

Betriebs Berater

40 | 2017

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Compliance** ... **KESt** ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... 2.10.2017 | 72. Jg. Seiten 2305–2368

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA

Vorsicht für in Österreich aktive Werkunternehmer:

22 Mio. Euro Strafe für einen Werkvertrag

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Dimitri Slobodenjuk, LL.M., RA

Verschärfte Investitionskontrolle nach der Außenwirtschaftsverordnung – ein Überblick | 2306

Dr. Jürgen Rieg, RA

Prüfungs- und Handlungsbedarf aufgrund der Einführung des Transparenzregisters | 2310

STEUERRECHT

Prof. Dr. Karl-Georg Loritz, StB

Die Realität des Aktientransfers in Zeiten der Dauerglobalurkunde – Sachgerechtes Verständnis des Zivilrechts als Grundlage zur Vermeidung steuerlicher Irrwege – Teil I | 2327

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Annette G. Köhler und **Prof. Dr. Nicole V. S. Ratzinger-Sakel**

Aktuelle Entwicklungen auf dem WP-Markt in Deutschland:

Umsätze und Mandate der Prüfungsgesellschaften nach Transparenzberichten | 2347

ARBEITSRECHT

Dr. Ralf Busch, RA/FAArbR, und **Sandy Gerlach**, RAin

Dynamische Verweisung auf Tarifverträge vs. unternehmerische Freiheit nach Betriebsübergang | 2356

Dr. Ralf Busch, RA/FAArbR, und Sandy Gerlach, RAin

Dynamische Verweisung auf Tarifverträge vs. unternehmerische Freiheit nach Betriebsübergang

Arbeitsrechtlichen Themen kommt in der Post-Merger-Phase von Unternehmenstransaktionen besondere Bedeutung zu. Eines der zentralen Themen bildet hier die Harmonisierung der Arbeitsbedingungen. Dies ist insbesondere dann schwer umzusetzen, wenn der Veräußerer tarifgebunden ist und arbeitsvertraglich auf diesen Tarifvertrag in der jeweils gültigen Fassung verwiesen wird. Ist auch der nicht tarifgebundene Erwerber an die Tarifverweisung gebunden? Der EuGH hat dies in der Entscheidung *Alemo-Herron* für den Fall verneint, dass der Erwerber keine Möglichkeit hat, auf die zukünftige Tarifgestaltung Einfluss zu nehmen. Der Vierte Senat des BAG geht hierzu mit seinem Urteil vom 30.8.2017 im Fall *Asklepios auf Konfliktkurs*, indem er ungeachtet der strengen Voraussetzungen, die der Zweite Senat des BAG an die Rechtswirksamkeit einer Änderungskündigung stellt, für den EuGH bindend von ausreichenden Änderungsmöglichkeiten einer vertraglich vereinbarten Dynamisierung der Tarifbindung ausgeht.

I. Das Urteil des BAG im Fall *Asklepios im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Rechtswirkung der dynamischen Verweisung auf Tarifvertrag nach Betriebsübergang*

Nachdem das BAG kleine dynamische Bezugnahme Klauseln in Verträgen, die nach dem 31.12.2001 geschlossen worden sind, als unbedingt zeitdynamisch und insofern auch als den Betriebserwerber bindende „konstitutive Ewigkeitsklausel“ auslegt,¹ haben die Aussagen des EuGH in seinen Entscheidungen in Sachen *Werhof*, *Alemo-Herron* und *Österreichischer Gewerkschaftsbund* diese Sichtweise mehr und mehr ins Wanken gebracht.

1. Werhof

Das vorliegende LAG Düsseldorf hatte europarechtliche Zweifel an der Auslegung einer dynamische Bezugnahme Klausel aus einem Altvertrag als Gleichstellungsabrede in einem Fall, in dem der Betrieb auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber übergegangen war und danach der Tariflohn erhöht wurde.² In seiner Entscheidung stellte der EuGH klar, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14.2.1977 nicht der Statischstellung der Tarifanwendung bei einem Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber entgegenstehe.³ In diesem Zusammenhang führte der EuGH weiter aus, dass eine Klausel, die auf einen Kollektivvertrag verweist, keine weitergehende Bedeutung haben kann als der Kollektivvertrag selbst.⁴ Zweck der Richtlinie sei lediglich die am Tag des Übergangs bestehenden Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer zu wahren, nicht jedoch bloße Erwartungen und somit hypothetische Vergünstigungen zu schützen, die sich aus zukünftigen Entwicklungen der Kollektivverträge

ergeben könnten. Überdies diene die Richtlinie nicht nur dem Schutze der Interessen der vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer, sondern ebenso den Interessen des Erwerbers, der in der Lage sein müsse, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen.⁵ Außerdem führte der EuGH für den Fall der dynamischen Auslegung der damaligen Bezugnahme Klausel nach Betriebsübergang aus, dass dadurch künftige Kollektivverträge für den Erwerber gelten, denen er nicht angehört. Hierdurch könne das Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit des Erwerbers beeinträchtigt werden.⁶ Dahingegen erlaube die statische Auslegung der Bezugnahme Klausel es, das Grundrecht umfassend zu gewährleisten.⁷ In der Folge entbrannte in Deutschland ein Streit über die Frage, ob es ein europarechtliches Verbot gebe, Bezugnahme Klauseln nach Betriebsübergang dynamisch wirken zu lassen.⁸ Der sich dafür aussprechenden Ansicht hat das BAG in seiner Entscheidung vom 23.9.2009⁹ eine Absage erteilt. Danach verstoße die Bindung des Erwerbers eines Betriebs an die von dessen Veräußerer mit dem Arbeitnehmer individualrechtlich vereinbarte dynamische Bezugnahme auf einen Tarifvertrag nicht gegen gemeinschaftsrechtliche Regelungen. Die Werhof-Entscheidung lasse statisch wirkende Klauseln zu, verbiete jedoch keine dynamische Fortgeltung des in Bezug genommenen Tarifvertrags beim Erwerber.¹⁰

2. Alemo-Herron

Der darauf folgenden Entscheidung des EuGH *Alemo-Herron*¹¹ lag eine ganz ähnliche Konstellation zu Grunde. Hintergrund war die privatisierende Übertragung eines öffentlichen „Departments“ auf eine Gesellschaft privaten Rechts in London. Später erfolgte ein weiterer Betriebsübergang auf den privaten Erwerber *Parkwood*. Für die Arbeitnehmer fanden kraft arbeitsvertraglicher dynamischer Bezugnahme Klausel die durch das NJC (Tarifverhandlungsorgan auf lokaler öffentlicher Ebene) verhandelten Tarifverträge Anwendung. Nach Betriebsübergang wurden vom NJC, in dem private Arbeitgeber wie *Parkwood* nicht Mitglied werden konnten, Tariflohnerhöhungen vereinbart, welche *Parkwood* nicht an die Arbeitnehmer weiterreichte. Mit Spannung wurde die Antwort des EuGH auf die Frage erwartet, ob Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG eine dynamische Auslegung der

1 BAG, 18.4.2007 – 4 AZR 652/05, BB 2007, 2125.

2 LAG Düsseldorf, Vorlagebeschluss vom 8.10.2004 – 9 Sa 817/04, NZA-RR 2005, 148.

3 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04, BB 2006, 891, Tenor.

4 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04, Rn. 28, BB 2006, 891.

5 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04, Rn. 31, BB 2006, 891.

6 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04, Rn. 34, BB 2006, 891.

7 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04, Rn. 35, BB 2006, 891.

