

# Betriebs Berater

31 | 2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **JStG 2018** ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... 30.7.2018 | 73. Jg. Seiten 1729–1792

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen**, RA

Digitale Grundrechte für Europa – eine Initiative der Zivilgesellschaft

## WIRTSCHAFTSRECHT

**PD Prof. Dr. iur. habil. Axel Jäger**

Das Management von Recht als Führungsaufgabe in Unternehmen und Konzernen – ein Beitrag zur Grundlegung einer *Managerial Analysis of Law* | 1731

**Sara Bandehzadeh**, LL.M., RAin, und **Anke Röschenkemper**, RAin

Der AGB-rechtliche Ausschluss der §§ 445a, 445b BGB in rein unternehmerischen Lieferketten | 1738

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Adrian Cloer**, RA/StB, **Dr. Tobias Hagemann**, LL.M., M.Sc., StB,

Dipl.-Kfm. **Andreas Lichel**, StB, und Dipl.-Betriebsw. **Gerhard Schmitt**, RA/StB

Änderungen für Einkünfte mit Bezug zu deutschem Grundbesitz im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht – Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2018 – Teil II | 1751

**Prof. Dr. Swen O. Bäuml**, StB, und **Marie-Luise Bauer**, M.A. Taxation

Das erbschaftsteuerliche Wohnungsunternehmen im Fokus von Rechtsprechung und Finanzverwaltung | 1757

Dipl.-Finw. (FH) **Dr. Carsten Höink**, RA/StB

„Pommes-Erlass“ entfällt zum 1.1.2019 – Betroffene Lieferanten, aber auch Kunden in Deutschland müssen Umstellung prüfen – Änderung der Verwaltungsauffassung mit BMF-Schreiben vom 23.4.2018 | 1763

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Volksw. **Jürgen Dahlke**, WP/StB, Dipl.-Kfm. **Jochen Würiges**, StB, und Dipl.-Kffr. **Senay Erdogan**

Aktuelle Praxishinweise zum Country-by-Country Report | 1771

## ARBEITSRECHT

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

Anpassungsmöglichkeiten bei dynamischer Verweisung auf Tarifvertrag | 1780

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

# Anpassungsmöglichkeiten bei dynamischer Verweisung auf Tarifvertrag

In seinem mit Spannung erwarteten Urteil (BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697) hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung zur Rechtswirksamkeit von unbedingten dynamischen Bezugnahme-klauseln auf Tarifvertrag auch bei Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber bestätigt. In dem der Entscheidung voraus-gegangenen Vorabentscheidungsverfahren ließ sich das BAG diese Rechtsprechung vom EuGH unter europarechtlichen Gesichtspunkten absegnen. Dabei legte es für den EuGH bindend die Prämisse zugrunde, dass der Erwerber zur Entdynamisierung der „konstitutiven Ewigkeits-klausel“ nach deutschem Recht über ausreichende Möglichkeiten zur Anpassung verfüge. In seinem anschließenden Urteil war das BAG ge-fordert, sein Postulat des Bestehens ausreichender, den unionsrechtli-chen Anforderungen genügenden Anpassungsmöglichkeiten im Einzel-nen zu erläutern. Insbesondere in Fallgestaltungen, in denen der Er-werber keine Möglichkeit hat, etwa durch Verbandsbeitritt auf die weitere Tarifentwicklung Einfluss zu nehmen, ist es aus Sicht der rechtli-chen Beratungspraxis wichtig zu wissen, welche Kriterien der rechtli-chen Beurteilung der jeweiligen Anpassungsmöglichkeit zu Grunde zu legen sind. Die Entscheidungsgründe des BAG lassen leider vieles im Vagen und unter praktischen Gesichtspunkten neue Fragen aufkommen. Diesen widmet sich der nachfolgende Beitrag.

