

TOBIAS MÖLLER

Zeitdynamische Bezugnahmeklauseln

Beiträge zum Arbeitsrecht

5

Mohr Siebeck

Beiträge zum Arbeitsrecht

herausgegeben von

Martina Benecke, Felix Hartmann,
Sudabeh Kamanabrou, Hartmut Oetker

Band 5



Tobias Möller

Zeitdynamische Bezugnahmeklauseln

Die Verweisung auf einen Tarifvertrag beim
Betriebsübergang im Lichte des europäischen Rechts

Mohr Siebeck

Tobias Möller, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld; 2013 Erste juristische Staatsprüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht und Methodenlehre der Universität Bielefeld; 2017 Promotion; Rechtsreferendariat am Landgericht Bielefeld.
orcid.org/0000-0002-6544-4783

ISBN 978-3-16-156044-6 / eISBN 978-3-16-156045-3

DOI 10.1628/978-3-16-156045-3

ISSN 2509-9973 / eISSN 2569-3840 (Beiträge zum Arbeitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeit und sozialen Schutz an der Universität Bielefeld entstanden. Sie wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft im Wintersemester 2017/2018 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2018 berücksichtigt.

Besonders danken möchte ich an dieser Stelle meiner Doktormutter Frau Professorin Dr. Sudabeh Kamanabrou, die mich nicht nur in sämtlichen Phasen dieser Arbeit und darüber hinaus unterstützt, sondern auch dafür gesorgt hat, dass die schöne Zeit am Lehrstuhl unvergessen bleiben wird.

Herrn Professor Dr. Oliver Ricken danke ich für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Professor Dr. Christoph Gusy für die bereitwillige Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission bei meiner Disputation.

Großer Dank gebührt auch all meinen Kolleginnen und Kollegen vom Lehrstuhl für ihre Hilfs- und Diskussionsbereitschaft und vor allem für die stets angenehme Zusammenarbeit in freundschaftlicher Atmosphäre. Besonders erwähnen möchte ich in diesem Zusammenhang neben meiner langjährigen Bürokollegin Dr. Svenja Jurrat auch Mathis Böttcher, Julia Matia, Dr. Jan-Hendrik Paßmann, Philipp Schröder, Dr. Anne Christin Wietfeld und Dr. Sandra Wullenkord.

Mein innigster Dank gilt meinen Eltern Heidi und Rolf Möller, die mich nicht nur im Rahmen meiner Promotion, sondern in jeglichen Lebenslagen unterstützt haben und ohne die ich viele meiner Ziele nicht hätte erreichen können. Schließlich möchte ich meinen privaten Wegbegleitern danken, allen voran Felix Kulle und Hélène Rabita, die mir bei der Erstellung dieser Arbeit motivierend zur Seite standen und mir ein großer Rückhalt waren.

Bielefeld, im Mai 2018

Tobias Möller

Inhaltsübersicht

<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XXI
Kapitel 1: Einleitung	1
§ 1 <i>Einführung</i>	2
I. Bezugnahmeklauseln	2
II. Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang	3
III. Europarechtliche Vorgaben	4
§ 2 <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	7
§ 3 <i>Gang der Untersuchung</i>	8
Kapitel 2: Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang im deutschen Recht	11
§ 1 <i>Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln</i>	11
I. Funktion von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln	11
II. Rechtliche Wirkung von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln	14
III. Typen von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln	16
IV. Auslegung von kleinen dynamischen Bezugnahmeklauseln	17
§ 2 <i>Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs</i>	22
I. Normativ geltende Tarifverträge	23
II. Vertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag	25
§ 3 <i>Vertragsauslegung und Gesetzesauslegung</i>	28
I. Fehlender Europarechtsbezug der Vertragsauslegung	29
II. Auswirkungen der Rechtsprechungsänderung auf die Situation beim Betriebsübergang	31
III. Richtiger Ansatzpunkt: Die Umsetzungsnorm § 613a BGB	32
IV. Ergebnis	33
§ 4 <i>Zusammenfassung zum deutschen Recht</i>	34
Kapitel 3: Vorgaben des europäischen Rechts	37
§ 1 <i>Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs</i>	38

I. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Werhof	38
II. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Alemo-Herron	46
III. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Asklepios	53
IV. Zusammenfassung	61
§ 2 <i>Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen</i>	61
I. Grundrechtsbindung der Europäischen Union	62
II. Für die Mitgliedstaaten verbindliche Vorgaben	64
III. Ergebnis zum Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen	67
§ 3 <i>Betriebsübergangsrichtlinie</i>	68
I. Hintergrund	69
II. Anwendbare Bestimmungen der Betriebsübergangsrichtlinie	70
III. Vorgaben der Betriebsübergangsrichtlinie	118
IV. Gesamtergebnis zur Betriebsübergangsrichtlinie	129
§ 4 <i>Europäische Menschenrechtskonvention</i>	132
I. Auslegung der EMRK	132
II. Die Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK	134
III. Gesamtergebnis zur Europäischen Menschenrechtskonvention	166
§ 5 <i>Charta der Grundrechte der Europäischen Union</i>	166
I. Die Grundrechte aus Art. 12 und Art. 28 GRCh	167
II. Die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh	184
III. Gesamtergebnis zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union	212
§ 6 <i>Bewertung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs</i>	213
I. Die Entscheidung in der Rechtssache Werhof	213
II. Die Entscheidung in der Rechtssache Alemo-Herron	215
III. Die Entscheidung in der Rechtssache Asklepios	217
§ 7 <i>Europarechtskonformität der deutschen Rechtslage</i>	219
I. Umsetzung der Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	219
II. Umsetzung der Vorgaben von Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	220
III. Grundrechtskonformität der deutschen Rechtslage	231
IV. Ergebnis zur Europarechtskonformität der deutschen Rechtslage	232
Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse	233
Literaturverzeichnis	241
Sachregister	257

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	V
<i>Inhaltsübersicht</i>	IX
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XXI
Kapitel 1: Einleitung	1
§ 1 <i>Einführung</i>	2
I. Bezugnahmeklauseln	2
II. Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang	3
III. Europarechtliche Vorgaben	4
§ 2 <i>Gegenstand der Untersuchung</i>	7
§ 3 <i>Gang der Untersuchung</i>	8
Kapitel 2: Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang im deutschen Recht	11
§ 1 <i>Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln</i>	11
I. Funktion von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln	11
II. Rechtliche Wirkung von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln	14
III. Typen von arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln	16
IV. Auslegung von kleinen dynamischen Bezugnahmeklauseln	17
1. Begriff der Gleichstellungsabrede	17
2. Die alte Rechtsprechung des BAG	19
3. Die neue Rechtsprechung des BAG	20
§ 2 <i>Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs</i>	22
I. Normativ geltende Tarifverträge	23
II. Vertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag	25
1. Keine Auswirkungen auf die Klauselauslegung	25
2. Vertragsänderung und Änderungskündigung nach Betriebsübergang	27
§ 3 <i>Vertragsauslegung und Gesetzesauslegung</i>	28
I. Fehlender Europarechtsbezug der Vertragsauslegung	29

II. Auswirkungen der Rechtsprechungsänderung auf die Situation beim Betriebsübergang	31
III. Richtiger Ansatzpunkt: Die Umsetzungsnorm § 613a BGB	32
IV. Ergebnis	33
§ 4 Zusammenfassung zum deutschen Recht	34
Kapitel 3: Vorgaben des europäischen Rechts	37
§ 1 Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	38
I. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Werhof	38
1. Sachverhalt und Verfahrensgang	38
2. Die Schlussanträge des Generalanwalts Colomer	39
3. Die Entscheidung des EuGH	40
4. Reaktion des Bundesarbeitsgerichts	42
II. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Alemo-Herron	46
1. Sachverhalt und Hintergrund	46
a) Rechtslage im Vereinigten Königreich	47
b) Verfahrensgang und Vorlagefrage	47
2. Die Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón	48
3. Die Entscheidung des EuGH	50
4. Kritische Reaktion des Schrifttums	52
III. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Asklepios	53
1. Sachverhalt und Verfahrensgang	53
2. Der Vorlagebeschluss des BAG	54
3. Die Schlussanträge des Generalanwalts Bot	57
4. Die Entscheidung des EuGH	58
5. Reaktionen	60
IV. Zusammenfassung	61
§ 2 Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen	61
I. Grundrechtsbindung der Europäischen Union	62
1. Charta der Grundrechte der Europäischen Union	62
2. Europäische Menschenrechtskonvention	62
II. Für die Mitgliedstaaten verbindliche Vorgaben	64
1. Betriebsübergangsrichtlinie	64
2. Charta der Grundrechte der Europäischen Union	64
3. Europäische Menschenrechtskonvention	66
III. Ergebnis zum Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen	67