8 Statt vieler vgl. zum Meinungsstand *Sutschet*, RdA 2013, 28/30 m. w. N.

9 BAG, 23.9.2009 – 4 AZR 331/08, BB 2010, 1796.

10 BAG, 23.9.2009 – 4 AZR 331/08, Rn. 36 f., BB 2010, 1796.

11 EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, NZA 2013, 835.

Bezugnahmeklausel nach Übergang eines Betriebs auf einen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber verbietet. Der EuGH entschied, dass Bezugnahmeklauseln beim Erwerber nicht dynamisch im Hinblick auf nach dem Zeitpunkt des Übergangs verhandelte und geschlossene Tarifverträge fortgelten, wenn er keine Möglichkeit hat, an den Verhandlungen über diese Kollektivverträge teilzunehmen.¹² Hauptsächlich beruht die Begründung der Entscheidung auf zwei Erwägungen: Zum einen diene die Richtlinie einem gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer und des Erwerbers. Unter Verweis auf seine Entscheidung in Sachen Werhof führt der EuGH aus, dass der Erwerber in der Lage sein müsse, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen.¹³ Zum anderen müsse bei der Auslegung der Richtlinie die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) Berücksichtigung finden. Danach müsse es dem Erwerber möglich sein, im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden Verfahrens, an dem er beteiligt ist, seine Interessen wirksam geltend zu machen und die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln.¹⁴ Ist jedoch der Betriebserwerber ohne Möglichkeit der Einflussnahme auf die nach Übergang geschlossenen Kollektivverträge, etwa weil es ihm verwehrt ist, in dem betreffenden Tarifverhandlungsorgan mitzuwirken, könne dies den Wesensgehalt des Rechts des Erwerbers auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen.¹⁵

Interessant ist in diesem Zusammenhang und insbesondere unter dem Gesichtspunkt der neuerlichen Vorlage durch das BAG, dass der EuGH in seiner Entscheidung *Alemo-Herron* auf die Frage, ob der neue Arbeitgeber die Möglichkeit hat, durch individuelle Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer von einer Bezugnahme im Arbeitsvertrag abzuweichen, nicht eingegangen ist. Auf die Wichtigkeit dieser Frage hatte der Generalanwalt *Cruz Villalón* in seinem Schlussantrag hingewiesen und gleichzeitig argumentiert, es sei Aufgabe des nationalen Gerichts festzustellen, ob die Bindung an die Bezugnahmeklauseln unbeding und unabänderlich sei.¹⁶ Grundsätzlich dürfen gemäß §4 Abs. 4 und 5 TUPE in England arbeitsvertragliche Vereinbarungen nach einem Betriebsübergang nur in bestimmten Fällen geändert werden.¹⁷ Dabei sind Änderungen im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang zulässig, wenn sie aufgrund wirtschaftlicher, technischer oder organisatorischer Aspekte im Zusammenhang mit der Veränderung der Belegschaft stehen. Unwirksam sind dagegen Änderungen, wenn sie aufgrund Betriebsübergangs erfolgen. Unabhängig von diesen nationalen rechtlichen Erwägungen hat der EuGH darauf verzichtet, hierauf einzugehen. Insofern ist davon auszugehen, dass ihm diese Möglichkeit nicht ausgereicht zu haben scheint.¹⁸

In arbeitsrechtlichen Rezensionen ist die Entscheidung auf Ablehnung gestoßen.¹⁹ Als Kernargument wird vorgebracht, der Übertragung der Entscheidung auf die Rechtslage in Deutschland stünden erhebliche strukturelle Unterschiede zwischen dem Recht im Vereinigten Königreich und dem deutschen Recht zur Geltung bzw. Einbeziehung von Tarifverträgen in das Arbeitsverhältnis entgegen.²⁰ Dabei wurden Schwächen in der tragenden Begründung der Entscheidung des EuGH bemängelt und dem EuGH vorgeworfen, nicht dogmatisch sauber zwischen der Fortgeltung von privatautonom vereinbarten Arbeitsbedingungen nach Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG und einer Fortgeltung von kollektiv geltenden Tarifverträgen nach Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG zu differenzieren.²¹

3. Österreichischer Gewerkschaftsbund

Vor diesem Hintergrund ist sodann auch die Entscheidung des EuGH in Sachen Österreichischer Gewerkschaftsbund zu verstehen. Hier hat der EuGH entschieden, dass es mit Blick auf die Nachwirkung von Tarifverträgen in der Situation des Betriebsübergangs nicht auf den Geltungsgrund der jeweiligen Tarifregelung ankomme.²²

4. Asklepios

Der gewerkschaftlich organisierte Arbeiter war im Fall *Asklepios*²³ als Hausarbeiter in einem Krankenhaus beschäftigt, welches Mitglied im kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) war. Im Arbeitsvertrag war eine Gleichstellungsabrede enthalten. Im Zuge eines ausgliedernden Betriebsübergangs schloss die Arbeitgeberin 1997 mit der neuen, nicht organisierten Arbeitgeberin und dem Betriebsrat einen Personalüberleitungsvertrag (PÜV), nach dem für die Arbeiter weiterhin der Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G II) der jeweils geltenden Fassung einschließlich der den Tarifvertrag ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge gelten sollte. Bei Zustimmung des Mitarbeiters werde der PÜV Bestandteil des Arbeitsvertrags. In der Folge wurden bis zum Jahr 2003 sämtliche Tariflohnerhöhungen weitergegeben, welche vom Hausarbeiter widerspruchslos angenommen worden. Erst ab 2004 wurden tarifliche Gehaltssteigerungen nicht mehr weitergegeben. 2008 ging der Betriebsteil, in dem der Arbeiter beschäftigt war, auf die nicht tarifgebundene *Asklepios* über. Der Arbeiter begehrte die Feststellung der dynamischen Anwendung des TVöD auf sein Arbeitsverhältnis.

a) Urteil des LAG Hessen vom 10.12.2013 – 8 Sa 538/13

Nach der Entscheidung LAG Hessen²⁴ folge die dynamische Anwendung des TVöD nicht aus der arbeitsvertraglichen Gleichstellungsabrede, sondern aus dem PÜV in Verbindung mit § 613a Abs. 1 S. 1 BGB. Bei dem PÜV handle es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter, der Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden sei. Die Inkorporation in Individualrecht habe der PÜV durch konkludente Zustimmung des Mitarbeiters erhalten. Die widerspruchslose Hinnahme der Weitergabe der Tariflohnerhöhungen durch den Mitarbeiter sei als konkludente Vereinbarung zu verstehen. Die Bezugnahmeklausel im PÜV sei als dynamische zu qualifizieren. Die Auslegung als Gleichstellungsabrede scheidet aus, weil die vereinbarende Arbeitgeberin

12 EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, Rn. 20, 37, NZA 2013, 835.

13 EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, Rn. 25, NZA 2013, 835.

14 EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, Rn. 31, 34, NZA 2013, 835.

15 EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, Rn. 33 ff., NZA 2013, 835.

16 Generalanwalt beim EuGH Schlussantrag vom 19.2.2013 – C-426/11, Rn. 55, BeckRS 2013, 80324.

17 Vgl. hierzu *Heuschmid*, AuR 2013, 500; *Karthus/Richter*, in: Däubler u. a., Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 613a BGB, Rn. 150.

18 *Latzel*, RdA 2014, 110, 115–116; *Sagan*, ZESAR 2016, 116/121; *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, 15.

19 *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 118 m. w. N.

20 *Forst*, DB 2013, 1847, 1848 ff.; *Klauk/Klein*, jurisPR-ArbR 40/2013 Anm. 1; *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013, 737; a. A. *Franzen*, EuZA 2014, 285, 307; *Krainer*, EuZA 2014, 230, 238; *Hartmann*, EuZA 2015, 203, 211, *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, 15; *Schiefer/Hartmann*, BB 2013, 2613; *Commandeur/Kleinebrink*, BB 2014, 181; Allerdings die überwiegenden Literaturstimmen vgl. u. a. *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, 15; *Lobinger*, NZA 2013, 945; *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013, 737; *Latzel*, RdA 2014, 110.

21 *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 143 f.: Die Differenzierung findet in der Rechtsprechung des EuGH „keinen, zumindest keinen ausreichenden Widerhall“.

22 EuGH, 11.9.2014 – C-328/13, Rn. 24 f., NZA 2014, 1092, vgl. hierzu auch *Hanau*, RdA 2016, 159, 160; *Hartmann*, EuZA 2015, 203, 212.

23 LAG Hessen, 10.12.2013 – 8 Sa 538/13, BeckRS 2016, 65968; BAG, Vorlagebeschluss vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373.