## I. Sachverhalt

Der gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer war als Hausarbeiter in einem Krankenhaus beschäftigt, welches Mitglied im kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) war.<sup>1</sup> Im Arbeitsvertrag war eine Gleich-stellungsabrede enthalten. Im Zuge eines ausgliedernden Betriebs-übergangs schloss die Arbeitgeberin 1997 mit der neuen, nicht orga-nisierten Arbeitgeberin und dem Betriebsrat einen Personalüberlei-tungsvertrag (PÜV), nach dem für die Arbeitnehmer weiterhin der Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G II) in der jeweils geltenden Fassung einschließ-lich der den Tarifvertrag ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge gelten sollte. Bei Zustimmung des Mitarbeiters sollte der PÜV Bestandteil des Arbeitsvertrags werden. In der Folge wurden bis zum Jahr 2003 sämtliche Tariflohnerhöhungen weitergegeben. Erst ab 2004 wurden tarifliche Gehaltssteigerungen eingestellt. 2008 ging der Betriebsteil, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt war, auf die nicht tarifgebundene Asklepios über. Der Arbeiter beehrte die Feststellung der dynamischen Anwendung der in Bezug genommenen Tarifverträ-ge auf sein Arbeitsverhältnis.

## II. Entscheidung

Letztlich gab das BAG<sup>2</sup> dem Arbeitnehmer Recht und entschied, dass die in Bezug genommenen Tarifverträge dynamisch, d.h. in ihrer je-weiligen Fassung anzuwenden sind.

### 1. Vorabentscheidungsersuchen und Beschluss des EuGH vom 27.4.2017 – C-680/15

Im Rahmen der Entscheidungsfindung beteiligte das BAG den EuGH und fragte sinngemäß, ob die unveränderte Fortgeltung einer einzelver-traglich vereinbarten, dynamischen Bezugnahme-klausel im Falle eines Betriebsübergangs gegen Europarecht verstößt, wenn dem Erwerber so-wohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten „unter Wahrung der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 2 KSchG)“ zur Verfügung stehen.<sup>3</sup> Der EuGH führt zunächst aus, frei vereinbarte dyna-mische Verweisungsklauseln gehen grundsätzlich infolge der Privat-autonomie auf den Erwerber über.<sup>4</sup> Dabei müsse es allerdings dem Er-werber möglich sein, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderli-chen Anpassungen vorzunehmen.<sup>5</sup> Diese Bedingung sei erfüllt, da sich aus dem Wortlaut der Vorlagefragen ergebe, dass das nationale Recht so-wohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten be-reithalte.<sup>6</sup> Das tatsächliche oder wirksame Bestehen der Anpassungs-möglichkeiten unterfalle nicht der Prüfungskompetenz des Gerichts-hofs, sondern allein der Zuständigkeit des vorliegenden Gerichts.<sup>7</sup>

### 2. Urteil des BAG vom 30.8.2017 – 4 AZR 61/14

Das BAG bejaht in seiner Entscheidung das Vorliegen sowohl einver-nehmlicher als auch einseitiger Anpassungsmöglichkeiten für den Er-werber nach der deutschen Rechtsordnung.<sup>8</sup>

Einvernehmliche Änderungen der Arbeitsvertragsbedingungen seien gesetzlich zulässig und auch entgegen der vorgebrachten Kritik nicht nur von theoretischer Bedeutung.<sup>9</sup> Schließlich belege die Praxis hohe Zeich-nungsquoten bei den von Arbeitgebern unterbreiteten Änderungsange-boten mit dem Ziel der Realisierung eines Sanierungskonzepts.<sup>10</sup>

Auch die vom EuGH weiter geforderte Möglichkeit einer einseitigen Arbeitsvertragsänderung sei gesetzlich mit § 2 KSchG vorgesehen.<sup>11</sup> Dieses Instrumentarium entspreche der vom EuGH für den Erwerber verlangten Möglichkeit der Umsetzung „erforderlicher“ Anpassun-gen.<sup>12</sup> Dem Einwand, es handle sich ob der strengen Anforderungen, die der Zweite Senat an die Wirksamkeit von Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung stellt, um eine aussichtslose, nur theoretische Option, entgegnet das BAG mit dem Hinweis, es handle sich bei der Entdynamisierung der Verweisungsklausel nicht um eine Entgeltab-senkung, sondern um die Aufrechterhaltung des bisherigen Entgeltni-

1 LAG Hessen, 10.12.2013 – 8 Sa 538/13, BeckRS 2016, 65968; BAG, 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), BB 2016, 570 m. BB-Komm. *Flockenhaus*, NZA 2016, 373.

