dass die Transformation grundsätzlich auf *Inhaltsnormen* beschränkt ist²² oder dass der transformierte Veräußerertarif nicht für Arbeitnehmer gilt, die vom Erwerber erst *nach* dem Betriebsübergang eingestellt werden²³.

Schon mehrfach entschieden worden ist ebenfalls, dass die „arbeitsvertragliche Fortgeltung“ eine *statische* ist, die Arbeitsbedingungen mithin in dem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden Zustand „eingefroren“ werden²⁴. Das bedeutet zum einen, dass *rückwirkende Än-*

¹⁹ *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 228.

²⁰ H.M., siehe etwa *BAG* (11.5.2005), NZA 2005, 1362, 1364; *Hergenröder* (Fn. 7), 500.1 Rn. 821; *Lieb/Jacobs* (Fn. 3), Rn. 319; *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Hrsg.: Rebmann/Säcker/Rixecker), Band 4, 4. Aufl. 2005, § 613a Rn. 131; *Oetker*, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 7. Aufl. 2007, § 3 Rn. 229 f.; nach a.A. handelt es sich um eine „normative Fortgeltungsanordnung“ ähnlich der Nachwirkung gemäß § 4 V TVG, siehe z.B. *Annuß*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2005, § 613a Rn. 250; *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 2; grdl. in diesem Sinne *Zöllner*, DB 1995, 1401, 1402 f.

²¹ Zuletzt *BAG* (12.12.2007), AP TVG § 1 Nr. 39.

²² Näher z.B. *Lieb/Jacobs* (Fn. 3), Rn. 319; *Joussen*, in: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS) (Hrsg.: Oetker/Preis), Loseblatt, Stand: März 2007, B 7200 Rn. 64; *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 175 ff.

²³ *Lieb/Jacobs* (Fn. 3), Rn. 319; *Oetker* (Fn. 20), § 3 Rn. 232.

²⁴ *BAG* (14.11.2007), NZA 2008, 420, 421; *BAG* (29.8.2001), NZA 2002, 513, 515; *Annuß* (Fn. 20), § 613a Rn. 266; *Hergenröder* (Fn. 7), 500.1 Rn. 839 f.; *Lieb/Jacobs* (Fn. 3), Rn. 319; *Oetker* (Fn. 20), § 3 Rn. 248.

derungen des Tarifvertrags nach dem Betriebsübergang ohne Einfluss auf den Inhalt der übergegangenen Arbeitsverhältnisse bleiben²⁵, zum anderen, dass bei dynamischen Verweisungen auf andere Tarifverträge Änderungen in diesen Bezugstarifverträgen nicht mehr wirksam werden²⁶. Das hat der 4. Senat im Jahr 2001 zu Recht für einen Firmentarif, der auf die jeweils gültigen Verbandstarifverträge verwies, entschieden²⁷ und zuletzt Ende 2007 für den vergleichbaren Fall der Nachwirkung nach § 4 V TVG²⁸.

Bislang höchstrichterlich ungeklärt war die Frage, was aus Rechten und Pflichten wird, die zwar schon vor dem Betriebsübergang tariflich geregelt worden sind, aber wie etwa die stufenweise Vereinbarung von Entgelterhöhungen erst danach wirksam werden sollen. Nach einer starken Literaturmeinung kann sich das spätere Wirksamwerden nicht mehr auf die transformierten Arbeitsbedingungen auswirken²⁹. § 613a I 2 BGB sichert lediglich den kollektivrechtlichen Besitzstand im Zeitpunkt des Betriebsübergangs ab. Der 4. Senat hat nun in Anlehnung an seine Rechtsprechung zur Nachwirkung zu Recht anders entschieden³⁰. Die tariflichen Arbeitsbedingungen sind im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits vorhanden, sie erhalten nur einen anderen Geltungsgrund. Sie gelten zwar statisch fort, aber – so formuliert der Senat sehr anschaulich – eine in der (statisch) fortgeltenden Norm selbst angelegte Dynamik bleibt erhalten. Sie entfällt allenfalls dann, wenn sie – vom 4. Senat für die Nachwirkung bereits entschieden³¹ – von weiteren außervertraglichen Umständen und nicht lediglich vom Zeitablauf abhängt. Die negative Koalitionsfreiheit des Erwerbers ist nicht verletzt, weil dessen – arbeitsvertragliche – Bindung an Regelungen, die einstmals von Tarifparteien vereinbart worden sind, alleine auf dessen rechtsgeschäftlicher Willenserklärung beruht, mit der er in Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit den Betrieb übernommen hat. Auf das, was schon bisher im Tarifvertrag stand, kann der Erwerber sich einstellen, wenn er über die Übernahme des Betriebs nachdenkt.

b) Verschlechterungssperre für die Dauer eines Jahrs

Die in den Arbeitsvertrag transformierten Tarifbedingungen – nicht die nach § 613a I 1 BGB übergegangenen Arbeitsbedingungen – können für die Dauer eines Jahrs nicht zum Nachteil

²⁵ BAG (13.9.1994), NZA 1995, 740, 741 f.; Preis (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 117; Willemsen/Müller-Bonanni (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 262.

²⁶ Annuß (Fn. 20), § 613a Rn. 266; Willemsen/Müller-Bonanni (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 262.

²⁷ BAG (20.6.2001), NZA 2002, 517, 519 f.

²⁸ BAG (12.12.2007), AP TVG § 1 Nr. 39.

²⁹ Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 127; Willemsen/Müller-Bonanni (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 262.

³⁰ BAG (14.11.2007), NZA 2008, 420 f.; BAG (19.9.2007), NZA 2008, 241 ff.

³¹ BAG (17.5.2000), NZA 2001, 453, 457.

des Arbeitnehmers geändert werden (§ 613a I 2 BGB)³². Eine entsprechende Vereinbarung oder Kündigung ist unwirksam (§ 134 BGB). Allerdings können die transformierten Tarifnormen nach zutreffender Auffassung gemäß § 613a I 3 BGB bereits vor Ablauf eines Jahrs durch einen neuen *Kollektivvertrag* auch zu Lasten des Arbeitnehmers abgelöst werden³³. Ein individualrechtlich fortgeltender Kollektivvertrag darf nicht stärker geschützt sein, als er bei normativer Fortgeltung geschützt wäre; dann aber wäre seine jederzeitige Ablösung möglich. Damit ist der Anwendungsbereich der Verschlechterungssperre auf individualrechtliche Gestaltungsmittel beschränkt³⁴.

2. Änderung und Ablösung der transformierten Tarifbedingungen beim Erwerber

Um die transformierten Tarifbedingungen beim Erwerber zu ändern oder abzulösen, kommen kollektivrechtliche und individualrechtliche Mittel in Betracht.

a) Ablösung durch anderen Kollektivvertrag (§ 613a I 3 BGB)

Die Transformation ist nach § 613a I 3 BGB ausgeschlossen, wenn die bisherigen tariflichen Rechte und Pflichten beim Erwerber durch einen anderen Tarifvertrag oder – jedenfalls dem Wortlaut nach – durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden.

aa) *Tarifvertrag*. Beim Tarifvertrag sind meisten Rechtsfragen zu § 613a I 3 BGB mittlerweile höchstrichterlich geklärt. Erst kürzlich wieder entschieden worden ist zum Beispiel, dass an dieser Stelle *kein* Raum für das Günstigkeitsprinzip ist, da das in der Norm verankerte *Ablösungsprinzip* *lex specialis* ist³⁵. Auch kann ein Firmentarif durch einen Verbandstarif abgelöst werden, da keine Tarifkonkurrenz vorliegt und das Spezialitätsprinzip deshalb nicht anzuwenden ist³⁶. Im Schrifttum fordert man vereinzelt für die Ablösung – allerdings ohne Begründung und für den Fall der Ablösung durch eine Betriebsvereinbarung – einen „erkennbaren zeitlichen Zusammenhang zum Betriebsübergang“³⁷, zum Beispiel den Zeitraum von einem Jahr. Dem Gesetz ist indessen eine solche zeitliche Grenze wie zum Beispiel bei der einjährigen Verschlechterungssperre nicht zu entnehmen. Die transformierte Regelung ist

³² Die Veränderungssperre gilt nicht, wenn der transformierte Tarifvertrag beim Veräußerer nur noch nachwirkte, *Willemsen/Müller-Bonanni* (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 268.

³³ BAG (11.5.2005), NZA 2005, 1362, 1365; *Hergenröder* (Fn. 7), 500.1 Rn. 838; *Müller-Glöge* (Fn. 20), § 613a Rn. 141; *Preis* (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 125.