24 LAG Hessen, 10.12.2013 – 8 Sa 538/13, BeckRS 2016, 65968.

nicht Mitglied im KAV war. Eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit und der Vertragsfreiheit scheidet aus, weil nicht die kollektivrechtliche Wirkweise von Tarifnormen infrage stehe, sondern es um arbeitsvertragliche Vereinbarungen gehe, die aufgrund einer privatautonomen Entscheidung des Erwerbers nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB übergehen.²⁵ Mit der Begründung, Systematik und Rechtsfolgen des § 613a BGB zeichnen lediglich Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG nach, lehnt das LAG einen Verstoß gegen die Richtlinie 2001/23/EG ab.²⁶ Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung des EuGH in Sachen *Alemo-Herron*, denn in der Entscheidung ginge es im Gegensatz zum vorliegenden Fall nicht um die individualvertragliche, sondern funktional um die kollektivrechtliche Wirkung eines Betriebsübergangs.²⁷ Damit komme es nicht darauf an, ob die Betriebserberin auf die Tarifverhandlungen Einfluss nehmen könne. Das Recht auf unternehmerische Freiheit sei vielmehr durch die Möglichkeit geschützt, dass Asklepios mit den Arbeitnehmern hätte Änderungsverträge schließen oder Änderungskündigungen aussprechen können.²⁸

b) Vorlagebeschluss des BAG vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A)

In seinem Vorlagebeschluss differenziert der Vierte Senat sehr dogmatisch zwischen den Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus dem Übergang der Rechte und Pflichten aus einem bestehenden Arbeitsvertrag nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG und der Fortgeltung von Kollektivverträgen nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG.²⁹ Dabei führt er aus, dass Bezugnahmeklauseln allein aufgrund privatautonomer Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien Inhalt des Arbeitsvertrags seien und im Falle eines Betriebsübergangs gemäß Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG unverändert übergehen.³⁰ Insofern seien die vom EuGH (in Sachen *Alemo-Herron*) bereits getroffenen Aussagen nicht ohne Weiteres auf diesen Fall übertragbar.³¹ Vor diesem Hintergrund fragte das BAG den EuGH sinngemäß, ob der unveränderte Übergang einer einzelvertraglich vereinbarten, dynamischen Bezugnahmeklausel im Falle eines Betriebsübergangs gegen Europarecht verstößt, wenn dem Erwerber sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten „unter Wahrung der gesetzlichen Voraussetzungen (§2 KSchG)“ zur Verfügung stehen.

c) Urteil des EuGH vom 27.4.2017 – C-680/15

Ohne auf die dogmatische Differenzierung des BAG zwischen Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG einzugehen, stellt der EuGH zunächst fest, frei vereinbarte dynamische Verweisklauseln gehen grundsätzlich infolge der Privatautonomie auf den Erwerber über.³² Dabei betont er jedoch unter Rückbezug auf seine Entscheidung *Alemo-Herron* den Zweck der europäischen Betriebsübergangsrichtlinie – den gerechten Ausgleich zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen. Hieraus ergebe sich insbesondere, dass der Erwerber in der Lage sein müsse, nach dem Übergang die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen.³³ Die Zusammenschau von Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG mit der unternehmerischen Freiheit gebiete es, dass es dem Erwerber möglich sein müsse, im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden Verfahrens, an dem er beteiligt ist, seine Interessen wirksam geltend zu machen und die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln.³⁴ Aus dem Wortlaut der Vor-

lagefragen ergebe sich, dass das nationale Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten bereithalte.³⁵ Damit sei die Bedingung erfüllt. Ob diese Anpassungsmöglichkeiten tatsächlich bestehen oder wirksam sind, falle in die Zuständigkeit des vorliegenden Gerichts und nicht in die des Gerichtshofs.³⁶

Wie bereits schon in der Entscheidung *Alemo-Herron* nimmt der EuGH keine Stellung zu der aufgeworfenen Frage der individuellen Anpassungsmöglichkeiten von Bezugnahmeklauseln. In Anbetracht der kurzen Ausführungen des BAG zu bestehenden Anpassungsinstrumenten³⁷ sowie deren Voraussetzungen zur rechtmäßigen Ausübung, wurde dem EuGH suggeriert, dass der Erwerber jederzeit die Dynamik beseitigen kann.³⁸ Unter der Prämisse, dass der EuGH nationales Recht nicht prüft, musste er die nach den Ausführungen des BAG im nationalen, deutschen Recht „jederzeit möglichen“ Anpassungsmöglichkeiten als bestehend hinnehmen.

d) Urteil des BAG vom 30.8.2017

Auch wenn sich zur Harmonisierung der Rechtsprechung des BAG die Anrufung des Großen Senats angeboten hätte oder dieser Weg rechtlich gar vorgegeben gewesen war, § 45 Abs. 2 ArbGG, hat das BAG nur vier Monate nach der Entscheidung des EuGH am 30.8.2017 sein, das Urteil der Vorinstanz bestätigende Urteil verkündet.³⁹ Es ist zu erwarten, dass sich das BAG weitgehend an die Begründung seines Vorlagebeschlusses halten wird. In Bezug auf die zum Gegenstand des Vorschlagsbeschlusses gemachte mutmaßlich nach deutschem Recht bestehende Möglichkeit der Vertragsänderung zum Zwecke der Vereinheitlichung der Vertragsbedingungen nach Betriebsübergang kann allerdings mit detaillierteren Ausführungen gerechnet werden. Hinweise gibt eine Abhandlung die der Vorsitzende Richter des erkennenden Senats *Dr. Eylert* gemeinsam mit *Dr. Schinz* im Frühjahr diesen Jahres veröffentlicht hat.⁴⁰ Hier wird einerseits ausgeführt, dass eine „akute Existenzgefährdung des Betriebs“ nicht Voraussetzung für eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist, andererseits aber in Anknüpfung an die ständige Rechtsprechung des BAG hervorgehoben, dass eine Änderungskündigung zum Zwecke der Gehaltsanpassung nur in Betracht komme, wenn der betreffende Betrieb ansonsten stillzulegen wäre oder die Belegschaft deutlich zu reduzieren wäre. Wo hier der bedeutsame Unterschied liegt, erschließt sich dem Leser nicht. Anknüpfung könnte dem BAG bieten, dass der EuGH in der Sache *Alemo-Herron* die von ihm geforderte Unternehmerfreiheit in der Möglichkeit gesehen hat, dass der Erwerber die „zur Fortsetzung seiner Tätigkeit“ erforderlichen Anpassungen vor-

25 LAG Hessen, 10.12.2013 – 8 Sa 538/13, BeckRS 2016, 65968 (unter II. 2. b) cc) (5) (a) (aa) (aaa)).

26 LAG Hessen, 10.12.2013 – 8 Sa 538/13, BeckRS 2016, 65968 (unter II. 2. b) cc) (5) (a) (bb)).

27 LAG Hessen, 10.12.2013 – 8 Sa 538/13, BeckRS 2016, 65968 (unter II. 2. b) cc) (5) (a) (bb) (ccc)).

28 LAG Hessen, 10.12.2013 – 8 Sa 538/13, BeckRS 2016, 65968 (unter II. 2. b) cc) (5) (a) (bb) (ccc)).

29 BAG, Vorlagebeschluss vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), Rn. 25–30, NZA 2016, 373.

30 BAG, Vorlagebeschluss vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), Rn. 26, NZA 2016, 373.

31 BAG, Vorlagebeschluss vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), Rn. 25, NZA 2016, 373.

32 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 19 ff., BB 2017, 1150.

33 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 22, BB 2017, 1150.

34 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 23, BB 2017, 1150.

35 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 2, BB 2017, 1150.

36 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 27, BB 2017, 1150.