2 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697.

3 BAG, 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), BB 2016, 570 m. BB-Komm. *Flockenhaus*, NZA 2016, 373.

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

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

6 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15, Rn. 24, BB 2017, 1150.

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

8 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697, Rn. 46.

9 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697, Rn. 49, 57.

10 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697, Rn. 49.

11 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697, Rn. 51 ff.

12 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697, Rn. 56.

veaus.<sup>13</sup> Dabei stellt das BAG mit einem argumentum a fortiori klar, dass bei Zulässigkeit einer Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung erst recht eine Änderungskündigung ohne Gehaltsabsenkung möglich sein müsse.<sup>14</sup> Welche Kriterien bei der rechtlichen Beurteilung einer Änderungskündigung im Rahmen des Maßstabs der sozialen Rechtfertigung nach § 2 KSchG aus dem Unionsrecht zu berücksichtigen sind, lässt das BAG dabei allerdings offen, da im zu entscheidenden Fall keine Änderungskündigung ausgesprochen wurde.<sup>15</sup>

### III. Möglichkeiten der Entdynamisierung nach deutschem Recht

Wir hatten bereits in unserem Beitrag „Dynamische Verweisung auf Tarifverträge vs. unternehmerische Freiheit“ die vom BAG in Sachen Asklepios in seinem Vorlagebeschluss vorausgesetzte Möglichkeit der Änderung einzelvertraglicher unbedingter Verweisung auf Tarifvertrag nach deutschem Recht kritisch besprochen.<sup>16</sup> Nachdem nun die Begründung des Urteils vorliegt, bestätigt sich, dass die im Vorlagebeschluss vom 17.5.2015 vorausgesetzten Anpassungsmöglichkeiten nach nationalem Recht vom BAG nicht substantiell untersucht wurden und weder auf Basis der aktuellen Gesetzlage noch unter Einbeziehung der Rechtsprechung insbesondere des Zweiten Senats des BAG zu halten sind. Dies gilt auch für die in der Literatur erwogene Anpassung über eine Betriebsvereinbarung,<sup>17</sup> auf die sich das BAG nicht bezogen hat.

#### 1. Vertragsänderung

Das BAG hat der Möglichkeit der einvernehmlichen Vertragsänderung nach deutschem Recht in seiner Urteilsbegründung eine eigenständige Bedeutung beigemessen und hierbei maßgeblich auf Fallkonstellationen abgestellt, in denen eine einer Vielzahl von Mitarbeitern angebotene Vertragsänderung von nahezu allen Mitarbeitern angenommen wurde.<sup>18</sup> Abgesehen davon, dass die Abhängigkeit vom Einverständnis des Vertragspartners nichts mit unternehmerischer Freiheit zu tun hat, wie sie dem Verständnis des EuGH entspricht, blendet das BAG vollkommen aus, dass diejenigen Mitarbeiter, die ein Änderungsangebot nicht angenommen haben und in der Folgezeit von Vergünstigungen ausgeschlossen werden, die über Gegenleistungen hinausgehen, die mit dem Änderungsangebot verbunden sind, Ansprüche aus § 612a BGB oder wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz geltend machen können.<sup>19</sup> Konsequenz ist, dass diejenigen Mitarbeiter, mit denen kein Einverständnis erzielt werden konnte, neben dem Anspruch auf tarifliche Gehaltsanpassung zusätzlich noch die Gegenleistungen in Anspruch nehmen können, die Mitarbeitern zugestanden werden, die seinerzeit der Entdynamisierung zugestimmt haben. Dies kann der Arbeitgeber nur vermeiden, wenn er dem jeweils verbleibenden Kreis der Mitarbeiter, die der Vertragsänderung nicht zugestimmt haben, ein neues Angebot auf Entdynamisierung bei um die aktuelle Vergünstigung erweiterter Gegenleistung macht.