§ 3 Betriebsübergangsrichtlinie	68
I. Hintergrund	69
II. Anwendbare Bestimmungen der Betriebsübergangsrichtlinie	70
1. Übergang von Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis nach Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	71
2. Aufrechterhaltung von kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen nach Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	73
a) Vorgaben für die Art der Aufrechterhaltung	73
b) Grenzen der Verpflichtung zur Aufrechterhaltung	74
3. Untersuchung des Anwendungsbereichs von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2001/23/EG	75
a) Denkbare Ausgestaltungen der Anwendungsbereiche	76
aa) Exklusivitätsverhältnis von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2001/23/EG	77
(1) Abs. 3 als Auffangvorschrift für normativ geltende Kollektivverträge	77
(2) Abs. 3 als Spezialregelung für sämtliche Kollektivverträge	77
(3) Verweis auf das nationale Recht	78
bb) Überschneidung der Anwendungsbereiche von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2001/23/EG	79
(1) Ausgedehnter Anwendungsbereich von Abs. 1 und zusätzlicher Schutz für alle kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen durch Abs. 3	79
(2) Ausgedehnter Anwendungsbereich von Abs. 1 und zusätzlicher Schutz für normativ geltende kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen durch Abs. 3	80
(3) Anwendung von Abs. 1 auf alle vertraglichen Arbeitsbedingungen und Anwendung von Abs. 3 auf alle kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen	80
cc) Zwischenergebnisse	81
b) Rechtsprechung des EuGH	81
aa) Beckmann (2002)	82
bb) Martin (2003)	82
cc) Werhof (2006)	83
dd) Alemo-Herron (2013)	83
ee) Österreichischer Gewerkschaftsbund (2014)	84
ff) Askleprios (2017)	85

gg) Auswertung der bislang ergangenen Rechtsprechung des EuGH	86
c) Autonome Richtlinienauslegung	87
d) Analyse des Wortlauts	90
aa) Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	91
bb) Wortlaut von Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	91
cc) Zwischenergebnis	92
e) Systematik der Richtlinie	93
aa) Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2001/23/EG	93
bb) Begrenzung der Pflicht zur Aufrechterhaltung von kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen in Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	95
f) Sinn und Zweck	96
aa) Sinn und Zweck der Richtlinie	97
(1) Schutz von Arbeitnehmerinteressen	97
(2) Herstellung eines gerechten Ausgleichs der Interessen der Arbeitnehmer und des Erwerbers	100
(3) Harmonisierung zur Förderung des Binnenmarktes	102
(4) Zusammenfassung	103
bb) Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	104
cc) Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	104
dd) Schlussfolgerungen	106
g) Die verschiedenen Modelle der Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis	107
aa) Überblick über die verschiedenen Modelle	107
bb) Erkenntnisse	110
h) Ergebnisse zur Bestimmung des Anwendungsbereichs von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2001/23/EG	110
aa) Zusammenfassung zur Ausgestaltung des Anwendungsbereichs	111
(1) Unionsautonome Begriffsauslegung	111
(2) Wortlaut	111
(3) Systematik	112
(4) Sinn und Zweck	113
bb) Konsequenzen	114
(1) Keine Verweis auf das nationale Recht	114
(2) Anwendung von Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG auf vertraglich einbezogene Kollektivverträge	114
(3) Keine Anwendung von Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG auf normativ wirkende Kollektivverträge	115

(4) Zusätzliche Anwendung von Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG auf vertraglich einbezogene Kollektivverträge	116
(5) Ergebnis	117
III. Vorgaben der Betriebsübergangsrichtlinie	118
1. Übergang nach Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	118
a) Wortlaut	119
b) Systematik	120
c) Sinn und Zweck	122
d) Ergebnis zu Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	125
2. Aufrechterhaltung nach Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	126
a) Statische Aufrechterhaltung	126
b) Voraussetzung der Aufrechterhaltungspflicht: Einbeziehung eines nicht durch Kündigung oder Zeitablauf beendeten Tarifvertrags	127
c) Ende der Aufrechterhaltungspflicht	128
aa) Ablösung durch vertragliche Bezugnahme auf einen anderen Tarifvertrag	128
bb) Ablösung durch normativ wirkenden Tarifvertrag	129
d) Keine rein einzelvertragliche Abweichung zum Nachteil des Arbeitnehmers	129
IV. Gesamtergebnis zur Betriebsübergangsrichtlinie	129
§ 4 <i>Europäische Menschenrechtskonvention</i>	132
I. Auslegung der EMRK	132
II. Die Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK	134
1. Persönlicher Schutzbereich	134
2. Vereinigungen im Sinne von Art. 11 EMRK	134
3. Koalitionsfreiheit	135
a) Gewährleistung der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 11 EMRK	136
aa) Keine Erwähnung im Wortlaut	136
bb) Die Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR	137
(1) Young, James und Webster gegen das Vereinigte Königreich (1981)	137
(2) Sibson gegen das Vereinigte Königreich (1993)	138
(3) Sigurjónsson gegen Island (1993)	138
(4) Gustafsson gegen Schweden (1996)	140
(5) Chassagnou und andere gegen Frankreich (1999)	140
(6) Sørensen und Rasmussen gegen Dänemark (2006)	141