³⁴ *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 133.

³⁵ Zuletzt z.B. BAG (11.5.2005), NZA 2005, 1362, 1365; aus dem Schrifttum etwa *Hergenröder* (Fn. 7), 500.1 Rn. 886.; *Lieb/Jacobs* (Fn. 3), Rn. 323; *Raab*, in: Soergel, BGB, Band 4/1, 12. Aufl. 1998, § 613a Rn. 127.

³⁶ *Oetker* (Fn. 3), § 6 Rn. 121; *Raab* (Fn. 35), § 613a Rn. 128.

³⁷ *Henssler*, NZA 2004, 913, 919.

gemäß § 613a I 3 BGB so lange ablösbar, wie sie gilt. Für eine planwidrige Gesetzeslücke, mit der eine Rechtsfortbildung begründet werden könnte, gibt es keine Anhaltspunkte.

(1) *Beiderseitige Tarifgebundenheit.* Höchststrichterlich geklärt ist auch die lange Zeit sehr umstrittene Frage, ob die einseitige Tarifbindung des Erwerbers für die Ablösung genügt: Sie genügt *nicht*, erforderlich ist vielmehr die Tarifgebundenheit von Erwerber *und* Arbeitnehmer³⁸, und zwar selbst dann nicht, wenn die beim Veräußerer *und* beim Erwerber geltenden Tarifverträge beide von einer DGB-Gewerkschaft abgeschlossen worden sind³⁹. Die erforderliche *kongruente Tarifbindung* kann auf beiderseitiger Tarifgebundenheit kraft Mitgliedschaft in Arbeitgeberverband und Gewerkschaft oder – wie gerade vom 4. Senat richtig entschieden⁴⁰ – auf Allgemeinverbindlichkeit beruhen. Vor kurzem hat derselbe Senat wieder einmal bestätigt, dass § 613a I 3 BGB auch dann eingreift, wenn die Tarifgeltung erst nach dem Betriebsübergang – etwa durch den Beitritt in den entsprechenden Verband – begründet wird⁴¹. Eine weitere jüngere Entscheidung betrifft die Verschmelzung der IG Medien und der ÖTV zu ver.di, die im Streitfall zeitlich *nach* einem Betriebsübergang stattgefunden hatte. Der Arbeitnehmer war beim Veräußerer Mitglied der IG Medien gewesen. Der Erwerber ist tarifgebunden an Tarifverträge, die vormals von der ÖTV abgeschlossen worden waren. Nach zutreffender Auffassung des 4. Senats begründet der Wechsel von der (bisherigen) Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der IG Medien zur (neuen) Mitgliedschaft in ver.di eine kongruente Tarifbindung im Sinne des § 613a I 3 BGB⁴².

(2) *Identität der Regelungsgegenstände.* Die Vorschrift setzt nach ständiger Rechtsprechung zusätzlich voraus, dass die Tarifbedingungen des Veräußerers und diejenigen des Erwerbers den gleichen Regelungsgegenstand betreffen⁴³. Unter welchen Voraussetzungen ein gleicher Regelungsgegenstand vorliegt, ist allerdings immer noch sehr umstritten. Teilweise lässt man die bloße Existenz eines anderen Tarifvertrags beim neuen Betriebsinhaber genügen, um zu einer vollständigen Ablösung des Tarifvertrags des bisherigen Betriebsinhabers zu gelangen⁴⁴. Gegen diese Auffassung sprechen Wortlaut, systematischer Zusammenhang

³⁸ H.M., zuletzt BAG (11.5.2005), NZA 2005, 1362, 1365; aus dem Schrifttum etwa *Annuß* (Fn. 20), § 613a Rn. 282; *Jacobs* (Fn. 1), § 5 Rn. 61; *Oetker* (Fn. 20), § 3 Rn. 253 f.; *Raab* (Fn. 35), § 613a Rn. 125; ausführl. dazu *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 149 ff., jew. m.w.N.

³⁹ Statt vieler etwa *Gussen* (Fn. 10), § 613a BGB Rn. 252; *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 201; *Müller-Glöge* (Fn. 20), § 613a Rn. 140; a.A. *Hanau/Kania*, FS Schaub (1998), S. 239, 256; sympathisierend *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 172.

⁴⁰ BAG (29.8.2008), NZA 2008, 364, 365.

⁴¹ BAG (11.5.2005), NZA 2005, 1362, 1365; ferner *Hergenröder* (Fn. 7), 500.1 Rn. 884; *Oetker* (Fn. 3), § 6 Rn. 121; *Raab* (Fn. 35), § 613a Rn. 126.

⁴² BAG (11.5.2005), NZA 2005, 1362, 1364 f.; zust. *Jacobs*, Anm. BAG AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 30.

⁴³ Etwa BAG (11.5.2005), NZA 2005, 1362, 1365; BAG (20.4.1994), NZA 1994, 1140, 1142, jew. m.w.N.

⁴⁴ *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 203.

und Funktion des § 613a I 2 und 3 BGB. Andere meinen, der beim neuen Betriebsinhaber maßgebliche Tarifvertrag müsse positiv, wenn auch in abweichender Art und Weise, „exakt dieselbe Materie“ regeln⁴⁵. Dagegen ist anzuführen, dass Tarifverträge, die exakt dieselbe Materie regeln, in der Praxis außerordentlich selten sind, die ablösende Wirkung des § 613a I 3 BGB mithin leer liefe. Die herrschende Meinung verlangt zwar zu Recht keine punktuelle Deckungsgleichheit zwischen beiden Tarifverträgen: Erforderlich ist aber, dass nach einer Auslegung des Erwerbstarifvertrags – ähnlich wie beim Günstigkeitsprinzip – für die gleiche *Sachgruppe* jeweils ein Regelungssystem existiert⁴⁶. Entscheidend ist, „ob“ die beim Veräußerer geregelte Frage eine entsprechende Regelung im Tarifvertrag des Erwerbers erfahren hat, unerheblich ist dagegen das „Wie“. Damit kann grundsätzlich auch eine bloße Negativregelung die Ablösung herbeiführen⁴⁷.

bb) Betriebsvereinbarung („Über-Kreuz-Ablösung“). Lange Zeit höchstrichterlich nicht geklärt war die Zulässigkeit der sog. „Über-Kreuz-Ablösung“, also vor allem der Ablösung eines Tarifvertrags durch eine Betriebsvereinbarung. Sie könnte für den Erwerber wichtig sein, wenn die Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag an der fehlenden kongruenten Tarifbindung scheitert.

Nach zwei Urteilen des 1. *Senats*⁴⁸ und des 3. *Senats*⁴⁹ aus dem Jahr 2007 ist die Frage gegen die bislang herrschende Auffassung im Schrifttum, die für eine einschränkende Auslegung von § 77 III 1 BetrVG plädiert⁵⁰, entschieden⁵¹. Die verschlechternde Ablösung von Tarifbedingungen des Veräußerers durch eine Betriebsvereinbarung beim nicht tarifgebundenen Erwerber sei trotz des Wortlauts von § 613a I 3 BGB grundsätzlich nicht möglich. Außerhalb der erzwingbaren Mitbestimmung scheitere die Ablösung meistens schon am Tarifvorbehalt des § 77 III 1 BetrVG⁵². Besteht keine Sperrwirkung, stellt das BAG darauf ab, dass die Ablösung eines Tarifvertrags durch verschlechternde Betriebsvereinbarung außerhalb des Betriebsübergangs wegen des Günstigkeitsprinzips grundsätzlich nicht möglich sei.

⁴⁵ *Hanau/Vossen*, FS Hilger und Stumpf (1983), S. 271, 292.

⁴⁶ Vgl. z.B. mit im Einzelnen unterschiedlicher Formulierung und Begründung *BAG* (11.5.2005), NZA 2005, 1362, 1365; aus dem Schrifttum etwa *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 147; *Jacobs* (Fn. 1), § 5 Rn. 62; *Joussen* (Fn. 22), B 7200 Rn. 68; *Raab* (Fn. 35), § 613a Rn. 126.

⁴⁷ *Annuß* (Fn. 20), § 613a Rn. 277; *Willemsen/Müller-Bonanni* (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 267; a.A. wohl *Hergenröder* (Fn. 7), 500.1 Rn. 882.

⁴⁸ *BAG* (6.11.2007), NZA 2008, 542, 545 f.; ebenso *LAG Düsseldorf* (16.8.2007), NZA-RR 2008, 23, 24; Bedenken schon bei *BAG* (22.3.2005), NZA 2006, 383, 388 f.

