

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Silja Maul, RAin, und Victoria Röhrich
**Die Europäische Privatgesellschaft –
 Überblick über eine neue supranationale Rechtsform** 1574

Tim Wittenberg
**Erwerb genossenschaftlicher Geschäftsanteile
 durch Arbeitnehmer einer eG als Haustür- oder
 Fernabsatzgeschäft?** 1580

BGH: Verbraucher trägt Beweislast für Vorformulierung von
 Vertragsklauseln in individuellem Verbrauchervertrag
 BB-Kommentar von Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, RA 1585

// STEUERRECHT

Burkhard Lohmann, RA/StB, Marcus von Goldacker, StB,
 und Melanie Achatz
**Nebenkosten der Akquisition einer deutschen
 Kapitalgesellschaft – hauptsächlich steuerliche
 Betriebsausgaben!** 1592

Dr. Christoph Hölscher, LL.M., RA
Der Modernisierte EU-Zollkodex kommt 1597

BFH: Verluste ausländischer Betriebsstätten – Abzugsausschluss
 von Verlusten aus Fremdverkehrsleistungen
 BB-Kommentar von Oliver Dörfler, StB, und Dr. Martin Ribbrock 1602

// BILANZRECHT

Georg Lanfermann, WP/StB, und Dr. Marc Richard
Kapitalschutz der Europäischen Privatgesellschaft 1610

Schleswig-Holsteinisches FG: Bilanzberichtigung hinsichtlich
 nicht mehr vorhandener Wirtschaftsgüter
 BB-Kommentar von Prof. Dr. Joachim Schulze-Osterloh 1614

// ARBEITSRECHT

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, RA
Tarifwechsel in Recht und Praxis – Teil I 1618

// BB-MAGAZIN

Christian Steinberger, RA
**Europäische Privatgesellschaft: Weniger Kosten,
 mehr Rechtssicherheit und gut für den Mittelstand** M1

Jean-Claude Alexandre Ho, LL.M.
Die SPE (Societas Privata Europaea) in spe M16

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, RA

Tarifwechsel in Recht und Praxis – Teil I

Die in der Unternehmenspraxis tarifgebundener und nicht tarifgebundener Unternehmen übliche Bezugnahme auf einen bestimmten Tarifvertrag oder den jeweils geltenden Tarifvertrag der X-Branche oder auch den jeweils für das Unternehmen oder den Betrieb geltenden Tarifvertrag gewinnt in Recht und Praxis zunehmend an Bedeutung. Etwa 50 % der Arbeitnehmer in Westdeutschland sind zugleich mit ihrem Arbeitgeber tarifgebunden. Etwa 40 % der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber orientieren sich in ihren Arbeitsverträgen an Branchentarifverträgen (Hinweis des BAG im Urteil v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 –, BB 2007, 2125 auf Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2005, 398, 399). In der Unternehmenspraxis stellt sich spätestens bei Wegfall der tariflichen Bindung des Arbeitgebers durch Verlassen des Geltungsbereichs des Tarifvertrages die Frage, welche Auswirkung die arbeitsvertragliche Bindung an einen Tarifvertrag oder ein Tarifwerk hat und ob der Inhalt des Arbeitsvertrages sogar einem Tarifwechsel des Unternehmens oder ausgegliederten Betriebes/Betriebsteiles folgt. Zu den Fragen und Antworten wird die folgende in Teil I veröffentlichte Analyse hilfreich sein. Der hier enthaltene Leitfaden ist auch als PDF-Datei herunterladbar. Teil II gibt sodann Beispiele aus der Unternehmenspraxis. Die Veröffentlichung von Teil II erfolgt in Heft 31 des Betriebs-Berater, das am 28.7.2008 erscheint.