37 Zur Änderungskündigung lediglich ein Satz in Rn. 15, der sich in der Rn. 45 quasi wiederholt.

38 Zu dieser Befürchtung im Vorfeld bereits *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 121.

39 BAG, Pressemitteilung Nr. 35/17 vom 30.8.2017.

40 *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145 f.

nehmen kann. Bei isolierter Betrachtung könnte das BAG argumentieren, der EuGH habe eine Unternehmenssituation in Bezug genommen, in der der Geschäftsbetrieb nur fortgesetzt werden kann, wenn die fraglichen vertraglichen Anpassungen vorgenommen werden. Dies entspricht jedoch nicht dem Verständnis des EuGH. Weder dem Urteil in Sachen Werhof noch dem Urteil in Sachen Alemo-Herron lässt sich ein derart existenzieller Bezug für einen vom EuGH als ausreichend angesehene unternehmerische Freiheit entnehmen. Der EuGH thematisiert in Sachen Alemo-Herron lediglich, dass beim Übergang eines Unternehmens vom öffentlichen auf den privaten Sektor beträchtliche Anpassungen erforderlich sind, ohne hiermit das Schicksal des Unternehmens zu verknüpfen.⁴¹

II. Anpassungsmöglichkeiten nach Betriebsübergang

Der EuGH betont in seinen Entscheidungen zu Bezugnahmeklauseln immer wieder, dass die Richtlinie 2001/23 nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen bei einem Unternehmensübergang dient, sondern auch einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer einerseits und denen des Erwerbers andererseits gewährleisten soll.⁴² Demnach verlangt der EuGH für den Erwerber, Anpassungen zur wirtschaftlichen Fortführung des Unternehmens vornehmen zu können.

1. Notwendigkeit von Anpassungsmöglichkeiten – Vertragsfreiheit?

Dennoch wird teilweise grundsätzlich die Notwendigkeit in Abrede gestellt, dass der Erwerber die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vornehmen können muss. Dies mit dem Verweis darauf, dass es Sache des Erwerbers sei, sich im Vorwege des Vertragsschlusses über mögliche Belastungen, ausgelöst durch Bezugnahmeklauseln in den Arbeitsverträgen mittels Due-Diligence-Prüfungen zu informieren, diese Risiken einzupreisen und die Entscheidung zu treffen, das Unternehmen dennoch zu kaufen.⁴³ Wenn der Erwerber aber eine Due Diligence durchgeführt und sich im Anschluss an den Unternehmenskauf über die schlechten Anpassungsmöglichkeiten beschwerte, müsse er sich regelmäßig grobe Fahrlässigkeit entgegenhalten lassen.⁴⁴

Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit sollte bei einer solchen Argumentation bedacht werden, dass von einer privatautonomen Entscheidung des Erwerbers nur die Rede sein kann, wenn dieser beim Unternehmenskauf frei entscheiden dürfte, ob er die ewig dynamische Wirkung der Bezugnahmeklausel tragen möchte. Privatautonom ist der Arbeitsvertrag allenfalls zwischen Veräußerer und Arbeitnehmer ausgehandelt worden. Allenfalls deshalb, weil die Auslegung einer vertraglich vereinbarten Dynamisierung in den allermeisten Fällen zu einer Gleichstellungsabrede führen würde und sich die ewig dynamische Wirkung hier ausschließlich aus der AGB-Rechtsprechung des BAG ergibt. Der Erwerber hatte und hat auf die Vertragsgestaltung keinen Einfluss und hat die Verträge lediglich aufgrund gesetzlicher Anordnung des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB zu übernehmen. Damit ist die Übernahme jedoch nicht das Ergebnis gelebter Privatautonomie, sondern lediglich gesetzliche Folge des Betriebsübergangs.⁴⁵

Dabei muss auch infrage gestellt werden, ob ein einmaliges „Einpreisen“ einer auf ewig wirkenden dynamischen Bezugnahmeklausel in den Unternehmenskaufvertrag einen künftigen gerechten Ausgleich

gänzlich obsolet macht. Denn zu bedenken ist vielmehr, dass sich der Erwerber damit auf ewig dem bestimmenden und gestaltenden Einfluss fremder Tarifvertragsparteien auf das übergegangene Arbeitsverhältnis unterwirft, was dazu führt, dass die Arbeitnehmer kraft der Bezugnahmeklausel besser stehen, als sie nach Tarifrecht stünden. Schließlich lassen sich auch finanzielle Belastungen aus ewig zeitdynamischen Bezugnahmeklauseln in den Unternehmenskauf nicht so einfach „einpreisen“. Wenn gelegentlich die unbedingte zeitdynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag mit arbeitsvertraglichen dynamischen Verweisen auf einen Index für die Lebenshaltungskosten oder die sozialversicherungsrechtliche Bemessungsgrenze gleichgesetzt wird, wird übersehen, dass Letztere als objektive Kriterien zumindest im Ansatz prognostizierbar und nicht der Willkür Dritter unterworfen sind.⁴⁶

Künftige Tarifentwicklungen sind im besonderen Maße vom subjektiven Willen der Tarifpartner abhängig. Dies wird besonders deutlich, wenn mit dem Unternehmenskauf ein Branchenwechsel erfolgt oder die Bezugnahmeklausel auf einen fremden Haustarifvertrag verweist. Was die Zukunft bringt, kann zum Zeitpunkt des Unternehmenskaufs unmöglich vorher gesehen und entsprechend „eingepreist“ werden. Insofern benötigt der Erwerber Gestaltungsmöglichkeiten, um auf veränderte Umstände eingehen und Verträge anpassen zu können.

2. Kollektivrechtliche Ablösung fortgeltender Kollektivnormen, § 613a Abs. 1 S. 3 BGB

Gilt der Tarifvertrag beim Veräußerer normativ und erfolgt ein Betriebsübergang, vollzieht § 613a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB den Übergang kollektiver Regelungen.

Die Kollektivnormen werden nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen Erwerber und Arbeitnehmer, behalten jedoch ihren kollektiv-rechtlichen Charakter auch nach dem Betriebsübergang.⁴⁷ Es gilt das Prinzip der statischen Verweisung, sodass der übernommene Arbeitnehmer an der Weiterentwicklung der Rechte und Pflichten aus dem bisherigen Tarifvertrag nicht teilnimmt.⁴⁸

Diese Fortgeltung der Kollektivnormen ist nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB ausgeschlossen, wenn die Rechte und Pflichten bei dem Betriebsübergang durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Voraussetzung ist hierbei, dass sowohl der übernommene Arbeitnehmer als auch der Betriebserwerber entweder normativ oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung an den beim Erwerber geltenden Tarifvertrag gebunden sind.⁴⁹ Der ablösende Tarifvertrag kann auch ungünstigere Arbeitsbedingungen vorsehen, als der bisher geltende, denn das Günstigkeitsprinzip spielt hierbei – anders als im Verhältnis zwischen übernommener individualvertraglicher Rechtsposition und beim Erwerber normativ geltendem Tarifvertrag – keine Rolle.⁵⁰ Nach der Entscheidung des EuGH in Sachen Scattolon⁵¹ wird hieran zu zwei-

41 EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, NZA 2013, 835.

42 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 23, BB 2017, 1150; EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, Rn. 25, NZA 2013, 747; EuGH, 9.3.2006 – C-499/04, Rn. 31, BB 2006, 891.

43 Kainer, EuZA 2014, 230, 235; Forst, DB 2013, 1847, 1850; Klein, NZA 2016, 410, 414.

44 Eyler/Schinz, RdA 2017, 140, 145.

45 So auch Hartmann, EuZA 2015, 203, 213; Schiefer/Hartmann, BB 2013, 2613, 2614; Latzel, RdA 2014, 110, 116.

46 Hartmann, EuZA 2015, 203, 216.

47 BAG, 22.4.2009 – 4 AZR 100/08, BB 2010, 2116; a.A. Rieble, in: Löwisch, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 TVG, Rn. 410 „gesetzwidrig“.

48 BAG, 26.8.2009 – 5 AZR 969/08, NZA 2010, 173.

49 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 1023/08, Rn. 32, BB 2011, 191.

50 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 1023/08, Rn. 30 ff., BB 2011, 191.