⁴⁹ *BAG* (13.11.2007), NZA 2008, 600, 603.

⁵⁰ Z.B. *Gussen* (Fn. 10), § 613a BGB Rn. 256; *Preis* (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 126; *Raab* (Fn. 35), § 613a Rn. 128.

⁵¹ Gegen die Über-Kreuz-Ablösung schon vorher *Annuß* (Fn. 20), § 613a Rn. 274.

⁵² Für Zulässigkeit unter der Beachtung von § 77 III 1 BetrVG z.B. *Hergenröder* (Fn. 7), 500.1 Rn. 901; *Hohenstatt* (Fn. 4), Rn. 248; *Jacobs* (Fn. 1), § 5 Rn. 63; *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 3 Rn. 206; *Willemsen/Müller-Bonanni* (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 269.

Beim Betriebsübergang könne dann aber nichts anderes gelten, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Außerdem verstoße die „Über-Kreuz-Ablösung“ gegen den Schutzzweck des § 613a BGB. Sie ermögliche dem Erwerber nämlich, ursprünglich tariflich begründete Ansprüche, die vor einer Verschlechterung durch Betriebsvereinbarung gemäß dem Günstigkeitsprinzip geschützt waren, nach dem Betriebsübergang durch eine ungünstigere Betriebsvereinbarung abzulösen.

b) Änderung und Ablösung auf arbeitsvertraglicher Ebene

Bei der Änderung und Ablösung der transformierten Tarifbedingungen durch den Erwerber auf arbeitsvertraglicher Ebene ist zu differenzieren.

aa) Änderung und Ablösung gemäß § 613a I 4 BGB. Vor Ablauf der Jahresfrist ist eine individualvertragliche Änderung zu Lasten des Arbeitnehmers nur unter den Voraussetzungen von § 613a I 4 BGB möglich⁵³. Das ist der Fall, wenn der Tarifvertrag entweder nicht mehr unmittelbar und zwingend gilt, weil er nur noch nachwirkt (Var. 1), oder wenn bei fehlender beiderseitiger – der Wortlaut ist missverständlich: es genügt, dass nur *eine* Vertragspartei nicht tarifgebunden ist⁵⁴ – Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags dessen Anwendung zwischen Erwerber und Arbeitnehmer vereinbart wird (Var. 2). Ob eine sog. große dynamische Bezugnahme auf Tarifvertrag (Tarifwechselklausel), die mit dem Veräußerer vereinbart worden ist, eine solche Vereinbarung sein kann, ist umstritten. Darauf ist gleich zurückzukommen.

bb) Änderungsvertrag und Änderungskündigung. Nach Ablauf der Jahresfrist ist eine verschlechternde arbeitsvertragliche Änderung oder Ablösung nach allgemeinen Grundsätzen möglich, also durch Änderungskündigung oder durch Änderungsvertrag⁵⁵. Praktisch ist für den Arbeitgeber beides wenig hilfreich⁵⁶: Der Änderungsvertrag setzt das Einverständnis des Arbeitnehmers voraus, das bei einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen meist nicht zu erreichen ist, und die Schwierigkeiten, eine wirksame Änderungskündigung auszusprechen, sind beträchtlich⁵⁷. Das Vereinheitlichungsinteresse des Erwerbers genügt dafür jeden-

⁵³ Näher *Annuß* (Fn. 20), § 613a Rn. 286 f.; *Hergenröder* (Fn. 7), 500.1 Rn. 905 ff.; *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 134 ff., jew. m.w.N.

⁵⁴ *Annuß* (Fn. 20), § 613a Rn. 287; *Hergenröder* (Fn. 7), 500.1 Rn. 906; *Preis* (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 122.

⁵⁵ *Müller-Glöge* (Fn. 20), § 613a Rn. 132; *Preis* (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 120; ausführl. *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 227, 235 ff.

⁵⁶ Anders gewendet: „Aus der Sicht der Arbeitnehmer nicht unbedingt ein Nachteil, ...“, *Müller-Glöge* (Fn. 20), § 613a Rn. 132.

⁵⁷ *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 240 m.w.N.

falls nicht⁵⁸, auch nicht die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes⁵⁹, auf den gleich noch zurückzukommen ist.

Der Erwerber kann allerdings *Anreize* setzen, um die *Arbeitsbedingungen* in seinem Unternehmen zu *vereinheitlichen* und die übernommenen Arbeitnehmer zu einer Vertragsänderung zu bewegen. In einem kürzlich vom 5. Senat entschiedenen Fall⁶⁰ hatte der Erwerber eine freiwillige Entgelterhöhung für alle Arbeitnehmer seines Unternehmens bei den übernommenen Arbeitnehmern nach Ablauf der Jahresfrist davon abhängig gemacht, dass sie ein Vertragsangebot zur – verschlechternden – Angleichung der Arbeitsbedingungen annehmen. Der Senat hält diese Verknüpfung zu Recht für zulässig. Das Maßregelungsverbot des § 612a BGB ist nicht verletzt, weil nicht die Ablehnung der Vertragsänderung, sondern die Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen der tragende Beweggrund für den Erwerber ist, die übernommenen Arbeitnehmer von der Entgelterhöhung auszunehmen. Im Übrigen wäre die Verknüpfung wirkungslos, wenn diesen Arbeitnehmern der Anspruch auf Entgelterhöhung ohnehin aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zustünde. Der Senat hält diesen zwar für anwendbar, lehnt den Anspruch im Ergebnis aber zu Recht ab, weil die Anpassung unterschiedlicher Arbeitsbedingungen nach dem Betriebsübergang ein sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung ist.

Ergänzend ist hinzuzufügen, dass übernommene Arbeitnehmer umgekehrt, wie ebenfalls der 5. Senat im Jahr 2005 zu Recht entschieden hat und eben bei der Änderungskündigung schon angedeutet worden ist, keinen Anspruch aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz darauf haben, dass der Erwerber ihre Arbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang an die beim ihm geltenden günstigeren Arbeitsbedingungen anpasst („Harmonisierung nach oben“), jedenfalls wenn er nicht zugleich neue Vergütungsstrukturen schafft⁶¹. Der Arbeitgeber vollzieht, wenn er nicht anpasst, nur die Rechtsfolgen aus § 613a I 1 und 2 BGB.

III. Zwischenergebnis

Tarifbedingungen, die schon vor dem Betriebsübergang normativ galten, gelten beim Erwerber unter bestimmten Voraussetzungen normativ fort; in allen anderen Fällen werden sie in den Arbeitsvertrag transformiert. Ihre Änderung oder Ablösung ist in beiden Fällen nicht ein-

⁵⁸ Z.B. Müller-Glöge (Fn. 20), § 613a Rn. 136 („keine besonderen oder gar erleichterten Voraussetzungen“); Wilmsen/Müller-Bonanni (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 264 („kaum jemals sozial gerechtfertigt“); näher Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 243 f.

⁵⁹ Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 239; Preis (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 120.

⁶⁰ BAG (14.3.2007), NZA 2007, 862, 863 ff.

⁶¹ BAG (31.8.2005), NZA 2006, 265 f.; zust. Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 226.

fach. Auch wenn das eben angesprochene Urteil des 5. *Senats*, das die Vereinheitlichung auf der arbeitsvertraglichen Ebene erleichtert, aus Sicht des Erwerbers ein Lichtblick ist, ist die tarifrechtliche Angleichung der Arbeitsbedingungen durch das Erfordernis der beiderseitigen Tarifgebundenheit bei § 613a I 3 BGB schwierig, jedenfalls wenn mit dem Betriebsübergang ein Branchenwechsel verbunden ist. Umso wichtiger ist es nach diesem Zwischenbefund aus Arbeitgebersicht, von vornherein arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln zu vereinbaren, die den gewünschten Tarifwechsel auf arbeitsvertraglicher Ebene herbeiführen können. Darauf ist gleich zurückzukommen.

C. Vor dem Betriebsübergang arbeitsvertraglich geltende Arbeits- und Tarifbedingungen

Bei der Betrachtung des rechtlichen Schicksals der Arbeitsbedingungen, die schon vor Betriebsübergang *arbeitsvertraglich* galten, ist zwischen originär arbeitsvertraglichen Regelungen und der schon erwähnten arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge zu unterscheiden.