(7) Ólafsson gegen Island (2010)	142
(8) Ergebnis der Auswertung der Rechtsprechung	142
cc) Entstehungsgeschichte der EMRK	142
dd) Persönliche Meinungsfreiheit aus Art. 9 und 10 EMRK	143
ee) Evolutive Auslegung	145
ff) Wesen des Freiheitsrechts	146
(1) Die Unteilbarkeit positiver und negativer Freiheitsgehalte	146
(2) Die Wesensgehaltsformel des EGMR	148
gg) Ergebnis zur Gewährleistung der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 11 EMRK	149
b) Eingriffe in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit	150
aa) Schutz vor Beitrittszwang	150
(1) Relevanter Beitrittsdruck	150
(2) Beitrittsdruck durch den Übergang der Bezugnahmeklausel nach Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	151
(a) Beitrittsdruck durch dynamische Tarifbindung	152
(b) Vertraglicher Charakter der Bezugnahme	153
(c) Ergebnis zum Beitrittsdruck durch den Übergang der Bezugnahmeklausel nach Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	155
(3) Beitrittsdruck durch die Aufrechterhaltungspflicht nach Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	156
bb) Gewährleistung eines Rechts auf negative Tarifvertragsfreiheit in Art. 11 EMRK	156
(1) Rechtsprechung des EGMR	157
(a) Gustafsson gegen Schweden (1996)	157
(b) Kellermann gegen Schweden (2003)	158
(c) Vorwurf der Zirkelschlüssigkeit	158
(d) Bedeutung der Entscheidungen	159
(2) Das obiter dictum des EuGH in der Rechtssache Werhof (2006)	160
(3) Evolutive Auslegung	161
(4) Koalitionsfreiheit als Unterfall der Vereinigungsfreiheit	162
(5) Recht auf Kollektivmaßnahmen	162
(6) Ergebnis zur Gewährleistung eines Rechts auf negative Tarifvertragsfreiheit in Art. 11 EMRK	165

4. Ergebnis zur Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK	166
III. Gesamtergebnis zur Europäischen Menschenrechtskonvention	166
§ 5 <i>Charta der Grundrechte der Europäischen Union</i>	166
I. Die Grundrechte aus Art. 12 und Art. 28 GRCh	167
1. Verhältnis von Art. 12 und 28 GRCh	168
2. Das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen nach Art. 28 GRCh	169
a) Persönlicher Schutzbereich	169
b) Sinn und Zweck	170
c) Gewährleistungsgehalt	171
aa) Negative Freiheitsgewährleistungen in Art. 28 GRCh	172
bb) Herleitung eines Rechts auf negative Tarifvertragsfreiheit aus Art. 28 GRCh	172
d) Ergebnis zum Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen nach Art. 28 GRCh	175
3. Die Vereinigungsfreiheit nach Art. 12 GRCh	175
a) Verhältnis der Grundrechte aus Art. 12 GRCh zueinander	176
b) Persönlicher Schutzbereich	177
c) Vereinigungen im Sinne von Art. 12 GRCh	177
d) Koalitionsfreiheit	178
e) Negative Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit	179
aa) Gewährleistung der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 12 GRCh	180
bb) Relevanter Beitrittsdruck	181
cc) Herleitung eines Rechts auf negative Tarifvertragsfreiheit aus Art. 12 GRCh	181
f) Ergebnis zur Vereinigungsfreiheit nach Art. 12 GRCh	183
4. Ergebnisse zu den Grundrechten aus Art. 12 und Art. 28 GRCh	183
II. Die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh	184
1. Gewährleistungsgehalt	184
a) Vertragsfreiheit	185
b) Negative Tarifvertragsfreiheit	186
2. Eingriffe in den Schutzbereich	186
a) Übergang der Bezugnahme Klausel nach Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	187
b) Aufrechterhaltungspflicht nach Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	188
c) Zwischenergebnis	188
3. Rechtfertigung der Eingriffe in den Schutzbereich	189
a) Voraussetzungen der Rechtfertigung	189