Das BAG hatte ausweislich seines Vorlagebeschlusses vorausgesetzt, dass „das nationale Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsieht“.<sup>20</sup> „Sowohl als auch“ kann nur Folgendes bedeuten: Der einvernehmlichen Anpassungsmöglichkeit kommt nur dann rechtliche Qualität im Sinne der geforderten unternehmerischen Freiheit zu, wenn dem Unternehmen einseitige Anpassungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, für den Fall, dass ein Einvernehmen nicht zu erzielen ist. So verwundert es denn nicht, dass das BAG unter dem Prüfungspunkt „Möglichkeit ei-

ner einvernehmlichen Vertragsänderung“ ein Urteil des Zweiten Senates in Bezug nimmt, dass, ohne dass das BAG hierauf hinweist, eine Änderungskündigung im Sanierungsfall zum Gegenstand hat. Eine Änderungskündigung gem. § 2 KSchG beinhaltet das dem Vorlagebeschluss zugrunde gelegte „Sowohl-als-auch“. Primäres Ziel einer Änderungskündigung ist, Einvernehmen zu erzielen und den Arbeitsvertrag zu geänderten Bedingungen fortzusetzen. Wird dieses Einvernehmen nicht erzielt, wird die Änderungskündigung zur Beendigungskündigung, sofern der Arbeitnehmer die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht fristgerecht unter Vorbehalt angenommen hat. Entscheidend dafür, ob die zum Gegenstand des Vorlagebeschlusses gemachte Prämisse zutreffend ist oder nicht, ist damit allein die Frage ob eine Änderungskündigung zum Zwecke der Entdynamisierung einer einzelvertraglichen tariflichen Verweisungsklausel in Betracht kommt oder nicht.

#### 2. Änderungskündigung

In dem zitierten Beitrag der Autoren wurde bereits darauf hingewiesen, dass eine Änderungskündigung zum Zwecke der Entdynamisierung nach der aktuellen Rechtsprechung des Zweiten Senates des BAG nur im Sanierungsfall in Betracht kommen kann.<sup>21</sup> Heute gehen wir einen Schritt weiter: Denklogisch kann ein Betrieb, dessen Fortführung in Frage steht, nur entlastet werden, soweit Tarifierhöhungen bereits erfolgt sind bzw. konkret bevorstehen. Eine darüber hinausgehende Entdynamisierung ist mit geltendem Kündigungsschutzrecht nicht vereinbar.

Das BAG hat sich in seiner Entscheidungsbegründung nicht mit den „dringenden betrieblichen Erfordernissen“, § 1 Abs. 2 KSchG, nicht mit der Rechtsprechung zur Änderungskündigung zum Zwecke der Vertragsvereinheitlichung und nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz befasst. Es hat sich darauf beschränkt, ohne jegliche Herleitung zu argumentieren, dass, wenn eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung möglich ist, dann erst recht eine Änderungskündigung ohne Gehaltsabsenkung möglich sein muss.<sup>22</sup> Genau dieses Argument bildet jedoch eine Sackgasse unabhängig von der Rechtsprechung anderer Senate: Eine betriebsbedingte Änderungskündigung gem. § 2 KSchG ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn sie durch „dringende betriebliche Erfordernisse“ gerechtfertigt ist. Dringende betriebliche Erfordernisse liegen vor, wenn das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu den bisherigen Vertragsbedingungen entfallen ist.<sup>23</sup> Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn sich die angestrebte Vertragsänderung auf eine in der Zukunft liegende Tarifierwicklung bezieht. Hier kann der Betrieb schon längst saniert sein. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Änderungskündigung ist zumeist völlig unklar, zu welchen Einsparungen der Ausschluss von zukünftigen Tarifierhöhungen führt. Zudem gebietet die Anwendung des Verhältnismäßigkeits-

13 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697, Rn. 57.

14 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697, Rn. 57.

15 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697, Rn. 58.

16 Busch/Gerlach, BB 2017, 2356, 2359 ff.

17 Wahlig/Brune, NZA 2018, 221 ff.

18 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 61/14, BeckRS 2017, 140697, Rn. 49.

19 Vgl. BAG, 14.12.2011 – 5 AZR 675/10, NZA 2012, 618 ff.; BAG, 23.2.2011 – 5 AZR 84/10, NZA 2011, 693 ff.; BAG, 1.4.2009 – 10 AZR 353/08, NZA 2009, 1409 ff., vgl. BB-Entscheidungsreport Rößler/Nicolas/Baumeister, BB 2010, 64; BAG, 14.3.2007 – 5 AZR 420/06, NZA 2007, 862 ff.