I. Originär arbeitsvertragliche Regelungen

1. Arbeitsvertragliche Fortgeltung nach Betriebsübergang (§ 613a I 1 BGB)

Originär arbeitsvertragliche Regelungen, die einen eigenständigen (von etwaigen Tarifverträgen unabhängigen) Inhalt haben, gehen nach § 613a I 1 BGB auf den Erwerber über und gelten damit unverändert fort.

2. Änderung und Ablösung beim Erwerber

Ihre kollektivrechtliche Ablösung oder Änderung scheidet regelmäßig am Günstigkeitsprinzip. Für eine Änderung oder Ablösung durch Änderungskündigung oder Änderungsvertrag gelten grundsätzlich die allgemeinen Regelungen.

Nicht selten kann man mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung⁶² allerdings lesen, für einen verschlechternden Änderungsvertrag im zeitlich-sachlichen Zusammenhang mit einem Betriebsübergang sei generell ein *sachlicher Grund* erforderlich, da die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers beim Vertragsschluss regelmäßig eingeschränkt

⁶² Z.B. BAG (12.5.1992), NZA 1992, 1080, 1081.

sei⁶³. Nach einem Urteil des 5. Senats aus dem Jahr 2007⁶⁴ können die Arbeitsvertragsparteien nach einem Betriebsübergang über die nach § 613a I 1 BGB übergegangene Vergütungsabrede nunmehr grundsätzlich *ohne sachlichen Grund* disponieren und die Vergütung deshalb auch absenken. Beim Erwerber herrscht, so der Senat zu Recht, grundsätzlich die gleiche Vertragsfreiheit wie beim Veräußerer. Er lässt indessen offen, ob der Verzicht auf bereits entstandene Ansprüche sowie Regelungen der betrieblichen Altersversorgung zu Lasten des Arbeitnehmers ausnahmsweise nach wie vor eines sachlichen Grundes bedürfen.

II. Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge

Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge wirkt als Teil des Arbeitsvertrags – anders als der Tarifvertrag für Gewerkschaftsmitglieder – zwar rein schuldrechtlich, erfordert aber wegen ihrer Verknüpfung mit der tarifrechtlichen Ebene eine gesonderte Betrachtung. Im Folgenden bleibt die in der Praxis seltene *statische Verweisung*, die dem Wortlaut nach zeitlich und inhaltlich auf einen ganz bestimmten Tarifvertrag verweist – Beispiel: „Es gilt der Tarifvertrag X in seiner Fassung vom (...)“ – und juristisch vergleichsweise unproblematisch ist, ausgeklammert. Wird allerdings nicht auf eine bestimmte Fassung verwiesen, die nach dem Datum des Abschlusses oder des In-Kraft-Tretens des Tarifvertrags konkretisiert ist, ist nach der Rechtsprechung regelmäßig von einer zeitlich dynamischen Bezugnahme auszugehen, wenn die Arbeitsvertragsparteien allgemein auf die Geltung eines Tarifvertrags verweisen⁶⁵.

Solche *dynamischen Verweisungen*, die insbesondere seit der eingangs erwähnten Rechtsprechungsänderung des 4. Senats zu deren Auslegung schwierige Rechtsfragen aufwerfen⁶⁶, sind demgegenüber weit verbreitet. Zur Erinnerung: Die *kleine dynamische Klausel* enthält ihrem Wortlaut nach lediglich eine zeitlich-dynamische Verweisung (Beispiel: „Es gilt der Tarifvertrag der X-Branche in seiner jeweils gültigen Fassung.“). Diese Klausel hat den Nachteil, dass wegen des Fehlens einer sachlich-dynamischen Komponente sachliche Veränderungen wie zum Beispiel ein Betriebsübergang dem Wortlaut nach nicht erfasst werden. Die *große dynamische Klausel* enthält dagegen bereits ihrem Wortlaut nach auch eine sach-

⁶³ Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 189; Willemsen/Müller-Bonanni (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 245.

⁶⁴ BAG (7.11.2007), NZA 2008, 530, 531; zust. Dzida/Wagner, NZA 2008, 571 ff.; gegen das Erfordernis eines sachlichen Grundes auch Willemsen, in: Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt (Hrsg.), Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 3. Aufl. 2008, G Rn. 211; zuvor schon BAG (4.3.1993), NZA 1993, 260, 262 (Anpassung an die beim Erwerber geltenden Tarifverträge als sachlicher Grund).

⁶⁵ BAG (17.1.2006), NZA 2006, 923, 925 f.

⁶⁶ Zur Rechtslage vor der Rechtsprechungsänderung ausführl. und krit. Annuß ZfA 2005, 405 ff.; ders. (Fn. 20), § 613a Rn. 294 m.w.N.; zur Rechtsprechungsänderung statt vieler näher Bauer/Günther, NZA 2008, 6 ff.; Jacobs/Eva Maria Willemsen, JbArbR, Bd. 45 (2008), S. 47 ff.; Preis/Greiner, NZA 2007, 1073 ff.; speziell beim Betriebsübergang Jacobs, FS Birk (2008), S. 243 ff., jew. m.w.N.

lich-dynamische Komponente, weil sie nicht auf Tarifverträge einer bestimmten Branche verweist (Beispiel: „Es gilt der für den Betrieb jeweils einschlägige Tarifvertrag in seiner jeweils gültigen Fassung.“). Diese Klausel vollzieht einen Tarifwechsel für die tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse auch für die Außenseiter auf der arbeitsvertraglichen Ebene nach. Das BAG spricht deshalb auch von einer Tarifwechselklausel.

1. Vorbemerkung: Rechtsprechungsänderung zur Auslegung von Bezugnahme- klauseln

Dynamische Verweisungen sind in der Vergangenheit oft unpräzise formuliert worden, so dass ihre vornehmliche Funktion – die Gleichstellung von Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern beim tarifgebundenen Arbeitgeber – nicht hinreichend zum Ausdruck kam, wenn der Arbeitgeber zum Beispiel seine Tarifbindung aufgab. Diese Unsorgfältigkeit hat früher nicht geschadet, da das BAG solche Klauseln bis zum 14.12.2005 entgegen ihrem Wortlaut im Zweifel als Gleichstellungsabreden ausgelegt hat⁶⁷. Die ihrem Wortlaut nach zeitlich-dynamische Verweisung verwandelte sich deshalb zum Beispiel bei einem Betriebsübergang wegen der tarifrechtlichen Parallelwertung in § 613a I 2 BGB in eine zeitlich-statische Verweisung.

Seit der Rechtsprechungsänderung durch den 4. Senat ist der Bedeutungsinhalt der *kleinen dynamischen Verweisung* in erster Linie anhand ihres Wortlauts zu ermitteln: Wenn ein Vertragspartner Regelungsziele verfolgt, die sich nicht aus dem Wortlaut ergeben (zum Beispiel die Gleichstellung auch beim Verlust der Tarifbindung des Arbeitgebers), sind sie nur zu berücksichtigen, wenn sie für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich geworden sind⁶⁸. Nur für Verträge, die vor dem 1.1.2002 abgeschlossen worden sind, bleibt es aus Gründen des Vertrauensschutzes bei der bisherigen Rechtsprechung. Die neue Linie, die zu begrüßen ist⁶⁹, steht fest, sie ist mittlerweile vom 1. Senat bestätigt worden⁷⁰. Die Praxis muss sich deshalb auf sie einstellen. Nur der gewählte Stichtag zum Vertrauensschutz überzeugt nicht, vor allem mit Blick darauf, dass der 4. Senat noch im Jahr 2003 seine bisherige Rechtsprechung gegen die Kritik aus dem Schrifttum verteidigt und ausdrücklich bestätigt hatte⁷¹. Schon nach

⁶⁷ Zuletzt etwa BAG (26.9.2001), NZA 2002, 634 ff.; BAG (27.11.2002), NZA 2003, 1278 ff.; BAG (19.3.2003), NZA 2003, 1207 ff.

⁶⁸ BAG (14.12.2005), NZA 2006, 607, 609 f.; BAG (18.4.2007), NZA 2007, 965, 967 ff.

⁶⁹ Z.B. Bayreuther, Anm. BAG AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifverträge Nr. 53; Jacobs, FS Birk (2008), S. 243, 248; Jacobs/Eva Maria Willemsen, JbArbR, Bd. 45 (2008), S. 47, 56 f.; Preis/Greiner, NZA 2007, 1073 ff.; Thüsing, NZA 2006, 473; a.A. etwa Giesen, NZA 2006, 625, 627; Klebeck, NZA 2006, 15 ff.; Krois, Bucerius Law Journal 2007, 17 ff.; Moll, Anm. BAG RdA 2007, 47, 51 f., jew. m.w.N.