b) Übergang der Bezugnahme Klausel nach Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	190
aa) Wahrung des Wesensgehalts der unternehmerischen Freiheit	190
bb) Verhältnismäßigkeit	192
(1) Legitimes Ziel	192
(2) Geeignetheit	193
(3) Erforderlichkeit	194
(4) Angemessenheit	194
(a) Die privatautonome Entscheidung für den Erwerb des Betriebs	195
(aa) Möglichkeit einer Due Diligence-Prüfung	195
(bb) Fehlende Vorhersehbarkeit	196
(b) Unerheblichkeit der Herkunft des Bezugsobjekts	197
(c) Schutz der Privatautonomie des Arbeitnehmers	197
(d) Anpassungsmöglichkeiten des Erwerbers	198
(aa) Abschluss eines Änderungsvertrags	199
(bb) Problem der Einvernehmlichkeit	199
(cc) Ausreichen einvernehmlicher Änderungsmöglichkeiten	201
(dd) Notwendigkeit einvernehmlicher Änderungsmöglichkeiten	203
(e) Unerheblichkeit des Einflusses auf die weitere Tarifentwicklung	204
(f) Besonderheiten des Übergangs von einem öffentlichen auf einen privaten Arbeitgeber	205
(g) Zusammenfassung und Ergebnis zur Angemessenheit	206
(5) Ergebnis zur Verhältnismäßigkeit	208
c) Aufrechterhaltungspflicht nach Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	208
aa) Wahrung des Wesensgehalts der unternehmerischen Freiheit	208
bb) Verhältnismäßigkeit	209
(1) Legitimes Ziel, Geeignetheit und Erforderlichkeit	209
(2) Angemessenheit	210
d) Keine Unverhältnismäßigkeit aufgrund der kumulativen Anwendung von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 RL 2001/23/EG	211
4. Ergebnis zur unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRCh	212
III. Gesamtergebnis zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union	212

§ 6 Bewertung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs . . .	213
I. Die Entscheidung in der Rechtssache Werhof	213
II. Die Entscheidung in der Rechtssache Alemo-Herron	215
III. Die Entscheidung in der Rechtssache Asklepios	217
§ 7 Europarechtskonformität der deutschen Rechtslage	219
I. Umsetzung der Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG	219
II. Umsetzung der Vorgaben von Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	220
1. Vorgaben von Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG	220
2. Keine hinreichende Umsetzung im deutschen Recht	220
3. Möglichkeiten zur Beseitigung des Umsetzungsdefizits	221
a) Richtlinienkonforme Auslegung von § 613a Abs. 1 S. 2 bis S. 4 BGB	221
aa) Richtlinienkonformität bei Anwendung von § 613a Abs. 1 S. 2 bis S. 4 BGB auf vertraglich einbezogene Tarifverträge	222
(1) Anwendung von § 613a Abs. 1 S. 2 BGB	222
(2) Anwendung von § 613a Abs. 1 S. 3 und S. 4 BGB	223
(3) Zwischenergebnis	225
bb) Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung von § 613a Abs. 1 S. 2 bis S. 4 BGB	225
(1) Wortlaut	226
(2) Historie	227
(3) Systematik	227
(a) Widersprüchlichkeit zum Wortlaut von § 613a Abs. 1 S. 3 und S. 4 BGB	227
(b) Überschießende „richtlinienkonforme“ Auslegung	228
(4) Sinn und Zweck	228
(5) Problem der Transformation	229
cc) Ergebnis zur richtlinienkonformen Auslegung	229
b) Neuregelung durch den Gesetzgeber	230
III. Grundrechtskonformität der deutschen Rechtslage	231
IV. Ergebnis zur Europarechtskonformität der deutschen Rechtslage . . .	232
 Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse	 233
 Literaturverzeichnis	 241
 Sachregister	 257

Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AÜG	Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs Berater
Bd.	Band
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (Betriebsrentengesetz)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BLJ	Bucerius Law Journal
BMT-G II	Bundsmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe
BSG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme

DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/-n
DRdA	Das Recht der Arbeit
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ECHR	European Convention on Human Rights
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGMR-E	Deutschsprachige Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ELLJ	European Labour Law Journal
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ERCL	European Review of Contract Law
ESC	Europäische Sozialcharta
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgend
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
gem.	gemäß
Gesamthrg.	Gesamtherausgeber
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
GSGA	Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer
GYIL	German Yearbook of International Law
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS	Halbsatz
IDS	Incomes Data Services Ltd.