I. Einleitung

Der 4. Senat des BAG hat noch im Urteil vom 20.2.2002 (BAG v. 20.2.2002 – 4 AZR 123/01 – EZA § 3 TVG Bezugnahmeklausel auf Tarifvertrag Nr. 20) die vertragliche Abrede der Anwendung der einschlägigen Tarifverträge in vorformulierten Arbeitsverträgen eines tarifgebundenen Arbeitgebers als eine typische Gleichstellungsabrede angesehen. Der damalige Vorsitzende des 4. Senates, Harald Schliemann, hat in der Rechtsliteratur (Schliemann, ZTR 2004, 502, 510 ff.) darauf aufmerksam gemacht, dass die Auslegung der seit Jahrzehnten (in der Unternehmenspraxis) geübten arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge als Gleichstellungsabrede auch Züge einer „interpretatio benevolentiae“ (wohlwollende Auslegung) trage. Er hat jedoch – vielleicht schon als Prognose oder Mahnung – angefügt: „Kein Arbeitsrechtler ist gehindert, das, was mit der Gleichstellungsabrede oder mit der Tarifwechselklausel an Verbindlichkeit, aber auch an Beweglichkeit erreicht werden soll, deutlicher zu formulieren, als die Vorväter zu tun Anlass hatten.“ Die Prognose und Mahnung an die Praktiker hat sich verwirklicht. In der Tat hat das BAG einen Wechsel der Rechtsprechung in der Entscheidung vom 14.12.2005 (BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 563/04 – BB 2006, 1504) angekündigt und diese Ankündigung in der Entscheidung vom 18.4.2007 (BAG v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 – BB 2007, 2125) umgesetzt.

II. Tarifrechtliche und individualrechtliche Rechtsgrundlagen

Die normative Wirkung von Tarifverträgen mit Rechten und Pflichten der tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf der kol-

lektiven Ebene ist von den vertraglichen Vereinbarungen im Arbeitsvertrag auf der individualrechtlichen Ebene zu unterscheiden. Die Unternehmenspraxis sieht zuweilen nur die vertraglich gewünschte Wirkung, dass der Arbeitsvertrag einem in Bezug genommenen Tarifvertrag folgen soll. Spätestens, wenn die Entwicklung des Tarifvertrages der einen oder anderen Arbeitsvertragspartei nicht mehr gefällt, prüft der sich als benachteiligt fühlende Vertragspartner, ob und inwieweit eine gesetzliche oder vertragliche Bindung an den Tarifvertrag besteht. Das Ziel ist es, Ansprüche aus einem in Bezug genommenen Tarifvertrag herzuleiten oder abzuwehren.

Daher bedarf es zunächst der Darstellung der tarifrechtlichen und individualrechtlichen Rechtsgrundlagen über die Trennung oder Wechselwirkung der kollektiven und individualrechtlichen Ebenen.

Das Tarifrecht ist als kollektives Recht von den individualrechtlich arbeitsvertraglich vereinbarten oder vom Arbeitgeber einseitig zugesagten Regelungen zu unterscheiden. Dementsprechend kann beim Verlassen des Geltungsbereichs eines Tarifvertrages die bislang bestehende Übereinstimmung des Inhaltes des Arbeitsvertrages mit dem Inhalt der Tarifnormen beendet sein. Die kollektiven Regelungen können sich weiter entwickeln, ohne dass der Arbeitsvertrag sie inhaltlich nachvollzieht (Statik). Die inhaltlich in Bezug genommenen Tarifnormen können sich aber auch je nach den von den Vertragspartnern gewählten Bezugnahmeklauseln individualrechtlich dynamisch weiter entwickeln.

Daher bedarf es für die Unternehmenspraxis also eines Grundverständnisses über die tarifrechtlichen und individualrechtlichen Rechtsgrundlagen.

1. Tarifbindung und Verlassen der Tarifbindung mit kollektiv- und individualrechtlichen Auswirkungen

Das Kollektivrecht betrifft die unmittelbare und zwingende Wirkung der Tarifverträge und ihrer Tarifnormen. Sie setzt gemäß § 3 Tarifvertragsgesetz (TVG) die beiderseitige Tarifgebundenheit voraus. Der Arbeitgeber ist tarifgebunden, wenn er Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes ist (Verbandstarifvertrag) oder selbst einen Firmentarifvertrag (Haustarifvertrag) mit der zuständigen Gewerkschaft abschließt und vom räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst ist.