20 BAG, 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), BB 2016, 570 m. BB-Komm. Flockenhaus, NZA 2016, 373 ff. unter Tenor II. letzter Satz.

21 Busch/Gerlach, BB 2017, 2356, 2359 ff., 2360 ff.

22 BAG, 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), BB 2016, 570 m. BB-Komm. Flockenhaus, BeckRS 2017, 140697, Rn. 57.

23 BAG, 22.4.2004 – 2 AZR 385/03, BB 2004, 2818 m. BB-Komm. Regh, NZA 2004, 1158 ff.; BAG, 23.6.2005 – 2 AZR 642/04, BB 2006, 159, NZA 2006, 92 ff.

grundsatzes den geringsten möglichen Eingriff in das Arbeitsverhältnis. Der einzige Ausweg könnte darin gesehen werden, das Interesse des Arbeitgebers an einer Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen der Mitarbeiter eines Betriebes unter dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG zu subsumieren. Genau dies wird jedoch in ständiger Rechtsprechung verneint.<sup>24</sup>

### 3. Betriebsvereinbarung

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass eine einzelvertragliche unbedingte Verweisklausel im Wege einer Betriebsvereinbarung abgeändert werden kann. Diese Auffassung greift auf das Urteil des BAG vom 5.3.2013<sup>25</sup> zurück, nach dem mangels anderweitiger ausdrücklicher Regelungen arbeitsvertragliche Vereinbarungen grundsätzlich als betriebsvereinbarungsoffen auszulegen sind.<sup>26</sup> Anknüpfungspunkt bildet hierbei, dass es sich bei den Bestimmungen eines Arbeitsvertrages grundsätzlich um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, bei denen der kollektive Bezug immanent ist. Dies gelte nicht nur für die betriebliche Altersversorgung, zu der die Entscheidung des BAG ergangen ist, sondern auch für tarifliche Verweisklauseln mit der Konsequenz, dass nach einem Betriebsübergang eine Betriebsvereinbarung zum Abschluss kommen kann, die eine Entdynamisierung der Verweisung auf Tarifvertrag beinhaltet.

Auch wenn dieser Ansatz durchaus seinen Reiz hat, da die Arbeitnehmerinteressen durch die dem Betriebsrat eingeräumte Verhandlungsposition Eingang finden, scheidet letztlich auch dieser Weg an der Rechtslage: War der Betrieb des Veräußerers zum Zeitpunkt der arbeitsvertraglichen Vereinbarung normativ an den Tarifvertrag bzw. die Tarifverträge, auf die verwiesen wurde, gebunden bzw. fiel er in dessen/deren Geltungsbereich,<sup>27</sup> wäre eine die vertragliche Verweisung auf Tarifvertrag abändernde Betriebsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 BetrVG nichtig.<sup>28</sup> In der Literatur vertretene Ansätze, wonach § 77 Abs. 3 BetrVG nicht einschlägig sei, weil der Schutzzweck der Bestimmung nicht betroffen ist<sup>29</sup> bzw. Verweisklauseln in Tarifverträgen unüblich sind,<sup>30</sup> vermögen nicht zu überzeugen. Zum einen umfasst der Schutzzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG auch und gerade den Fall, in dem keine Tarifbindung besteht, so dass nicht gesagt werden kann, dass die Betriebsparteien bei Bezugnahme auf einen Tarifvertrag nicht in Konkurrenz zur Gewerkschaft treten. Zum anderen ist es zu kurz gegriffen, eine Verweisklausel nur nach ihrem Titel und nicht nach ihrem Inhalt zu verstehen. Die Festlegung der Tarifgehälter bildet den Kernbereich der Tarifautonomie. Schließlich beinhaltet eine einschränkende Auslegung der vertraglichen Verweisung dahingehend, dass diese nur für den Fall des Wegfalls der Tarifbindung und einem Herausfallen des Betriebs aus dem Geltungsbereich der bislang maßgeblichen Tarifverträge Geltung beanspruchen soll, eine geltungserhaltende Reduktion, die bei allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht in Betracht kommt, § 306 Abs. 2 BGB.<sup>31</sup>