⁷⁰ BAG (6.11.2007), NZA 2008, 542, 545 f.

⁷¹ Statt aller näher Jacobs/Eva Maria Willemsen, JbArbR 45 (2008), S. 47, 58 ff.

bisheriger Judikatur war es übrigens so, das sei nur ergänzend bemerkt, dass eine kleine dynamische Verweisung über ihren Wortlaut hinaus nur dann als große dynamische Verweisung (Tarifwechselklausel) ausgelegt werden konnte, wenn sich dies aus besonderen Umständen ergab. Das hat der 4. Senat im letzten Jahr nunmehr ausdrücklich bestätigt⁷². Im Übrigen ist anzunehmen, dass die für die kleine dynamische Verweisung entwickelten Grundsätze vom 4. Senat auch auf die große dynamische Verweisung übertragen werden.

2. Arbeitsvertragliche Fortgeltung der Arbeitsbedingungen bei Bezugnahme auf Tarifverträge (§ 613a I 1 BGB)

Im Folgenden sind die Auswirkungen der Rechtsprechungsänderung für die Bezugnahme auf Tarifverträge beim Betriebsübergang für den *tarifgebundenen* Veräußerers zu beleuchten; nur er ist von der Rechtsprechungsänderung betroffen⁷³. Das Schicksal der Bezugnahme Klausel richtet sich zunächst wie bei einer originär arbeitsvertraglichen Regelung nach § 613a I 1 BGB⁷⁴. Das bedeutet für dynamische Klauseln, dass mit dem Arbeitsverhältnis auch die Verweisung auf „die jeweils gültige Fassung“ der Tarifverträge übergeht.

a) Altverträge

aa) Auslegung kleiner dynamischer Bezugnahme Klauseln nach bisheriger Rechtsprechung (Klauselzweck: Gleichstellung). Das BAG hat in einer solchen Verweisung bislang eine Gleichstellungsabrede gesehen. Der Veräußerertarif galt beim Erwerber – wie schon erwähnt – für die Gewerkschaftsmitglieder wegen § 613a I 2 BGB und für die Außenseiter wegen der Bezugnahme Klausel – entgegen ihrem Wortlaut, aber gemäß dem Gleichstellungszweck – statisch fort⁷⁵.

bb) Auslegung dynamischer Klauseln nach der Rechtsprechungsänderung: Klauselwortlaut (dynamische „Ewigkeitsbindung“). Anders ist die dynamische Verweisung nunmehr nach der Rechtsprechungsänderung auszulegen. Auf den Gleichstellungszweck kommt es nicht mehr an. Das BAG geht nach dem *Wortlaut*⁷⁶: Die Klausel verweist insoweit also auch noch nach Betriebsübergang – jetzt aber entgegen der tarifrechtlichen Parallelwertung in § 613a I 2

⁷² BAG (29.8.2007), NZA 2008, 364, 365.

⁷³ Zum nicht tarifgebundenen Veräußerer statt aller Jacobs, FS Birk (2008), S. 243, 250, 263 m.w.N.

⁷⁴ Statt aller Müller-Glöge (Fn. 20), § 613a Rn. 133.

⁷⁵ BAG (14.12.2005), NZA 2006, 607, 610 f.; Franzen (Fn. 1), § 3 TVG Rn. 41; Jacobs, FS Birk (2008), S. 243, 252.

⁷⁶ BAG (18.4.2007), NZA 2007, 965, 967 ff.

BGB – dynamisch auf den Veräußerertarif (dynamische „Ewigkeitsbindung“)⁷⁷. Damit liegt es nahe, dass die Klausel mehreren Auslegungsvarianten zugänglich ist und die Auslegungszweifel auch nicht behebbar sind: Gerade der jahrelange Streit darüber und der Sinneswandel des 4. Senats belegen das eindrücklich. Maßgeblich wäre dann wegen der Unklarheitenregel (§ 305c II BGB) die dem Arbeitnehmer günstigere Auslegung, wobei allerdings anders als bei § 4 III Var. 2 TVG kein Sachgruppenvergleich vorzunehmen ist, sondern beide tariflichen Regelungswerke *insgesamt* objektiv miteinander zu vergleichen sind⁷⁸. § 305c II BGB wird vom 4. Senat seit der Ankündigung der Rechtsprechungsänderung im Urteil vom 14.12.2005⁷⁹ indessen nicht mehr erwähnt; es kommt nur noch auf den vom Senat für eindeutig gehaltenen Wortlaut an⁸⁰. Darin liegt für Verträge, die zwischen dem 1.1.2002 und dem 14.12.2005 abgeschlossen worden sind, ein großes Problem für den Erwerber, wenn sich die Tarifbedingungen beim Veräußerer nicht ausnahmsweise verschlechtern. Wie man ihm begegnen kann, ist später zu erörtern.

(1) *Konstitutive Wirkung von Bezugnahmeklauseln bei Gewerkschaftsmitgliedern.* Ein zusätzliches Problem ergibt sich, wenn man der *kleinen dynamischen Verweisung* in den Arbeitsverhältnissen von Gewerkschaftsmitgliedern mit der neueren BAG-Rechtsprechung *konstitutive* Wirkung zuspricht⁸¹, ihnen also zusätzlich zu ihrem tarifrechtlichen Anspruch einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf die Tarifbedingungen gibt. Beim Betriebsübergang gilt dann zum Beispiel der Veräußerertarif für die Gewerkschaftsmitglieder wegen § 613a I 2 BGB beim Erwerber *statisch* weiter. Nach der neuen Rechtsprechung gilt er wegen der konstitutiv wirkenden Bezugnahme auf der Grundlage von § 613a I 1 BGB aber gleichzeitig *dynamisch* weiter⁸².

Da ein und derselbe Tarifvertrag im Arbeitsverhältnis nur statisch *oder* nur dynamisch gelten kann, muss eine von beiden Möglichkeiten zurücktreten. Am nächsten liegt der Rückgriff auf das Günstigkeitsprinzip, das zwar nicht unmittelbar passt, aber als allgemeiner Rechtsgedanke heranzuziehen ist⁸³. Daraus folgt, dass eine Gleichstellung „in umgekehrter Richtung“

⁷⁷ Henssler, in: Arbeitsrecht Kommentar (Hrsg.: Henssler/Willemsen/Kalb), 3. Aufl. 2008, § 3 TVG Rn. 30a; Jacobs, FS Birk (2008), S. 243, 253; Jacobs/Eva Maria Willemsen, JBArbR 45 (2008), S. 47, 60 f.

⁷⁸ Giesen, NZA 2006, 625, 627; Jacobs, FS Birk (2008), S. 243, 248 f.; Jacobs/Eva Maria Willemsen, JBArbR 45 (2008), S. 47, 57 f.; Nicolai/Krois, Anm. BAG SAE 2007, 158, 160.

⁷⁹ Dort BAG (14.12.2005), NZA 2006, 607, 610.

⁸⁰ Lies BAG (18.4.2007), NZA 2007, 965 ff.; begrüßt von Bayreuther, Anm. BAG AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifverträge Nr. 53; krit. dagegen Jacobs, FS Birk (2008), S. 243, 249; Jacobs/Eva Maria Willemsen, JbArbR Bd. 45 (2008), S. 47, 57 f.

⁸¹ Zuletzt BAG (29.8.2007), NZA 2008, 364, 365; aus dem Schrifttum etwa Bayreuther, Anm. BAG AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifverträge Nr. 53; Henssler (Fn. 77), § 3 TVG Rn. 28; Hohenstatt (Fn. 4), E Rn. 179; Jacobs/Eva Maria Willemsen, JbArbR Bd. 45 (2008), S. 47, 49; Löwisch/Rieble (Fn. 3), § 3 Rn. 230, jew. m.w.N.

⁸² Jacobs, FS Birk (2008), S. 243, 254.

⁸³ Jacobs, FS Birk (2008), S. 243, 254; ähnlich Houben, Anm. EuGH SAE 2007, 109, 113.

stattfindet, die Gewerkschaftsmitglieder also vor den Folgen ihrer Tarifbindung – Verwandlung in eine statische Verweisung nach § 613a I 2 BGB, die meistens eine Verschlechterung bedeutet – „geschützt“ werden. Damit verhindert das „Günstigkeitsprinzips“ beim Erwerber zugleich eine Schlechterstellung der übernommenen Gewerkschaftsmitglieder gegenüber den übernommenen Außenseitern. § 613a I 4 Var. 2 BGB hilft bei der kleinen dynamischen Verweisung – anders als bei der Tarifwechselklausel, auf die gleich zurückzukommen ist – nicht weiter, da sie anders als die große dynamische Verweisung den Tarifwechsel gerade nicht umfasst.