Der Arbeitnehmer ist tarifgebunden, wenn er Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist und vom räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst ist.

Darüber hinaus besteht beiderseitige Tarifgebundenheit, wenn ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt ist (§ 5 TVG) oder ein Unternehmen vom Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes – in Zukunft vielleicht auch alternativ durch das aktuell noch in der Diskussion befindliche Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen – erfasst ist.¹

¹ Zur Allgemeinverbindlichkeit der Bautarifverträge vgl. Reiserer, „Tarifaufstieg im Baugewerbe – Ein Erfahrungsbericht aus dem Fertigungsbau“, BB 2008, 1338.

a) Geltungsbereich des Tarifvertrages

Die Tarifvertragsparteien regeln tarifautonom den räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages.

Anmerkung:

Die Frage ob das einzelne Unternehmen oder der Betrieb vom Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst ist, ergibt sich aus dem Zweck des Unternehmens oder Betriebes. Maßgebend ist nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung die Tätigkeit des Unternehmens, oder Betriebes, die dem Unternehmen oder dem Betrieb das Gepräge geben.²

Wesentlich für die Zuordnung zum fachlichen Geltungsbereich ist die Feststellung, welche Unternehmensaufgaben dem Unternehmen oder dem Betrieb das „Gepräge“ geben. Hierbei ist in erster Linie die Addition der regelmäßigen Arbeitsstunden aller „Mitarbeiterköpfe“ maßgebend. Die überwiegende Arbeitszeit, die für Aufgaben und Zwecke des Unternehmens oder Betriebes verwendet werden, gibt das „Gepräge“.

Ob und inwieweit dieses Kriterium des „Gepräges“ auch in Zukunft noch in Recht und Praxis Bedeutung haben wird, ist offen. Auf das Geprägetheorie kommt es im Falle einer zukünftigen Änderung der Rechtsprechung zur Tarifpluralität, Tarifkonkurrenz und betrieblichen Tarifeinheit voraussichtlich nicht mehr an.³

Die Erstreckung des fachlichen Geltungsbereiches von Tarifverträgen kann bei gemischten Tätigkeiten Zweifel aufkommen lassen, ob und inwieweit die Festlegungen des Tarifvertrages und dessen Voraussetzungen für den fachlichen Geltungsbereich erfüllt sind.

Bei der Frage, ob beispielsweise das Tarifwerk der Metallindustrie oder das Tarifwerk des Groß- und Außenhandels gilt, kommt es darauf an, ob die Tarifvertragsparteien den räumlichen/fachlichen Geltungsbereich nur auf das Unternehmen als solches beziehen, oder auch zusätzlich oder alternativ auf dessen Haupt- und Nebenbetrieb.⁴

b) Herauswachsen aus der Tarifbindung

Ein Unternehmen oder Betrieb kann aus dem räumlichen oder fachlichen Geltungsbereich herauswachsen:

- Der räumliche Gestaltungsbereich wird verlassen, wenn das Unternehmen oder der Betrieb an einen Ort außerhalb des räumlichen Geltungsbereiches des Tarifvertrages verlegt werden. Der Tarifvertrag ist nicht mehr anwendbar.
- Der fachliche Geltungsbereich wird verlassen, wenn sich der Unternehmens- und Betriebszweck wesentlich verändert und daher der fachliche Geltungsbereich des Tarifvertrages nicht mehr zutrifft. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein produzierendes Unternehmen der Metallindustrie im Laufe der Unternehmensentwicklung feststellt, dass es durch Verlagerung der Unternehmensaufgaben auf den Vertrieb zum Handelshaus geworden ist.⁵
- Verfolgt ein Betrieb als Mischbetrieb mehrere Geschäftszwecke, so ist für seine fachliche Zuordnung im Tarifrecht entscheidend, auf welche Geschäftstätigkeit die überwiegende Arbeitszeit der Arbeitnehmer entfällt.⁶
- Wenn das Unternehmen oder der Betrieb den fachlichen/ betrieblichen oder räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages verlässt und in den fachlichen oder räumlichen Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrages wechselt, endet die zwingende und unmittelbare Geltung des bisherigen Tarifvertrages, weil der neue Tarifvertrag den Geltungsbereich nicht mehr erfasst.