51 EuGH, 6.9.2011 – C-108/10, NZA 2011, 1077.

feln sein.⁵² Denn die Ablösung dürfe nicht zum Ziel oder zur Folge haben, dass diesen Arbeitnehmern insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen als die vor dem Übergang geltenden auferlegt werden. Das BAG fordert für die Anwendung des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB außerdem eine kongruente Tarifbindung von Arbeitnehmer und Betriebserber, so dass ein Tarifvertrag einer DGB-Gewerkschaft nicht von einem anderen Tarifvertrag einer anderen DGB-Gewerkschaft abgelöst wird.⁵³ Zu einem Beitritt in eine andere Gewerkschaft, um nach Betriebsübergang die beiderseitige Bindung an den Erwerbstarifvertrag zu erreichen, kann der Arbeitnehmer mit Blick auf die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Koalitionsfreiheit nicht gezwungen werden.⁵⁴ Tritt der Arbeitnehmer der beim Betriebserwerber zuständigen Gewerkschaft nicht bei, bleibt es für ihn bei dem inhaltlichen Bestandsschutz nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB.⁵⁵

3. Individualvertragliche Ablösung fortgeltender Kollektivnormen, § 613a Abs. 1 S. 2 2. HS. BGB

Die Bedeutung von § 613a Abs. 1 S. 2 BGB wird oft überbewertet und zwar sowohl im Hinblick auf die Einschränkung als auch im Hinblick auf die Erleichterung einer Vertragsänderung nach Ablauf der einjährigen Sperrfrist. Im Fall Asklepios war der Veräußerer nicht tarifgebunden, sodass § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nicht einschlägig ist. Aber selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, ist zu beachten, dass mit dem Ablauf der Sperrfrist keine Erleichterung einer Vertragsänderung verbunden ist.⁵⁶ Auch hier kommt lediglich eine einvernehmliche Vertragsänderung oder eine Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG in Betracht.⁵⁷ Die Berufung des Arbeitgebers auf den Gleichbehandlungsgrundsatz stellt für sich allein kein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG dar, das die Verschlechterung einer arbeitsvertraglichen Vergütungsregelung im Wege der Änderungskündigung bedingen kann.⁵⁸ Eine Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen auf diesem Wege scheidet daher aus. Nach dem BAG ist eine auf die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformierten Normen eines Tarifvertrags begrenzte Kündigung als Teilkündigung unzulässig.⁵⁹

4. Individualvertragliche Änderung weitgeltender Arbeitsbedingungen, § 613a Abs. 1 S. 1 BGB

Eine arbeitsvertraglich vereinbarte dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag gehört zu den Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, in die im Falle eines Betriebsübergangs der Betriebserwerber nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB eintritt.⁶⁰ Der Erwerber steht bezüglich der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen so, als habe er sie selbst abgeschlossen. Im Gegensatz zur Abänderbarkeit transformierter kollektivrechtlicher Regelungen nach § 613a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB besteht für die Abänderbarkeit übergegangener Rechte und Pflichten nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB keine Sperrfrist. Diese können mittels Änderungsvertrag oder Änderungskündigung sofort geändert werden.⁶¹

a) Änderungskündigung

Hierauf verweist auch das BAG in seinem Vorlagebeschluss im Fall Asklepios.⁶² In wenigen knappen Sätzen stellt das BAG auf nach deutschem Recht bestehende Möglichkeiten ab, sich von den in Bezug genommenen Arbeitsbedingungen zu lösen. Der Erwerber könne die für seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit notwendigen Anpassungen durch einvernehmliche Vertragsänderungen oder einseitige Änderungskündigungen vornehmen.⁶³ Letztere freilich nur unter angemessener

Wahrung der Arbeitnehmerinteressen. Wobei einzig der im Klammerzusatz enthaltene Hinweis auf § 2 KSchG andeutet, was hierunter zu verstehen ist.

Dabei wird in der Literatur zunächst zu Recht darauf hingewiesen, dass auch der Ausspruch einer Änderungskündigung – von der Frage der sozialen Rechtfertigung einmal ganz abgesehen – nicht unmittelbar einseitig die Arbeitsbedingungen ändert.⁶⁴ Bei der Änderungskündigung als zweigliedrigem Rechtsgeschäft⁶⁵ treten die Änderungen der Vertragsbedingungen nur ein, wenn der Arbeitnehmer das neue Vertragsangebot (unter Vorbehalt) akzeptiert hat. Hierdurch kommt ein (auflösend bedingter) Änderungsvertrag zustande, auf Grund dessen die geänderten Arbeitsbedingungen gelten.⁶⁶ Erfolgt keine Annahme des Vertragsangebots, geht es nur noch um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die soziale Rechtfertigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG.⁶⁷ Die Annahme einer einseitigen Änderungsmöglichkeit gegen den Willen des Arbeitnehmers geht in Anbetracht dieses Mechanismus an der rechtlichen Realität vorbei.

Soweit das BAG in seinem Vorlagebeschluss im Fall Asklepios nicht einmal ansatzweise spezielle Voraussetzungen der sozialen Rechtfertigung einer Änderungskündigung zum Zwecke der Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln erwähnt, sondern lediglich auf die angemessene Wahrung der Arbeitnehmerinteressen verweist, deutet es darauf hin, dass es diesbezüglich bei der bisherigen Rechtsprechung zu bleiben gedenkt. Soweit ersichtlich hat das BAG in der Vergangenheit noch keine Entscheidung explizit zu einer Änderungskündigung zum Zwecke der Entdynamisierung einer unbedingten zeitdynamischen Bezugnahmeklausel getroffen.⁶⁸ Vielmehr wird der bevorstehende Rückgriff auf die bestehende Rechtsprechung zu Änderungskündigungen zwecks Entgeltreduzierung umso deutlicher, als der Vorsitzende des Vierten Senats die gegebenen Möglichkeiten der Änderungskündigung für hinreichend erachtet, die für die Fortsetzung der Tätigkeit des Betriebserwerbers erforderlichen Anpassungen vorzunehmen und dabei inhaltlich auf die vielzitierte Entscheidung des Zweiten Senats verweist, aus der die strengen Anforderungen an eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung hervorgehen.⁶⁹ Den Literaturstimmen,⁷⁰ die Erleichterungen bei Änderungskündigungen zur Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang fordern, wird damit eine Absage erteilt. Diese vertreten die Auf-

52 Vgl. hierzu Preis, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 613a BGB, Rn. 125.

53 BAG, 21.2.2001 – 4 AZR 18/00, BB 2001, 1847.

54 BAG, 21.2.2001 – 4 AZR 18/00, BB 2001, 1847.

55 Müller-Glöge, in: MüKo, BGB, 7. Aufl. 2016, § 613a, Rn. 140.

56 Müller-Glöge, in: MüKo, BGB, 7. Aufl. 2016, § 613a, Rn. 136.

57 Karthaus/Richter, in: Däubler u. a., Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, § 613a BGB, Rn. 140; Preis, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 613a BGB, Rn. 120.

58 BAG, 20.1.2000 – 2 ABR 40/99, BB 2000, 308; BAG, 28.4.1982 – 7 AZR 1139/79, BB 1983, 1413.

59 BAG, 26.8.2009 – 4 AZR 280/08, Rn. 32, BB 2010, 1090.

60 BAG, 23.9.2009 – 4 AZR 331/08, BB 2010, 1796.

61 Müller-Glöge, in: MüKo, BGB, 7. Aufl. 2016, § 613a, Rn. 89.

62 BAG, Vorlagebeschluss vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), Rn. 15, m. Verw. auf BAG, 7.11.2007 – 5 AZR 1007/06, Rn. 5, BB 2008, 504, NZA 2016, 373.

63 BAG, Vorlagebeschluss vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), Rn. 15, 45, NZA 2016, 373.

64 Sagan, ZESAR 2016, 116/120.

65 BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, Rn. 15, BB 2010, 1031.

66 Künzl, in: APS, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 2 KSchG, Rn. 172, 230.

67 Oetker, in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 2 KSchG, Rn. 31.

68 So aber wohl Wißmann/Niklas, NZA 2017, 697, 701, nach denen eine Gleichbehandlung einer Änderungskündigung zum Zwecke der Entdynamisierung mit einer Kündigung zur Vergütungsreduzierung durch das BAG erfolgt.

69 Eylert/Schinz, RdA 2017, 140, 145 mit Verweis auf BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, BB 2010, 1031.