IJCLLIR	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
ILJ	Industrial Law Journal
ILO	International Labour Organisation
JArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
lit.	litera
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer/-n
Rs.	Rechtssache
S.	Seite/-n, Satz/Sätze
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannte
SR	Soziales Recht
TUPE	Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TVÜ-VKA	Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	und andere, unter anderem
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UN-Sozialpakt	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
Unterabs.	Unterabsatz
v.	vom, von
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzrecht
ZMV	Zeitschrift für die Praxis der Mitarbeitervertretung in den Einrichtungen der katholischen und evangelischen Kirche
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

Kapitel 1

Einleitung

Die Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf zeitdynamische Bezugnahme-klauseln sind Gegenstand mehrerer – zum Teil höchst umstrittener – Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs¹ und des Bundesarbeitsgerichts² und werden im rechtswissenschaftlichen Schrifttum seit Jahren kontrovers diskutiert.³ Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob der Erwerber eines Betriebs an eine zwischen Veräußerer und Arbeitnehmer arbeitsvertraglich vereinbarte zeitdynamische Bezugnahme auf einen Tarifvertrag gebunden ist, oder ob der Verweisungsklausel nach dem Übergang nur noch statische Wirkung zukommt. Die Komplexität dieser Materie ergibt sich zum einen aus dem Zusammentreffen der Fragen der Auslegung der Bezugnahme-klausel und ihres Übergangs auf den Betriebserwerber und zum anderen aus der Vielzahl der betroffenen Rechtsebenen. Relevant sind neben den Vorgaben des deutschen Rechts die Betriebsübergangsrichtlinie RL 2001/23/EG⁴ und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)⁵ sowie die Europäische Menschenrechtskonvention des Europarats (EMRK)⁶.

Die europarechtlichen Vorgaben haben durch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtssachen Werhof aus dem Jahr 2006⁷ und Alemo-Herron aus dem Jahr 2013⁸ in der deutschen Rechtswissenschaft viel

¹ EuGH v. 09.03.2006, C-499/04 [Werhof], Slg. 2006, I-2397; EuGH v. 18.07.2013, C-426/11 [Alemo-Herron], NZA 2013, 835; EuGH v. 27.04.2017, C-680/15, C-681/15 [Asklepios], NZA 2017, 571.

² BAG v. 22.10.2008, 4 AZR 793/07, NZA 2009, 323; BAG v. 23.09.2009, 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513; BAG v. 17.06.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373.

³ *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140; *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013, 737; *Lobinger*, NZA 2013, 945; *Melot de Beauregard*, NJW 2006, 2522; *Thüsing*, NZA 2006, 473; *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, jeweils m. w. N.

⁴ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, Abl. 2001 Nr. L 82, S. 16.

⁵ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Abl. 2016 Nr. C 202, S. 389.

⁶ Europäische Menschenrechtskonvention vom 04.11.1950, ETS No.005.

⁷ EuGH v. 09.03.2006, C-499/04 [Werhof], Slg. 2006, I-2397.

⁸ EuGH v. 18.07.2013, C-426/11 [Alemo-Herron], NZA 2013, 835.

Aufmerksamkeit erfahren.⁹ Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs sah sich das Bundesarbeitsgericht 2015 in der Rechtssache Asklepios zu einer Vorlage an den EuGH veranlasst.¹⁰ Am 27. April 2017 erging die mit Spannung erwartete¹¹ Entscheidung des Gerichtshofs¹². Die vorliegende Dissertation befasst sich mit dieser europarechtlichen Dimension der Wirkung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang. Es soll untersucht werden, welche Vorgaben das europäische Recht für die Behandlung von zeitdynamischen arbeitsvertraglichen Verweisungsklauseln im Fall eines Betriebsübergangs macht und ob sich die aktuelle deutsche Rechtslage mit diesen Vorgaben vereinbaren lässt. Damit soll zum Verständnis der europarechtlichen Hintergründe beigetragen werden.