PRAXISTIPP: Die Bestimmung des § 3 Abs. 3 TVG – Nachbindung durch Verbandsaustritt – ist in diesem Fall nicht anwendbar. Denn die unmittel-

bare und zwingende Wirkung des Tarifvertrages ist davon abhängig, dass (zumindest) der Arbeitgeber unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt.⁷ Dies gilt auch in den Fällen der Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages.

c) Nachwirkung des Tarifvertrages

An das Ende der zwingenden und unmittelbaren Tarifgeltung schließt sich die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG an. Die gesetzliche Nachwirkung hat die Bedeutung, dass die Tarifnormen nicht mehr kraft des Tarifvertrages gelten, sondern dass an dessen Stelle das Gesetz (§ 4 Abs. 5 TVG) tritt.

Nach Beendigung des Tarifvertrages gelten die Tarifnormen gemäß § 4 Abs. 5 TVG weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt sind. Eine andere Abmachung kann ein Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung – die nicht gegen den Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG verstößt – oder ein Einzelvertrag sein.

Die Nachwirkung eines beendeten Tarifvertrages hat die gesetzliche Bedeutung, dass die Tarifnormen nicht mehr bestehen und an deren Stelle das Gesetz tritt. Daraus folgt, dass die Tarifnormen inhaltlich statisch weiter in dem Zustand bleiben, in dem sie sich bei Auslaufen des Tarifvertrages befunden haben. Wenn dies also für Tarifgebundene gilt, dann würde dies bei Vereinbarung einer Gleichstellungsabrede mit Tarifungebundenen gleichermaßen gelten.

Die Nachwirkung kann in mehreren Falltypen eintreten. So tritt sie bei Beendigung des Tarifvertrages gemäß § 4 Abs. 5 TVG ein⁸ oder bei Verlassen oder Wechseln des fachlichen/betrieblichen Geltungsbereichs⁹, oder bei Allgemeinverbindlichkeit.¹⁰

Die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG unterliegt keiner zeitlichen Begrenzung. Eine „Endlosbindung“ liegt nach der Entscheidung des BAG vom 15.10.2003¹¹; NZA 2004 S. 387 sowie AP § 4 TVG Nachwirkung (mit Anm. Kledek) schon deswegen nicht vor, weil dem Arbeitgeber die Möglichkeiten einzelvertraglicher Änderungen, der Änderungskündigung sowie der Abschluss eines Firmentarifvertrages bleiben. Auch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages könne – so das BAG – zum Ende der Nachwirkung führen.

Die Nachwirkung tritt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber noch tarifgebunden ist, immer dann ein, wenn der Tarifvertrag durch Kündigung oder infolge Fristablaufes geendet hat¹² oder sonst wie von den Tarifvertragsparteien während der Laufdauer geändert worden ist.

d) Verbandsaustritt – Nachbindung an den Tarifvertrag

Aus tarifrechtlicher Sicht hilft der Austritt aus der tarifschließenden Koalition in der Praxis wohl kaum dem Arbeitgeber weiter, wenn er im Unternehmen oder Betrieb ohne Tarifvertrag kollektive oder einzelvertragliche Arbeitsbedingungen einführen will. Denn der Gesetzgeber

2 BAG v. 4.7.2007 – 4 AZR 491/06 – EZA § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20 unter Bezug auf BAG v. 29.3.1957 – 1 AZR 08/55 – BAGE 4, 37.