70 Jacobs/Frieling, EuZW 2013, 737, 740; Mückl, ZIP 2014, 207, 212; Giesen, NZA 2006, 625, 632; Kania/Seitz, RdA 2015, 228, 230; Willemssen, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag bei Tarifwechsel, 2009, S. 410 f.

fassung dass die Änderungskündigung im Zeitpunkt ihres Ausspruchs lediglich zur Statischstellung, nicht jedoch unmittelbar zur Entgeltabsenkung führt. Demnach beseitigt die Änderungskündigung lediglich die Dynamik und halte den Status quo. Der Vertragsinhalt werde lediglich von der bestimmenden Veränderungs- und Einflussmöglichkeit durch die Tarifvertragsparteien befreit und es werde eine Gleichstellung der normativen mit der individualvertraglichen Geltung des Tarifvertrags hergestellt. Anhand der Auffassung des Vorsitzenden des Vierten Senats wird deutlich, auf welche Auslegung sich vielmehr die Praxis einstellen müssen: Sofern das bloße Anpassungs- oder Vereinheitlichungsinteresse des Erwerbers die Änderungskündigung sozial nicht rechtfertigen könne, sei eine entsprechende Anpassung weder „unionsrechtlich geboten“, noch „erforderlich“, noch stelle sie einen „gerechten“ Interessenausgleich dar.⁷¹ Auch gehöre es nicht zum Effet Utile, mangelnden Sachvortrag des Erwerbers auszugleichen noch eine Vertragsklausel ohne wirkliche Notwendigkeit für unwirksam zu erklären.⁷²

Das BAG wird sich in der Begründung seines Urteils mit der Frage zu befassen haben, ob die nach nationalem Recht bestehenden Anpassungsmöglichkeiten tatsächlich europarechtlichen Anforderungen genügen. Nachdem sich der EuGH der Bewertung der Wirksamkeit der betreffenden Anpassungsmöglichkeiten enthält, weil für die Würdigung des Sachverhalts und Auslegung nationalen Rechts ausschließlich die nationalen Gerichte zuständig sind,⁷³ gibt er doch den zur Bewertung erforderlichen Prüfungsmaßstab vor.⁷⁴ So müsse der „Erwerber in der Lage sein, nach dem Betriebsübergang die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen“.⁷⁵ Unter Rückbezug auf die Entscheidung *Alemo-Herron* und in Zusammenschau mit der unternehmerischen Freiheit müsse der Erwerber im Rahmen von Vertragsänderungen „seine Interessen wirksam geltend machen und die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit aushandeln können“.⁷⁶ Letztlich darf hierbei auch nicht übersehen werden, dass nach Auffassung des EuGH in den vorangegangenen Entscheidungen⁷⁷ die Vereinigungsfreiheit mit der Vertragsfreiheit in Zusammenhang steht und das Gericht eine Beeinträchtigung der negativen Vereinigungsfreiheit des Betriebserwerbers angenommen hat, wenn dieser an künftige Kollektivverträge gebunden wird, denen er nicht angehört. Unabhängig davon, auf welchem Weg die Tarifverträge beim Veräußerer Geltung beanspruchen und auf den Erwerber übergehen,⁷⁸ kann als Konsequenz der in diesem Punkt zusammenfließenden europäischen Grundrechte gesehen werden, dass der Erwerber nur an Tarifverträge gebunden sein darf, wenn er inhaltlich entweder auf kollektivrechtlicher oder auf andere Weise effektiv auf die Arbeitsbedingungen Einfluss nehmen kann bzw. wirksame Anpassungsmöglichkeiten hat.⁷⁹

Diese Gesamtbewertung des EuGH ist bei der Beurteilung des Vorhandenseins von Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber nach deutschem Recht zugrunde zu legen. Dem widerspricht es, wenn ausschließlich die Ausführung des EuGH, dass der Erwerber „die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen“ vornehmen können müsse, zur Bewertung herangezogen wird und unter dem Begriff „erforderlich“ – praktischerweise passend zur Rechtsprechung des Zweiten Senats des BAG – nur das zu subsumieren, was gerade notwendig ist, um eine Betriebsstilllegung oder eine Reduzierung der Belegschaft zu verhindern.⁸⁰ Ein derartig einschränkendes Verständnis wird der Rechtsprechung des EuGH nicht gerecht. Vielmehr stehen

die Feststellungen des Gerichtshofs im Kontext, wonach der Erwerber im Sinne der gelebten unternehmerischen Freiheit seine wirtschaftliche Betätigung ausrichten und dementsprechend auf die Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer einen inhaltlich bestimmenden Einfluss ausüben können muss. Vor diesem Hintergrund sind auch die für „die Fortsetzung der Tätigkeit erforderlichen Anpassungen“ zu verstehen. Erforderlich in diesem Zusammenhang kann nicht nur sein, was mit Blick auf eine drohende Insolvenz oder drohende Betriebschließung zwingend notwendig ist. Dies käme einer Negierung der unternehmerischen Freiheit gleich. Der EuGH spricht in diesem Zusammenhang schließlich weder von einer zwingenden Notwendigkeit noch von einer existenzgefährdenden Situation für das Unternehmen. Vielmehr stützt er seine Argumentation auf die europarechtlich durch Art. 16 GRCh garantierte unternehmerische Freiheit⁸¹ und auf den Zweck der RL 2001/23/EG,⁸² einen gerechten Ausgleich zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen zu gewährleisten.⁸³ Betrachtet man unter diesem Blickwinkel das Gebot der „Erforderlichkeit der Anpassungen für die Fortsetzung der Tätigkeit“, so kann hierunter auch eine Unternehmerentscheidung verstanden werden, die nur der Missbrauchskontrolle unterfällt und lediglich dahingehend überprüfbar ist, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.

Ob der Weg der Änderungskündigung zum Zwecke der Entgeltabsenkung nach den Maßstäben der bisherigen Rechtsprechung des Zweiten Senats in der Praxis ein probates Mittel zur Anpassung von Arbeitsbedingungen vor dem Hintergrund der unternehmerischen Freiheit und des Zwecks der RL 2001/23/EG darstellt, ist jedenfalls fraglich. Schließlich ist die praktische Wirksamkeit der Gemeinschaftsvorschriften im Sinne eines Effet Utile sicherzustellen. Rein theoretische, in der Praxis kaum umsetzbare Optionen dürften diese Voraussetzungen nicht erfüllen, denn ihnen fehlt die praktische Wirksamkeit. So kann eine einzig zur Minderung der Entgelte ausgesprochene Änderungskündigung, bei der es nicht nur um bloße Nebenabreden (z. B. Fahrtkostenzuschuss, Mietzuschuss) geht und der Inhalt der Tätigkeit unverändert bleibt, allenfalls in Fällen der Existenzbedrohung des Betriebes oder eines Betriebsteils sozial gerechtfertigt sein.⁸⁴ Wenn spitzfindig hierauf repliziert wird, dass keineswegs eine „akute Existenzgefährdung des Betriebs“ erforderlich sei, sondern bereits die Unrentabilität des Betriebs genüge,⁸⁵ wird übersehen, dass dies vom zuständigen Zweiten Senat des BAG nur angenommen wird, wenn

71 *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145; wohl auch *Klein*, jurisPR-ArbR 20/2017 Anm. 1.

72 *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145.

73 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 27 f., BB 2017, 1150.

74 Soweit auch *Klein*, jurisPR-ArbR 20/2017 Anm. 1.

75 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 22, BB 2017, 1150; EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, Rn. 25, NZA 2013, 835; EuGH, 9.3.2006 – C-499/04, Rn. 31, BB 2006, 891; EuGH, 11.9.2014 – C-328/13, Rn. 29, NZA 2014, 1092.

76 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 23, BB 2017, 1150; EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, Rn. 33, NZA 2013, 835.

77 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04, Rn. 33 f., BB 2006, 891; EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, Rn. 31 ff., NZA 2013, 835.

78 Der EuGH verweist nicht mehr auf einzelne Absätze des Artikels 3 der RL 2001/23/EG, sondern auf Art. 3 insgesamt, EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, BB 2017, 1150. Außerdem hat der EuGH in seinem Urteil vom 11.9.2014 – C-328/13, Rn. 24, NZA 2014, 1092 klargestellt, dass es auf den spezifischen Ursprung der Geltung (kollektivrechtlich oder individualvertraglich) nicht ankomme. Vgl. auch *Wißmann/Niklas*, NZA 2017, 697, 700; *Lobinger*, NZA 2013, 945, 946.