Zweifelhaft ist bei einer *großen dynamischen Verweisung* (Tarifwechselklausel) wegen deren konstitutiver Wirkung für alle Arbeitnehmer, ob sie auch für Gewerkschaftsmitglieder über § 613a I 1 BGB zum gewünschten Tarifwechsel führt. Für Gewerkschaftsmitglieder gilt an sich der in den Arbeitsvertrag transformierte Metalltarifvertrag statisch fort und darf für mindestens ein Jahr nicht zu ihren Lasten geändert werden (§ 613a I 2 BGB). Ist dieser Tarifvertrag günstiger als der durch die Bezugnahme über § 613a I 1 BGB anwendbare Erwerbstarifvertrag, könnte man daran denken, dass letzterer als ungünstigere Regelung verdrängt wird⁸⁴. Diese Rechtsfolge kann vermieden werden, wenn man die mit dem Veräußerer vereinbarte Tarifwechselklausel als Bezugnahme im Sinne des § 613a I 4 Var. 2 BGB deutet, um § 613a I 2 BGB auszuschalten⁸⁵. Danach können die Arbeitsbedingungen vor Ablauf der Jahresfrist auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer geändert werden, wenn „bei fehlender beiderseitiger Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird“. Der in Bezug genommene Tarifvertrag beim Erwerber gälte mit sofortiger Wirkung. Das setzt allerdings voraus, dass man für die Tarifwechselklausel nicht verlangt, dass sie mit dem Erwerber erst nach dem Betriebsübergang zustande kommt⁸⁶. Dagegen kann man vorbringen, eine solche Vereinbarung müsse – ähnlich wie bei der anderen Abmachung nach § 4 V TVG⁸⁷ – zeitlich nach dem Betriebsübergang erfolgen, um den mit § 613a BGB intendierten Schutzzweck nicht auszuhebeln. Sie setzt zudem gemäß dem Wortlaut als originären Vertragspartner den Erwerber und nicht den Veräußerer voraus. Der Wortlaut alleine ist indes niemals zwingend. Maßgeblich muss der Normzweck sein. Er spricht gerade dafür, auch Tarifwechselklauseln, die vor dem Betriebsübergang abgeschlossen worden sind, als Ver-

⁸⁴ Für das Günstigkeitsprinzip in dieser Konstellation einer großen dynamische Verweisung (vor der Rechtsprechungsänderung) *Lambrich* FS Ehmman, 2005, S. 169, 234.

⁸⁵ So *Henssler* (Fn. 77), § 3 TVG Rn. 30c; *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 206; *Willemsen/Müller-Bonanni* (Fn. 4) § 613a BGB Rn. 279.

⁸⁶ In diesem Sinne *Willemsen/Müller-Bonanni* (Fn. 4) § 613a BGB Rn. 283; anders noch *Jacobs*, Anm. BAG AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 34; abw. auch *Schliemann* NZA 2003, Beilage zu Heft 16, S. 11.

⁸⁷ In diesem Sinne *Jacobs*, Anm. BAG AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 34; ferner *Schliemann* NZA 2003, Beilage zu Heft 16, S. 11.

einbarungen i.S.d. § 613a I 4 Var. 2 BGB anzusehen. Das ergibt sich aus einer Parallele zur Nachwirkung. Dort ist eine „andere Abmachung“ vor Eintritt der Nachwirkung nach einer Literaturmeinung möglich, wenn sie *im Hinblick auf* die Nachwirkung vereinbart wird⁸⁸. In die gleiche Richtung deuten zwei neue Entscheidung des 4. *Senats*⁸⁹ und des 9. *Senats*⁹⁰, nach denen es genügt, dass „die Vereinbarung nach dem Willen der Arbeitsvertragsparteien – zumindest: auch – die Nachwirkung des beendeten Tarifvertrags beseitigen“ soll. „Ersetzt werden“ im Sinne des § 4 V TVG ist also nicht zeitlich, sondern *funktional* zu verstehen.

Bei § 613a I 4 Var. 2 BGB ist es ähnlich. Die große dynamische Verweisung ist zwar *vor* dem Betriebsübergang und auch noch mit dem Veräußerer vereinbart worden. Da es sich um eine Tarifwechselklausel handelt, ist sie aber funktional auch im Hinblick auf die Änderung oder Ablösung der Arbeitsbedingungen – zum Beispiel nach einem Betriebsübergang – vereinbart worden. Im Übrigen droht auch keine Benachteiligung des übernommenen Arbeitnehmers, da die Bezugnahmeklausel nur zur Anwendung des einschlägigen Tarifvertrags führt⁹¹. Der 4. *Senat* hat diese Frage zu § 613a I 4 Var. 2 BGB allerdings noch nicht entschieden. Die erwähnte Rechtsprechung des 4. *Senats* und des 9. *Senats* deutet aber in die Richtung, dass das BAG auch beim Betriebsübergang keinen anderen Weg als bei der Nachwirkung gehen wird.

(2) *Keine Auswirkungen der „Werhof“-Entscheidung des EuGH.* Beim Betriebsübergang stellt sich außerdem die Zusatzfrage, ob die neue Rechtsprechung mit Blick auf das Werhof-Urteil des *EuGH* aus dem Jahr 2006 europarechtswidrig ist⁹². Der *EuGH* hält die bisherigen Auslegungsgrundsätze des *BAG* zur Gleichstellungsabrede für europarechtskonform, weist aber zugleich darauf hin, dass die „dynamische“ Auslegung der Bezugnahme nach Betriebsübergang – neue Rechtsprechung – die europarechtlich geschützte negative Vereinigungsfreiheit des Erwerbers beeinträchtigen könnte⁹³. Die „statische“ Auslegung der Klausel – bisherige Rechtsprechung – gewährleiste hingegen „umfassend“ sein Recht auf negative Vereinigungsfreiheit. Nicht wenige Stimmen im Schrifttum meinen vor diesem Hintergrund, die neue Klauseldeutung sei jedenfalls in Betriebsübergangsfällen europarechtswidrig⁹⁴. Dagegen

⁸⁸ Siehe z.B. *Annuß*, Anm. BAG RdA 2000, 178, 181; *Franzen* (Fn. 1), § 4 TVG Rn. 64; ; *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 4 Rn. 401; abw. noch *Jacobs*, Anm. BAG AP TVG § 4 TVG Nachwirkung Nr. 34.

⁸⁹ *BAG* (23.2.2005), AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 42.

⁹⁰ *BAG* (17.1.2006), NZA 2006, 923, 925; ebenso *BAG* (3.4.2007), NZA 2007, 1045, 1047.

⁹¹ Vgl. *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 206.

⁹² *EuGH* (9.3.2006), NZA 2007, 376 ff.

⁹³ *EuGH* (9.3.2006), NZA 2006, 376, 378.

⁹⁴ Z.B. *Nicolai*, DB 2006, 670, 671 f.; *Joussen* (Fn. 22), B 7200 Rn. 63; *Simon/Kock/Halbsguth*, ZIP 2006, 723, 726; ähnlich *Nicolai/Krois*, SAE 2007, 158, 161 f.; in diese Richtung auch noch mit Blick auf den eindeutigen Wortlaut der Werhof-Entscheidung *Jacobs*, FS Birk (2008), S. 243, 255 ff.

wird zu Recht eingewandt, dass es bei der Bindung an den Tarifvertrag kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme – auch beim Betriebsübergang – nicht um die Vereinigungsfreiheit, sondern um die durch eine privatautonome Entscheidung des Arbeitgebers realisierte Vertragsfreiheit geht⁹⁵. Die Frage der Vertragsauslegung stellt sich außerdem auch außerhalb des Betriebsübergangs und hat mit diesem nichts zu tun. Sie ist europarechtsneutral⁹⁶. Es erstaunt deshalb nicht, dass das BAG in „Werhof“ kein Problem zu sehen scheint, wie erste Äußerungen des Gerichts andeuten⁹⁷.