3 Zur Problematik vgl. Hromadka, „Gewerkschafts- und Tarifkonkurrenz“; Bayreuther, „Gewerkschaftskonkurrenz und Tarifpluralität im Betrieb“; Reichold, „Abschied von der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen“; Meyer, „Zum Konkurrenzkampf mehrerer Gewerkschaften in einem Betrieb oder Unternehmen – Das Beispiel Deutsche Bahn AG“, in: Lehmann (Hrsg.), „Tarifverträge der Zukunft – Zukunft der Arbeit“; Kempen, NZA 2003, 415, 417; Hanau/Kania, Anm. zu BAG AP § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 20 jeweils mit zahlr. weiteren Nachweisen; umfassend Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Diss. 1999, 412 ff.

4 BAG v. 4.7.2007 – 4 AZR 491/06 – BB 2007, 2125 – EZA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 20.

5 Vgl. das Beispiel aus der Unternehmenspraxis in Teil B.

6 BAG v. 25.11.1987 – 4 AZR 361/87 – BB 1988, 1116 – EZA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 1.

7 BAG v. 24.11.1999 – 4 AZR 666/98 – BB 2000, 1082 – AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 34.

8 BAG v. 24.11.1999 – 4 AZR 666/98 – BB 2000, 1082 – AP § 4 TVG Nachwirkung Nr. 34.

9 Wank, in: Wiedemann, TVG § 4 Rn. 337 im m. v. N.

10 BAG v. 25.10.2000 – 4 AZR 506/99 – AP § 4 TVG Nachwirkung Nr. 38 m. Anm. Stein.

11 BAG v. 15.10.2003 – 4 AZR 573/02.

12 BAG v. 7.5.2008 – 4 AZR 229/07 – Pressemitteilung des BAG.

stellt sich durch § 3 Abs. 3 TVG einer Tarifflicht indirekt entgegen. Der Arbeitgeber ist auch nach dem Austritt aus dem Verband noch während der Laufdauer des „verlassenen“ Tarifvertrages gesetzlich an diesen Tarifvertrag gebunden. Erst wenn der Tarifvertrag durch Kündigung beendet ist oder während der Laufdauer von den Tarifvertragsparteien verändert wird, entfällt diese Nachbindung des Arbeitgebers.¹³ Dies gilt gleichermaßen auch für Arbeitnehmer, die aus der tarifschließenden Gewerkschaft ausgetreten sind (BAG v. 4.4.2001 – 4 AZR 237/00 – ZTR 2007, 556 sowie Schliemann, ZTR 2004 S. 505).

Nach Ende der Nachbindung können die während der Nachbindung kraft Gesetz unmittelbar und zwingend wirkenden Tarifnormen im folgenden Zeitraum der Nachwirkung des Tarifvertrages (§ 4 Abs. 5 TVG) durch eine einzelvertragliche andere Abmachung – auch verschlechternd – abgeändert werden.¹⁴

Die Tarifflicht kann in der Praxis beispielsweise dazu führen, dass der Manteltarifvertrag mit der Regelung über die Arbeitszeit und weiteren materiellen Ausstattungen noch fünf oder zehn Jahre weiterläuft. Ebenso kann es sich beim Vergütungsrahmentarifvertrag mit den Ein- und Umgruppierungsbestimmungen sowie weiteren Sonder tarifverträgen verhalten. Lediglich Tarifverträge mit kurzer Laufdauer – so regelmäßig der Vergütungsstarifvertrag mit den Vergütungstabellen – können im Zeitraum der Nachwirkung durch einen anderen Tarifvertrag oder einen anderen Einzelvertrag abgelöst werden. Betriebsvereinbarungen können wegen der Tarifsperre (§ 77 Abs. 3 BetrVG) auch in tarifungebundenen Unternehmen keine Ablösung herbeiführen, da sie unwirksam wären.

Aus tarif- und verbandspolitischer Sicht würde der Arbeitgeber beim Verbandsaustritt den Verband als „Puffer“ zwischen Unternehmen und Gewerkschaft und auch seine verbandlichen Rechte zur Mitwirkung und Mitbestimmung bei Tarifabschlüssen aufgeben.