79 *Hartmann*, EuZA 2015, 203, 215.

80 So aber *Klein*, jurisPR-ArbR 20/2017 Anm. 1.

81 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 23, BB 2017, 1150.

82 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 22, BB 2017, 1150.

83 So bereits *Mückel*, ZIP 2014, 207, 209 f.

84 *Oetker*, in: *ErfK*, 17. Aufl. 2017, § 2 KSchG, Rn. 60; *Naber/Krois*, BB 2015, 1600.

85 *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145.

durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebs oder eine deutliche Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken sind.⁸⁶ Wenn ein Betrieb bei nicht erfolgreicher Senkung von Personalkosten stillgelegt oder erheblich reduziert werden müsste, befindet sich dieser in einer akut existenzgefährdenden Situation. Daneben stellt das BAG weitere Voraussetzungen auf: Das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer muss zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen sein⁸⁷ und es dürfen nur solche Änderungen vorgeschlagen werden, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.⁸⁸ Dem Arbeitgeber ist es verwehrt, die über dem Betriebsniveau liegende Vergütung einzelner Arbeitnehmer dem Lohn der übrigen Arbeitnehmer anzupassen.⁸⁹ Der Eingriff in das arbeitsvertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ist allenfalls gerechtfertigt, wenn bei dessen Beibehaltung betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstünden, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs führen müssten.⁹⁰ Zusätzlich bedarf es eines umfassenden Sanierungsplans, der alle im Vergleich zur beabsichtigten Änderungskündigung milderer Mittel ausschöpft.⁹¹ Vom Arbeitgeber wird in diesem Zusammenhang verlangt, dass er die Finanzlage des Betriebs, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstellt und ferner darlegt, warum andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen.⁹²

Dabei lässt diese restriktive Rechtsprechung des Zweiten Senats des BAG zu Änderungskündigungen zwecks Entgeltabsenkung kaum Raum für die unternehmerische Freiheit: So lässt das BAG den Vortrag des Arbeitgebers nicht genügen, dass bei gleichbleibenden Personalkosten und zwar rückläufigen doch immer noch fortdauernden Verlusten die Stilllegung von Betriebsteilen erwartet werden muss.⁹³ Über die Durchführung von Erhaltungsinvestitionen kann ein Unternehmer nur noch insoweit frei entscheiden, als er gleichzeitig auch darlegen kann, dass diese keinesfalls und selbst teilweise unverzichtbar sind.⁹⁴ Außerdem hat der Arbeitgeber auch darzulegen, weshalb von den Gesellschaftern keine Sanierungsbeiträge mehr erwartet werden können. Dabei negiert das BAG die freie Entscheidung des Gesellschafters als hinter der Gesellschaft stehender Privatperson über eine persönliche Risikübernahme, wenn nicht gleichzeitig dargelegt wird, welche Belastungen mit dieser Übernahme verbunden sind.⁹⁵ Hier scheint das BAG von einer grundsätzlichen Verpflichtung der Gesellschafter zur Erbringung von Sanierungsbeiträgen als Nachschusszahlungen auszugehen. Dem steht jedoch das Belastungsverbot nach § 707 BGB entgegen. Danach hat bei Verlusten der Gesellschaft deren Auflösung Vorrang vor einer Nachschusspflicht der Gesellschafter.⁹⁶ Zwar kann sich unter besonderen Voraussetzungen eine Pflicht der Mitgesellschafter ergeben, einer nachschussbezogenen Änderung des Gesellschaftsvertrags zuzustimmen bzw. bei Nichtzustimmung auszuscheiden,⁹⁷ jedoch können die einzelnen Gesellschafter nicht zur Übernahme zusätzlicher Beiträge gezwungen werden.⁹⁸ Zudem hätte die generelle Annahme einer Verpflichtung der Gesellschafter zur Übernahme von Sanierungsbeiträgen zur Folge, dass diesen die Entscheidung über die Vornahme von Investitionen, Einsatz von Vermögen, Übernahme von Risiken oder ganz allgemein, ob sie weiter Kapital in eine defizitäre, unrentable Gesellschaft investieren wollen, vorenthalten wird. Die strengen Voraussetzungen im Blick stellt jedenfalls die Änderungskündigung kein Gestaltungsmittel dar, mit dessen Hilfe der Ar-

beitgeber etwa das soeben gekaufte unrentable Unternehmen flexibel für die Fortführung fit machen, auf Wettbewerbs- und Kostendruck reagieren⁹⁹ und im Sinne der Anforderungen des EuGH erforderliche Anpassungen vornehmen könnte. Die unternehmerische Freiheit erfordert vielmehr, dass der Erwerber auf die Gehaltsentwicklung in seinem gekauften Unternehmen derart Einfluss nehmen können muss, um das Unternehmen wirtschaftlich fortführen zu können.¹⁰⁰ Welche Anpassungen der Erwerber in diesem Sinne für erforderlich halten darf, hat sich nicht nur an dem festzumachen, was zwingend notwendig ist, damit das Unternehmen nicht in die Insolvenz abrutscht. Der EuGH spricht von einem „Aushandeln“ und dem Blick auf die „künftige wirtschaftliche Tätigkeit“. Die wirtschaftliche Zukunft seines Unternehmens vor Augen wird in diesem Sinne der Erwerber es für die Fortführung des Unternehmens als geboten halten dürfen, mehr zu bewirken, als lediglich eine finale Reaktion vor Stilllegung. Dem widerspricht jedoch die Rechtsprechung des BAG. Bevor nach dem Zweiten Senat Änderungskündigungen theoretisch ins Auge gefasst werden können, muss der Betrieb tief in den roten Zahlen und kurz vor der Schließung stehen, jedenfalls scheiden sie im Vorfeld zur Vorbeugung von Verlusten und Zahlungsunfähigkeit aus. Weder genügen die Unrentabilität des Betriebs noch ein Geldmangel des Schuldners. Konzepte zur Sanierung des Unternehmens, die auch Änderungskündigen vorsehen, dürfen unter dem Gesichtspunkt des vorrangigen Ausschöpfens aller milderer Maßnahmen nicht gleichzeitig Investitionen vorsehen, zumindest nicht ohne explizite Darlegung, warum hierauf keinesfalls verzichtet werden kann. Der Entschluss, die Lohnkosten zu senken, ist keine im Kündigungsschutzprozess von den Gerichten als vorgegeben, hinzunehmende, grundsätzlich bindende Unternehmerentscheidung.¹⁰¹ Dahingegen ist eine Unternehmerentscheidung, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führt, nach der Rechtsprechung nur bezüglich offensichtlicher Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür zu überprüfen.¹⁰² Dies verdeutlicht, wie strikt die Rechtsprechung zur Änderungskündigung mit dem Ziel der Entgeltabsenkung ist.

Die vom BAG aufgestellten hohen Hürden für die Durchsetzung von Änderungskündigungen zur Entgeltabsenkung explizieren, dass diese nur für den speziellen Ausnahmefall gedacht und somit kein allgemeines und bedarfsgerechtes Anpassungsrecht des Arbeitgebers zur wirtschaftlichen Fortführung des Unternehmens darstellen. Da eine Entgeltabsenkung zur Meidung einer Betriebsstilllegung auch nicht auf einzelne Arbeitnehmer beschränkt werden darf, sind vom

86 BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, Rn. 25, BB 2010, 1031; BAG, 1.3.2007 – 2 AZR 580/05, Rn. 26, NZA 2007, 1445.

87 BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 139/07, Rn. 23, NZA 2008, 1182.

88 BAG, 27.3.2003 – 2 AZR 74/02, NZA 2003, 1029.

89 BAG, 1.7.1999 – 2 AZR 826/98, BB 1999, 2562, II. 2. d).

90 BAG, 1.3.2007 – 2 AZR 580/05, Rn. 26, NZA 2008, 1445; BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 139/07, Rn. 19, NZA 2008, 1182; BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 396/12, Rn. 31, NZA 2013, 1409.