b) Für Neuverträge: Vereinbarung von Tarifwechselklauseln

Für Neuverträge hat das BAG ausdrücklich klargestellt, dass Gleichstellungsabreden und im Übrigen auch statische Bezugnahmen und Tarifwechselklauseln weiterhin verabredet werden können, wenn sie mit Blick auf den mit der Klausel jeweils verfolgten Zweck klar und eindeutig formuliert sind⁹⁸. Eine kleine dynamische Klausel kann beim Verlust der Tarifbindung des Arbeitgebers zwar eine dynamische „Ewigkeitsbindung“ verhindern. Sie erschwert jedoch die Harmonisierung der Arbeitsbedingungen nach einem Betriebsübergang, vor allem wenn er mit einem Branchenwechsel verbunden ist. Es ist deshalb von vornherein anzuraten, große dynamische Verweisungen zu vereinbaren. Konkrete Klauselvorschläge sind im Schrifttum zu finden⁹⁹. Die Klausel sollte nicht nur ganz allgemein gemäß den neuen Vorgaben ihren Zweck – den Tarifwechsel – hinreichend verdeutlichen, sondern ausdrücklich auch auf etwaige Firmentarifverträge verweisen, um sicherzustellen, dass (*Firmen-*)*Sanierungstarifverträge* auch nach den Anforderungen der geänderten Judikatur erfasst sind¹⁰⁰; für Altverträge ist das nach der neuen Rechtsprechung bei Verweisungen auf Verbandstarifverträge zweifelhaft¹⁰¹. Außerdem empfiehlt es sich mit Blick auf die sich verändernde Tariflandschaft, auch eine Bestimmung über den anwendbaren Tarifvertrag bei *Tarifpluralität* aufzunehmen¹⁰².

⁹⁵ Wie hier etwa *Bayreuther*, Anm. BAG AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifverträge Nr. 53; *Hanau*, RdA 2007, 180, 181 f.; *Henssler* (Fn. 77), § 3 TVG Rn. 26; *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 197; *Jacobs/Eva Maria Willemsen*, JbArbR Bd. 45 (2008), S. 47, 64 ff. (zur negativen Koalitionsfreiheit, die ebenfalls nicht verletzt ist, S. 66 f.); *Thüsing*, NZA 2006, 473, 474.

⁹⁶ *Reichold*, JZ 2006, 723, 727.

⁹⁷ BAG (18.4.2007), NZA 2007, 965, 968 f.; BAG (29.8.2007), NZA 2008, 364, 366; BAG (19.9.2007), NZA 2008, 241, 244.

⁹⁸ BAG (14.12.2005), NZA 2006, 607, 610; BAG (18.4.2007), NZA 2007, 965, 968 f.

⁹⁹ Zuletzt etwa bei *Giesen*, NZA 2006, 625, 929 ff.; *Henssler* (Fn. 77), § 3 TVG Rn. 32b; *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 214 ff.; *Jacobs*, FS Birk (2008), S. 243, 260 ff.; *Jacobs/Eva Maria Willemsen*, JbArbR Bd. 45 (2008), S. 47, 67 f.; *Preis/Greiner*, NZA 2007, 1073, 1079.

¹⁰⁰ *Henssler* (Fn. 77), § 3 TVG Rn. 32a.

¹⁰¹ Dazu *Bayreuther*, Anm. BAG AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifverträge Nr. 53; *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 186.

¹⁰² Dazu *Jacobs*, NZA 2008, 325, 333.

Große dynamische Verweisungen sind, darauf ist ergänzend hinzuweisen, bei eindeutiger Formulierung nicht mehrdeutig, so dass sie nicht unklar im Sinne des § 305c II BGB sind¹⁰³. Für eine Intransparenz gemäß § 307 I 2 BGB bestehen ebenfalls keine Anhaltspunkte. Die Klausel mag zwar außerdem als solche – es geht nicht um den in Bezug genommenen Tarifvertrag, für den §§ 310 IV 3, 307 III BGB gelten – der Inhaltskontrolle unterliegen. Der Tatbestand des § 308 Nr. 4 BGB ist indessen nicht erfüllt, da die große dynamische Verweisung dem Arbeitgeber keinen Änderungsvorbehalt einräumt, und eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 I 1 BGB scheidet aus, weil wegen der Klausel gerade der jeweils *einschlägige* Tarifvertrag anzuwenden ist¹⁰⁴.

3. Änderung und Ablösung beim Erwerber

Bei der Änderung und Ablösung der arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifbedingungen beim Erwerber ist wieder zwischen einer Änderung oder Ablösung durch Kollektivvertrag und einer solchen auf arbeitsvertraglicher Ebene zu unterscheiden.

a) Ablösung durch anderen Kollektivvertrag

An sich scheidet eine verschlechternde Ablösung durch Kollektivvertrag wie bei originär arbeitsvertraglichen Regelungen wegen des Günstigkeitsprinzips (§ 4 III Var. 2 TVG) aus. Allerdings sind für die kleine dynamische Verweisung zwei Ausnahmen denkbar.

aa) *Analogie zu § 613a I 3 BGB*. Die eine Ausnahme knüpft an § 613a I 3 BGB an. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift scheidet zwar aus, da sie sich auf § 613a I 2 BGB und nicht auf § 613a I 1 BGB bezieht. Diskussionswürdig ist aber eine Analogie¹⁰⁵. Der 3. Senat¹⁰⁶ und 4. Senate¹⁰⁷ haben sie im Jahr 2007 zu Recht verneint, weil es keine planwidrige Gesetzeslücke gibt: Die Geltung des arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifs bestimmt sich im übergegangenen Arbeitsverhältnis plangemäß nach § 613a I 1 BGB. Aus dem gleichen Grund darf man den Vertragsparteien auch nicht unterstellen, die kleine dynamische Verweisung erstrecke sich vereinbarungsgemäß auch auf § 613a I 3 BGB: Die Par-

¹⁰³ Wie hier i.E. *Hanau*, NZA 2005, 489, 492; *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 207.

¹⁰⁴ Wie hier *Bauer/Günther*, NZA 2008, 6, 11 ff.; *Hanau*, NZA 2005, 489, 492; *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 207; vgl. zu § 308 Nr. 4 BGB aber *Reinecke*, BB 2006, 2637, 2645.

¹⁰⁵ Dafür z.B. *Gussen* (Fn. 10), § 613a BGB Rn. 259; *Schipp*, NZA 1994, 865, 869; *Zöllner*, DB 1995, 1401, 1406.

¹⁰⁶ BAG (29.8.2007), NZA 2008, 364, 365 f.

¹⁰⁷ BAG (13.11.2007), NZA 2008, 600, 603.

teien haben gerade keine Tarifwechselklausel vereinbart, was sie hätten tun können, um die Rechtsfolgen der Vorschrift herbeizuführen¹⁰⁸.

bb) Günstigkeitsprinzip statt Spezialitätsprinzip. Eine Ablösung könnte ferner – das ist die zweite denkbare Ausnahme – gemäß den Regeln zur Auflösung einer Tarifkollision erfolgen: Gälte danach beim Erwerber ein speziellerer Tarifvertrag, ginge dieser dem über die arbeitsvertragliche Bezugnahme maßgeblichen Veräußerertarif vor. Bezugnahmeklauseln wirken aber als Teil des Arbeitsvertrags – wie schon erwähnt – rein schuldrechtlich und verursachen demzufolge – wie neuerdings endlich auch der *4. Senat* zugesteht¹⁰⁹ – keine Tarifkonkurrenz; das Zusammentreffen einer arbeitsvertraglichen Verweisungsklausel mit einem anderen normativ wirkenden Tarifvertrag ist vielmehr nach dem *Günstigkeitsprinzip* (§ 4 III Var. 2 TVG) zu beurteilen¹¹⁰. Daraus, dass die arbeitsvertragliche Geltung für den Erwerber auf einem Betriebsübergang nach § 613a I BGB beruht, folgt nichts anderes; auch in diesem Fall ist die günstige einzelvertragliche Vereinbarung vorrangig¹¹¹. Die Bezugnahmeklausel ist in der Regel so auszulegen, dass der Tarifvertrag *insgesamt* in Bezug genommen ist¹¹². Auf eine Kollision von zwei tariflichen Regelungswerken sind die überkommenen Grundsätze des Günstigkeitsprinzips aber nicht zugeschnitten. Das spricht dafür, in *diesem* Fall – bei einer Teilverweisung mag etwas anderes gelten – ausnahmsweise keinen Sachgruppenvergleich, sondern einen *Gesamtvergleich* vorzunehmen¹¹³. Ob eine Günstigkeit in jedem einzelnen Regelungspunkt vorliegen muss¹¹⁴, ist zweifelhaft; sie wird praktisch vermutlich ohnehin nie vorliegen. Ist eine Günstigkeit nicht zu ermitteln (sog. ambivalente Regelungen), setzt sich der normativ wirkende Tarifvertrag durch, da § 4 III Var. 2 TVG nur ein Ausnahmetatbestand zu § 4 I TVG ist¹¹⁵.