Wenn ein Arbeitgeber sich gleichwohl zur Tarifflicht entscheiden würde, könnte er im Einvernehmen mit dem Arbeitgeberverband eine Vereinbarung über einen kurzfristigen Austritt aus dem Verband treffen. Jedoch können kurzfristige Vereinbarungen (Blitzaustritt) unter Beteiligung der Arbeitgeberverbände unwirksam sein, wenn sie die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht unerheblich beeinträchtigen.¹⁵

PRAXISTIPP: Im Übrigen kann nicht nur der verbandsgebundene Arbeitgeber, sondern auch der in der Gewerkschaft organisierte Arbeitnehmer mit den gleichen Wirkungen und Risiken aus der tarifschließenden Gewerkschaft austreten.¹⁶

e) Tarifvertrag bei Verbandsauflösung

Löst ein Arbeitgeberverband sich auf, endet nicht ohne Weiteres die unmittelbare und zwingende Wirkung der von ihm abgeschlossenen Tarifverträge. Es kommen die regulären Beendigungsgründe – wie die ordentliche Kündigung – zum Zuge.¹⁷

f) Wechsel der Koalition und Auswirkung auf das Kollektivrecht

Die Nachbindung des Tarifvertrages kann auch schon vor Ablauf des Tarifvertrages oder einer während der Laufdauer erfolgenden Veränderung enden, wenn der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer die Koalition wechselt und aufgrund der Zugehörigkeit zu einer anderen Koalition eine Bindung an einen anderen Tarifvertrag eintritt.

Nach § 4 Abs. 1 TVG setzt die unmittelbare und zwingende Geltung der Tarifnormen bei einem Wechsel in einem anderen Geltungsbe-

reich allerdings auch voraus, dass nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch der Arbeitnehmer tarifgebunden ist.¹⁸

Hierzu reicht es also nicht, wenn der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer lediglich die Koalition wechselt. Voraussetzung für die Tarifbindung ist, dass für das Unternehmen oder den Betrieb ein anderer Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis im räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich maßgebend ist. An diesen anderen Tarifvertrag müssen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch Zugehörigkeit zur tarifschließenden Organisation gebunden sein, wenn die Nachbindung oder Nachwirkung des verlassenen Tarifvertrages enden soll.

Scheidet der Arbeitgeber nicht nur aus dem Geltungsbereich des bisher anzuwendenden Tarifvertrages aus – sei es durch Verbandsaustritt oder Herauswachsen aus dem Geltungsbereich –, sondern wechselt er in den sachlichen/betrieblichen Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrages oder Tarifwerkes, so kommt es für die Anwendung des neuen Tarifvertrages oder Tarifwerkes darauf an, ob der Arbeitgeber an den neuen Tarifvertrag oder das Tarifwerk durch dessen räumlichen/fachlichen Geltungsbereich gebunden ist.

g) Verlassen des Geltungsbereichs des Tarifvertrages durch Betriebs(teil-)übergang

Der Betriebs(teil-)übergang ist tarifrechtlich weder Gestaltungsprivileg noch – bis auf das Schutzjahr nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB) – Gestaltungshindernis.¹⁹

Falls durch eine Ausgliederung eines Betriebes oder Betriebsteils der Geltungsbereich des Tarifvertrages verlassen wird, regeln die Bestimmungen des § 613 a BGB sowohl das kollektivrechtliche als auch das individualrechtliche Schicksal der Arbeitsbedingungen der übergegangenen Mitarbeiter.

aa) Kollektivrechtliche Auswirkungen des Betriebs(teil-)übergangs

(1) Kongruente Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Die Tarifverträge gelten unverändert weiter, wenn der neue Betrieb an den gleichen räumlichen/fachlichen Geltungsbereich der vor dem Betriebsübergang geltenden bisherigen Tarifverträge gebunden ist. Dies setzt voraus, dass der Erwerber und der übergegangene Arbeitnehmer an die tarifschließenden Verbände und die gleichen Tarifverträge gebunden sind oder der Tarifvertrag beim Erwerber gemäß § 4 Abs. 5 TVG allgemeinverbindlich ist.²⁰

Insoweit setzt § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB – ebenso wie Satz 3 – voraus, dass beiderseitige Tarifgebundenheit (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1 TVG) oder Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 Abs. 4 TVG) vorliegen.