91 BAG, 23.6.2005 – 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 139/07, Rn. 20, NZA 2008, 1182; BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 396/12, Rn. 31, NZA 2013, 1409.

92 BAG, 26.6.2008 – 2 AZR 139/07, Rn. 20, NZA 2008, 1182; BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, Rn. 25, BB 2010, 1031.

93 BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, Rn. 29, BB 2010, 1031.

94 BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, Rn. 31, BB 2010, 1031.

95 BAG, 10.9.2009 – 2 AZR 822/07, Rn. 32, BB 2010, 1031.

96 *Wertenbruch*, DStR 2007, 1680.

97 BGH, 19.10.2009 – II ZR 240/08, BB 2010, 10.

98 Schäfer, in: MüKo, BGB, 7. Aufl. 2017, § 707 BGB, Rn. 10.

99 *Commandeur/Kleinebrink*, BB 2014, 181, 184; Meyer, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10.

100 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 23, BB 2017, 1150.

101 BAG, 20.3.1986 – 2 AZR 294/85, NZA 1986, 824.

102 BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 512/13, Rn. 15, NZA 2015, 679.

Arbeitgeber weitere Hürden zu nehmen.¹⁰³ Die Änderungskündigung als zusammengesetztes Rechtsgeschäft beinhaltet stets eine Beendigungskündigung. Aufgrund der möglichen Beendigung einer Vielzahl von Arbeitsverhältnissen bei Nichtannahme des Vertragsangebots zu geänderten Bedingungen wäre vorsorglich bei Bestehen eines Betriebsrats ein Interessenausgleich und Sozialplan nach § 112 S. 1 und 2 BetrVG zu verhandeln, wenn die Entdynamisierung mindestens 5% der Belegschaft betrifft. Auch kommt die Verpflichtung zur Massenentlassungsanzeige gem. § 17 KSchG in Betracht.

Vor diesem Hintergrund ist mit weiten Teilen der Literatur¹⁰⁴ die Praktikabilität der Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung im Zusammenhang mit der Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang auf einen normativ nicht gebundenen Erwerber zu bezweifeln. Ihr fehlt die praktische Wirksamkeit. Dies hat im Ergebnis nichts damit zu tun, ob der Erwerber seiner Darlegungs- und Beweislast im Prozess nachgekommen ist,¹⁰⁵ sondern vielmehr mit den objektiv hohen Anforderungen, die der Zweite Senat des BAG für die Durchsetzbarkeit von Änderungskündigungen zum Zwecke der Entgeltreduzierung aufgestellt hat.

b) Vertragsänderungen

Das BAG verweist in seinem Vorlagebeschluss im Fall Asklepios ebenso darauf, dass die Bezugnahmeklausel ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes vom Erwerber jederzeit einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer – auch zu dessen Lasten – abgeändert werden kann.¹⁰⁶ Da jedoch auch in diesem Zusammenhang der Erwerber seine Interessen wirksam geltend machen und die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit aushandeln können muss,¹⁰⁷ scheint die Gestaltungsmöglichkeit der Vertragsänderungen ebenfalls keine praktisch wirksame Option zu sein. „Diesseits der Grenzen des § 123 BGB“ wird hierin allenfalls eine theoretische Möglichkeit gesehen.¹⁰⁸ Auch konkludente Änderungsverträge sind eher fernliegend und keine praktisch wirksamen Optionen.¹⁰⁹ Schließlich werden die Arbeitnehmer einer Vertragsänderung zu ihrem Nachteil nicht zustimmen, wenn nicht auf andere Seite kompensierende Zugeständnisse etwa in Form von Signing Fees gemacht werden. Insofern versteht sich die einvernehmliche Vertragsänderung weniger als ein Aushandeln von Vertragsbedingungen im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, denn vielmehr als ein Abkaufen, Kompensieren und Substituieren der erwarteten Tarifynamik. Bereits aus rein tatsächlichen Erwägungen ist diese Alternative eher theoretischer Natur.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der EuGH – trotz des Hinweises von Generalanwalt *Cruz Villalón* in seinem Schlussantrag – in seiner Entscheidung in der Rs. *Alemo-Herron* auf die Frage, ob der neue Arbeitgeber die Möglichkeit hat, durch individuelle Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer von einer Bezugnahme im Arbeitsvertrag abzuweichen, nicht eingegangen ist. Folglich scheint ihm diese Möglichkeit nicht ausgereicht zu haben.¹¹⁰

III. Fazit – Ausblick

Die Auffassung des Vierten Senats des BAG, der Erwerber könne die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen im Sinne der Rechtsprechung des EuGH mithilfe des hierfür nach dem

nationalen Recht vorgesehenen Instrumentariums der Änderungskündigung vornehmen, steht nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Zweiten Senats zu Änderungskündigungen zwecks Entgeltabsenkung. Es wäre zu wünschen gewesen, dass der Vierte Senat des BAG dem Großen Senat die Frage des Bestehens wirksamer europarechtskonformer Anpassungsmöglichkeiten zur Entdynamisierung von Bezugnahmeklauseln nach Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber vorlegt. Auch wenn es nach der Auffassung des Vierten Senats des BAG keinen Bedarf für eine Änderung der Rechtsprechung des Zweiten Senats des BAG zur Änderungskündigung gibt, ist nicht auszuschließen, dass sich erleichterte Anforderungen bei angestrebter Entdynamisierung tarifvertraglicher Ansprüche nach Betriebsübergang herausbilden.

Dr. Ralf Busch ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, Leiter des Fachbereichs Arbeitsrecht und Partner der Heussen Rechtsanwalts-gesellschaft mbH am Standort München. Er berät Unternehmen und Führungskräfte in allen Fragen des kollektiven und individuellen Arbeitsrechts. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der strategischen Beratung und konsequenten Verhandlungsführung, insbesondere bei Neustrukturierungen sowie bei Fragen zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes, zu Benefits und der Arbeitszeit.



Sandy Gerlach ist Rechtsanwältin im Fachbereich Arbeitsrecht der Heussen Rechtsanwalts-gesellschaft mbH am Standort München und berät Unternehmen und Führungskräfte in allen Fragestellungen des kollektiven und individuellen Arbeitsrechts. Zu ihren Beratungsschwerpunkten gehören u.a. Neustrukturierungen sowie Fragen zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes, zu Benefits und zur Arbeit 4.0.



¹⁰³ Vgl. hierzu auch *Meyer*, AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10.

¹⁰⁴ *Latzel*, RdA 2014, 110, 118; *Klebeck*, NZA 2006, 15, 21; *Jacobs*, BB 2011, 2037, 2040; *Trebeck*, ArbRB 2015, 231, 232; *Commandeur/Kleinebrink*, BB 2014, 181, 184; *Naber/Krois*, ZESAR 2014, 121, 127; *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 121; wohl auch *Kainer*, EuZA 2014, 230, 238; *Willemsen*, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag bei Tarifwechsel, 2009, S. 409; *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, 15; a.A. *Klein*, jurisPR-ArbR 20/2017 Anm. 1; *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145.

¹⁰⁵ So aber *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145; LAG Bremen, 29.10.2015 – 2 Sa 15/15, juris; LAG Berlin-Brandenburg, 19.6.2015 – 9 Sa 411/15, BeckRS 2015, 71770.

¹⁰⁶ BAG, Vorlagebeschluss vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), Rn. 15, NZA 2016, 373.

¹⁰⁷ EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 23, BB 2017, 1150; EuGH, 18.7.2013 – C-426/11, Rn. 33, NZA 2013, 835.

¹⁰⁸ *Latzel*, RdA 2014, 110, 116.

¹⁰⁹ *Kania/Seitz*, RdA 2015, 228; *Rieble*, in: Löwisch, TVG, 4. Aufl. 2017, § 3 TVG, Rn. 653; Im Ergebnis auch abgelehnt vom LAG Hessen, 10.12.2013 – 8 Sa 538/13, BeckRS 2016, 65968.

¹¹⁰ *Latzel*, RdA 2014, 110, 115–116; *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 121; *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, 15.