Das BAG kommt in seinem Urteil vom 11.4.2018 ebenfalls zu dem Ergebnis, dass unbedingte dynamische Verweisklauseln nicht als betriebsvereinbarungsoffen ausgelegt werden können, allerdings über einen anderen Weg: Bei der vertraglichen Vergütung handelt es sich um eine individuell vereinbarte, nicht der AGB-Kontrolle unterliegende Regelung der Hauptleistungspflicht.<sup>32</sup> Damit kommt eine Aufhebung der vereinbarten Dynamik auch in den wenigen Fällen nicht in Betracht, in denen bei Abschluss des Arbeitsvertrages § 77 Abs. 3 BetrVG einer betriebsvereinbarungsoffenen Ausgestaltung der Verweisung nicht entgegensteht.

### IV. Fazit

Die Begründung des Urteils des BAG in Sachen Asklepios enthält keine Überraschung. Das BAG bleibt eine tragfähige Begründung für die seinen Vorlagebeschluss einschränkende Behauptung schuldig, dass „das nationale Recht sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber vorsieht“. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob eine Änderungskündigung zum Zwecke der Entdynamisierung einer tariflichen Verweisklausel nach Betriebsübergang zumindest dann möglich ist, wenn der Erwerber keine Möglichkeit hat, auf die Tarifentwicklung Einfluss zu nehmen. Es ist nicht zu erwarten, dass der hier zuständige Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichtes seine bisherige Rechtsprechung in irgendeiner Weise ändert. Mitarbeiter von zukünftigen Tarifierhöhungen im Wege einer Änderungskündigung auszuschließen, kann denklösig nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt werden. Die Sanierungsphase kann hier schon lange vorüber sein. Die Praxis wird sich damit auch in Zukunft darauf konzentrieren, den in den Erwerberbetrieb zu integrierenden Mitarbeitern ein konditionsvereinheitlichendes Änderungsangebot zu unterbreiten, mit dem Ziel, eine Zeichnungsquote von 100 % zu erreichen. Die in der Literatur erwogene Lösung über eine entdynamisierende Betriebsvereinbarung verstößt gegen § 77 Abs. 3 BetrVG bzw. kommt deshalb nicht in Betracht, weil nach Auffassung des BAG die Vergütung betreffende Verweisklauseln nicht betriebsvereinbarungsoffen sind. Auch in Zukunft bleibt damit nur, von vornherein eine Gleichstellungsabrede zu treffen, die der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes entspricht.<sup>33</sup>

**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, Flexibilisierung des Personaleinsatzes, Vergütung und der Arbeitszeit.



**Sandy Gerlach** ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partner 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, Flexibilisierung des Personaleinsatzes, Vergütung und zur Arbeit 4.0.



24 BAG, 12.1.2006 – 2 AZR 126/05, NZA 2006, 587 ff.; BAG, 8.10.2009 – 2 AZR 235/08, NZA 2010, 465 ff.

25 BAG, 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, RIW 2013, 637, NZA 2013, 916 ff.

26 *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221 ff.; *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230 ff.

27 *Zur Auslösung der Sperrwirkung Fitting u. a.*, BetrVG, 29. Aufl. 2018, § 77 BetrVG, Rn. 96, 75.

28 Vgl. LAG Düsseldorf, 25.10.2016 – 8 Sa 500/16, juris: keine Tarifbindung des Arbeitgebers bzw. Tarifüblichkeit, aufgehoben: BAG, 12.4.2018 – 4 AZR 119/17, juris, Begründung: keine AGB.

29 *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230, 2236: Schutz der Tarifvertragsparteien vor einer Konkurrenz durch die Betriebspartner.

30 *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221, 223 f.

31 St. Rspr. BAG 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, BB 2008, 1785; BAG, 20.5.2008 – 9 AZR 382/07, BB 2008, 2242, NZA 2008, 1233; BAG, 28.9.2005 – 5 AZR 52/05, BB 2006, 327, NZA 2006, 149.

32 BAG, 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, bisher nur als Pressemitteilung des BAG vorliegend.

33 BAG, 5.7.2017 – 4 AZR 867/16, NZA 2018, 46; BAG, 27.11.2010 – 4 AZR 391/09, NZA 2011, 356; BAG, 18.4.2007 – 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965.