¹⁰⁸ BAG (29.8.2007), NZA 2008, 364, 365 f.; *Lieb/Jacobs* (Fn. 3), Rn. 324.

¹⁰⁹ BAG (29.8.2007), NZA 2008, 364, 366; ebenso *LAG Berlin-Brandenburg*, 18.4.2007 – 15 Sa 195/07, n.v.; zust. z.B. *Bayreuther*, Anm. BAG AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifverträge Nr. 53; *Franzen* (Fn. 1), § 3 TVG Rn. 33, 41, § 4 TVG Rn. 37; *Gussen* (Fn. 10), § 613a BGB Rn. 237a; *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 202; *Jacobs*, FS Birk (2008), S. 243, 254; *Jacobs/Eva Maria Willemsen*, JbArbR Bd. 45 (2008), S. 47, 49 f., 61; *Preis* (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 127; a.A. noch *BAG* (23.3.2005), NZA 2005, 1003, 1005 f.

¹¹⁰ Zum Günstigkeitsprinzip näher *Jacobs* (Fn. 1), § 7 Rn. 15 ff. m.w.N.

¹¹¹ *LAG Berlin-Brandenburg*, 30.1.2007 – 12 Sa 2044/06, n.v.; *LAG Berlin-Brandenburg*, 18.4.2007 – 15 Sa 195/07, n.v.

¹¹² *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 4 Rn. 265.

¹¹³ So auch *Franzen* (Fn. 1), § 4 TVG Rn. 37; *Oetker* (Fn. 20), § 3 Rn. 291.

¹¹⁴ Dafür *Löwisch/Rieble* (Fn. 3), § 4 Rn. 265.

¹¹⁵ *Franzen* (Fn. 1), § 4 TVG Rn. 37; *Jacobs* (Fn. 1), § 7 Rn. 44.

b) Änderung und Ablösung auf arbeitsvertraglicher Ebene

Damit bleiben dem Erwerber nur der Änderungsvertrag und die Änderungskündigung, um die Bezugnahme zu ändern oder abzulösen. Bedenkt man, dass die künftige Vertragsgestaltung sich auf die neue Rechtsprechung einstellen kann, ist vor allem die Anpassung von Bezugnahmeklauseln in Verträgen problematisch, die zwischen dem 1.1.2002 und dem 14.12.2005 abgeschlossen worden sind. Die Klauseln wurden zwar unter der Geltung der bisherigen Rechtsprechung vereinbart, sind aber nach der rückwirkenden Rechtsprechungsänderung gemäß ihrem Wortlaut als „konstitutive Ewigkeitsklauseln“ auszulegen.

aa) Änderungsvertrag. Ein Änderungsvertrag setzt eine Einigung mit jedem einzelnen Arbeitnehmer voraus und scheitert in der Praxis daher regelmäßig als Änderungsinstrument, wenn der Erwerber die Arbeitsbedingungen verschlechtern muss¹¹⁶.

bb) Änderungskündigung. Bei der Änderungskündigung muss man differenzieren: Die Änderungskündigung zur Entdynamisierung der kleinen dynamischen Verweisung ist weithin aussichtslos, wenn sie am überkommenen Maßstab des § 2 KSchG gemessen wird. Bei einer solchen Kündigung handelt sich zwar nicht unmittelbar um eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung, die vom BAG grundsätzlich nur unter sehr strengen Voraussetzungen für zulässig gehalten wird (Insolvenznähe)¹¹⁷. Die Umstellung von der dynamischen auf die statische Verweisung wirkt nämlich nicht entgeltabsenkend, sondern erhält lediglich den status quo¹¹⁸. Dennoch sind die allgemeinen Anforderungen auch an eine „normale“ Änderungskündigung nicht unerheblich¹¹⁹.

Im Schrifttum schlägt man deshalb vor, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen in diesem Fall bei „willkürfreien, nachvollziehbaren und aner kennenswerten Gründen“ sozial gerechtfertigt sei¹²⁰. Dieser Ansatz ist aufzugreifen und zu ergänzen: Dem Arbeitgeber ist bei einem besonders ausgeprägten Vereinheitlichungsinteresse ein Recht zur Änderungskündigung unter erleichterten Voraussetzungen einzuräumen¹²¹. Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn der Erwerber beim Betriebsübergang das Zusammenwachsen zweier Beleg-

¹¹⁶ *Jacobs*, FS Birk (2008), S. 243, 257.

¹¹⁷ Zuletzt etwa *BAG* (12.1.2006), NZA 2006, 587, 588 m.w.N.

¹¹⁸ *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2006, 251, 253; *Jacobs*, FS Birk (2008), S. 243, 258 f.; a.A. *Bayreuther*, DB 2007, 166, 167.

¹¹⁹ *Jacobs/Eva Maria Willemsen*, JbArbR Bd. 45 (2008), S. 47, 69; zu den Voraussetzungen statt aller näher *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hrsg.: Müller-Glöße/Preis/Schmidt), 8. Aufl. 2008, § 2 KSchG Rn. 39 ff. m.w.N.

¹²⁰ *Hohenstatt* (Fn. 4), E Rn. 216.

¹²¹ Näher *Jacobs/Eva Maria Willemsen*, JbArbR Bd. 45 (2008), S. 47, 69 f.; ausführl. *Eva Maria Willemsen*, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag bei Tarifwechsel (zVb.).

schaften erreichen muss oder wenn nach einer fachlichen Neuausrichtung die in Bezug genommenen Tarifverträge für die neue Branche nicht mehr „passen“. Allerdings bedarf es dabei stets einer sorgfältigen Abwägung des Vereinheitlichungsinteresses des Arbeitgebers mit dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers. Insbesondere darf der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko einer unpräzisen Vertragsgestaltung entgegen der Intention der neuen Rechtsprechung nicht generell auf den Arbeitnehmer überwälzen. Die „vereinfachte“ Änderungskündigung muss deshalb die Ausnahme bleiben. In jedem Fall ist dem Arbeitnehmer im Sinne einer „Rucksacklösung“ der status quo der Arbeitsbedingungen, insbesondere also das gegenwärtige Tariflohniveau, zu erhalten.

Möchte der Arbeitgeber von einer kleinen dynamischen Verweisung zu einer Tarifwechselklausel übergehen, spricht vieles dafür, die zur Änderungskündigung zum Zwecke der Entgeltreduzierung entwickelten Grundsätze anzuwenden: Schließlich *kann* der Arbeitgeber mit der Hilfe der Tarifwechselklausel das gegenwärtige Entgeltniveau reduzieren¹²².

III. Zwischenergebnis

Arbeits- und Tarifbedingungen, die schon vor dem Betriebsübergang arbeitsvertraglich galten, gelten auch beim Erwerber arbeitsvertraglich fort. Durch die sorgfältige Formulierung von Tarifwechselklauseln kann der Arbeitgeber in Neuverträgen erreichen, dass Tarifwechsel für Gewerkschaftsmitglieder und Außenseiter einheitlich nachvollzogen werden. Schwieriger ist es mit kleinen dynamischen Verweisungen in Altverträgen, die von der Rechtsprechungsänderung des 4. Senats betroffen sind. Insoweit sollte der 4. Senat über erleichterte Voraussetzungen einer Änderungskündigung nachdenken, um dem Arbeitgeber in besonders schutzwürdigen Fällen die Entdynamisierung der Verweisung zu ermöglichen.

D. Zusammenfassung

Die Tendenz in der Rechtsprechung zur Frage der Fortgeltung und Änderung von Arbeits- und Tarifbedingungen beim Betriebsübergang ist in den vergangenen Jahren dahin gegangen, dem auf das einzelne Arbeitsverhältnis bezogenen Bestandsschutz entsprechend den Vorgaben des TVG und des § 613a BGB größeren Stellenwert einzuräumen als dem Vereinheitlichungsinteresse des Erwerbers. Darauf muss sich die Praxis einstellen. Die Vereinheitlichung wird den Arbeitgebern aber mittel- und langfristig durch die rechtsprechungsfeste Vereinbarung von Tarifwechselklauseln in Neuverträgen gelingen. Ob für Altverträge, die

¹²² Jacobs/Eva Maria Willemsen, JbArbR Bd. 45 (2008), S. 47, 69.

nach dem 1.1.2002 abgeschlossen worden sind, die Änderungskündigung und erleichterten Voraussetzungen helfen wird, bleibt abzuwarten.