§ 1 Einführung

I. Bezugnahmeklauseln

Die Mehrheit der in Deutschland abgeschlossenen Arbeitsverträge enthält keine vollständig ausformulierte Regelung sämtlicher Arbeitsbedingungen, sondern verweist im Wege einer Vertragsklausel auf den Inhalt eines Tarifvertrags.¹³ Mittels solcher Bezugnahme- oder Verweisungsklauseln findet der Tarifvertrag unabhängig von der Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien auf schuldrechtlicher Ebene Anwendung im Arbeitsverhältnis.¹⁴ Dadurch weisen die grundsätzlich dem Vertragsrecht zuzuordnenden Bezugnahmeklauseln viele Berührungspunkte mit dem Kollektivrecht auf. Gerade diese Überschneidung der individuellen und der kollektiven Rechtsebene macht eine genaue Betrachtung der Auslegung und Wirkung von Bezugnahmeklauseln erforderlich.

⁹ *Buschmann*, AuR 2006, 204; *Hartmann*, EuZA 2015, 203; *Latzel*, RdA 2014, 110; *Nicolai*, DB 2006, 670; *Sagan*, ZESAR 2016, 116, jeweils m. w. N.

¹⁰ BAG v. 17.06.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373; BAG v. 17.06.2015, 4 AZR 95/14 (A), BeckRS 2016, 66970.

¹¹ *Junker*, EuZA 2016, 428, 440 f.; *Hanau*, AuR 2016, 159; *Kerwer*, ZfA 2017, 37, 121; *Klein*, NZA 2016, 410; *Sagan*, ZESAR 2016, 116; *Scharff*, DB 2016, 1315; *Wiedemann*, BB 2016, 1400, 1402 f.

¹² EuGH v. 27.04.2017, C-680/15, C-681/15 [Asklepios], NZA 2017, 571.

¹³ Eine von *Preis* durchgeführte Auswertung von 883 Arbeitsverträgen aus den Jahren 1988 bis 1989 ergab, dass ca. 90 % der untersuchten Arbeitsverträge eine Verweisung auf einen Tarifvertrag enthielten, *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung, S. 62; *Preis/Preis*, Der Arbeitsvertrag, 4. Auflage, I B Rn. 4, 25. *Henssler/Heiden*, RdA 2004, 241, 242, Fn. 1, schätzen, dass bis zu 84 % der deutschen Arbeitsverträge Bezugnahmeklauseln enthalten.

¹⁴ BAG v. 18.03.2009, 4 AZR 63/08, NZA 2009, 1028, Rn. 27 ff.; *ErfK/Franzen*, § 3 TVG Rn. 32; *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 697; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 94.

Besondere Beachtung finden im rechtswissenschaftlichen Schrifttum sogenannte kleine dynamische Bezugnahmeklauseln, die auf einen bestimmten Tarifvertrag in seiner jeweils gültigen Fassung verweisen, also in sachlicher Hinsicht statisch und in zeitlicher Hinsicht dynamisch ausgestaltet sind. Die Auslegung dieser Klauseln ist seit langem Gegenstand von wissenschaftlichen Diskussionen auf der Ebene des nationalen Rechts.¹⁵ Diese betreffen insbesondere die Frage, ob und unter welchen Umständen eine kleine dynamische Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsabrede auszulegen ist. Im Gegensatz zu einer unbedingten zeitdynamischen Bezugnahme steht und fällt die zeitliche Dynamik der Klausel bei einer Gleichstellungsabrede mit der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers. Ist der Arbeitgeber nicht mehr tarifgebunden, wandelt sich die Klausel in eine statische Verweisung.

In der Vergangenheit nahm das BAG entgegen einer in der Literatur stark verbreiteten Ansicht eine solche Gleichstellungsabrede bei tarifgebundenen Arbeitgebern auch dann an, wenn dies nicht aus der Formulierung der Klausel hervorging, indem es auf die typischen Interessen – insbesondere des Arbeitgebers – beim Vertragsschlusses abstellte.¹⁶ Im Jahr 2007 vollzog das BAG dann einen bereits 2005 angekündigten Wandel seiner Rechtsprechung zur Auslegung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln.¹⁷ Nach der neuen Rechtsprechung sind dynamische Bezugnahmeklauseln nur dann als Gleichstellungsabrede auszulegen, wenn dies aus der Klausel selbst ersichtlich wird. Andernfalls liegt eine unbedingte zeitdynamische Verweisung vor.¹⁸

II. Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn kleine dynamische Bezugnahmeklauseln mit einem Betriebsübergang zusammentreffen. Die Frage, welche Wirkungen eine solche zeitdynamische Bezugnahmeklausel beim Betriebserwerb entfaltet, ist seit Jahren Gegenstand kontroverser Diskussionen.¹⁹ Zentraler Aspekt ist dabei die Fortwirkung der zeitlichen Dynamik der

¹⁵ *Annuf*, AuR 2002, 361; *Hanau*, NZA 2005, 489; *Haußmann* in: FS Schwerdtner, S. 89; *Henssler/Heiden*, RdA 2004, 241; *Lingemann* in: FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, S. 71; *Loebinger* in: FS v. Hoyningen-Huene, S. 271; *Schliemann*, NZA-Sonderbeilage zu Heft 16/2003, 3; *Thüsing*, NZA 2003, 1184, jeweils m. w. N.

¹⁶ BAG v. 04.09.1996, 4 AZR 135/95, NZA 1997, 271, 272; BAG v. 26.09.2001, 4 AZR 544/00, NZA 2002, 634, 635 ff.; BAG v. 19.03.2003, 4 AZR 331/02, NZA 2003, 1207, 1207 f.

¹⁷ BAG v. 18.04.2007, 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965. Angekündigt in BAG v. 14.12.2005, 4 AZR 536/04, NZA 2006, 607.

¹⁸ BAG v. 18.04.2007, 4 AZR 652/05, NZA 2007, 965, Rn. 26; BAG v. 22.10.2008, 4 AZR 793/07, NZA 2009, 323, Rn. 21.

¹⁹ *Bepler*, RdA 2009, 65; *Franzen*, EuZA 2014, 285; *Hartmann*, EuZA 2015, 203; *Houben*,

Klausel. Für den Arbeitnehmer stellt sich dabei die Frage, ob er auch nach dem Übergang aufgrund der Klausel an der weiteren Tarifentwicklung teilnimmt. Die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs werden in Deutschland durch § 613a BGB geregelt. Im Fall eines Betriebsübergangs gehen vertragliche Bezugnahme-klauseln nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB unverändert auf den Betriebserberwerber über. Auf die Auslegung einer Klausel als unbedingte zeitdynamische Verweisung oder als Gleichstellungsabrede hat der Betriebsübergang keine Auswirkungen.²⁰ Allerdings wirkt sich die Auslegung der Klausel darauf aus, welcher Tarifvertrag nach dem Übergang einbezogen wird und ob auf diesen statisch oder dynamisch verwiesen wird. Beim Übergang einer Gleichstellungsabrede auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber wirkt die Klausel nur statisch fort und verliert ihre Dynamik wie bei einem Austritt aus dem Arbeitgeberverband, da die Dynamik gerade durch die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers bedingt ist.²¹ Damit kann ein Betriebsübergang mittelbar zu einem Verlust der zeitlichen Dynamik führen.

III. Europarechtliche Vorgaben

Die deutsche Betriebsübergangsnorm § 613a BGB dient der Umsetzung der Betriebsübergangsrichtlinie RL 2001/23/EG der Europäischen Union. Aus diesem Grund erlangt das europäische Recht besondere Bedeutung für die Frage der Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf arbeitsvertragliche Bezugnahme-klauseln. Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG bestimmt, dass die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis aufgrund des Betriebsübergangs auf den Erwerber übergehen. Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG enthält eine begrenzte Verpflichtung des Erwerbers zur Aufrechterhaltung der in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen. Neben den Vorgaben der Richtlinie sind zudem die Grundrechte aus GRCh und EMRK zu beachten. Diese europarechtliche Dimension der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag ist bislang nicht hinreichend geklärt worden und in höchstem Maße umstritten.²² An-

SAE 2007, 109; *Jacobs* in: FS Birk, S. 243; *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013, 737; *Klein*, EuZA 2014, 325; *Naber/Krois*, ZESAR 2014, 121; *Thüsing*, NZA 2006, 473; *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, jeweils m. w. N.

²⁰ BAG v. 04.08.1999, 5 AZR 642/98, NZA 2000, 154, 155; BAG v. 29.08.2007, 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364, Rn. 19; BAG v. 22.04.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, Rn. 28; BAG v. 23.09.2009, 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513, Rn. 16.

²¹ HMB/*Grau*, Tarifvertrag, Teil 15 Rn. 143 ff.

²² Vgl. BAG v. 17.06.2015, 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, 373, Rn. 23; *Commandeur/Kleinbrink*, BB 2014, 181, 185; *Heuschmid*, AuR 2013, 498, 500; *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013,