(2) Keine Tarifbindung des Erwerbers

Ist der Erwerber eines Betriebs- oder Betriebsteiles nicht an die gleichen Tarifverträge gebunden, geht gemäß § 613 a Abs. 2 BGB der Inhalt der Tarifnormen in das vom Erwerber übernommene Arbeitsverhältnis ein. *Dies ist eine gesetzliche Wirkung, die nicht mit der vertraglichen Wirkung zu verwechseln ist.* Insofern stellt sich nicht die Frage der Europa-

13 BAG v. 17.5.2000 – 4 AZR 363/99 – AP Nr. 8 zu § 3 Verbandsaustritt mit Anm. Zichert.

14 BAG v. 7.5.2008 – 4 AZR 229/07 – Pressemitteilung des BAG.

15 BAG v. 20.2.2008 – 4 AZR 64/07 – Pressemitteilung.

16 BAG v. 4.4.2001 – 4 AZR 237/00 – AP § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 26, mit Anm. Jacobs, BB 2001, 1636.

17 BAG v. 23.1.2008 – 4 AZR 312/01 – BB 2008, 1516 m. Anm. Boemke.

18 BAG v. 21.2.2001 – 4 AZR 18/00 AP – § 4 TVG mit Anm. Gussen.

19 Schliemann, „Wechsel des Tarifvertrages: Auswirkungen auf Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene“, S. 96 ff., in: Lehmann (Hrsg.), „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!“.

20 BAG v. 4.7.2007 – 4 AZR 491/06 – EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 20.

rechtskonformenauslegung des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB – Stichwort: „negative Koalitionsfreiheit“ –, weil die statische oder dynamische Weitergeltung der Inhalte der Tarifnormen auf einer privatautonomen Entscheidung des Erwerbers beruht. Er hat zwar die Bezugnahme Klausel selbst nicht verabredet und die Bindung des Erwerbers beruht in der Tat auf einer gesetzlichen Anordnung. Aber er übernimmt durch den Erwerb des Betriebs freiwillig Verpflichtungen des Veräußerers. Er braucht die Verpflichtungen durch Verzicht auf den Erwerb nicht einzugehen. So verzichten die potenziellen Erwerber oft genug auch wegen der zu übernehmenden Verpflichtungen aus der betrieblichen Altersversorgung auf den Erwerb. Dies ist also die Folge des Gesetzes der Privatautonomie und nicht eine Folge des Gesetzes unter Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit²¹, so dass die Frage der Konformität mit Europarecht nicht entsteht. Jedoch besteht die gesetzliche Öffnung für eine sofortige oder spätere Ablösung der übergegangenen Inhalte der Tarifnormen durch einen anderen Tarifvertrag, den der Erwerber mit der gleichen Gewerkschaft abgeschlossen hat. Dann gelten die neuen Tarifnormen bei beiderseitiger kongruenter Tarifgebundenheit zu Gunsten oder zu Lasten des Arbeitnehmers.²²

(3) Keine „Überkreuzablösung“

Die Transformation von Vergütungsregelungen eines Tarifvertrages in das Arbeitsverhältnis nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB mit der im Gesetz enthaltenen Öffnung der individualrechtlich statisch weitergeltenden Inhalte der Tarifnormen für ablösende kollektive Regelungen kann *nicht* durch ungünstigere Regelungen einer Betriebsvereinbarung im Erwerberbetrieb verhindert oder beseitigt werden. Die so genannte „Überkreuzablösung“ eines Tarifvertrages durch eine Betriebsvereinbarung ist unwirksam. Zwar lässt sich diese Rechtsfolge nicht dem Wortlaut des § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB entnehmen. Jedoch lässt Richterrecht diese Form der Ablösung nicht zu, soweit es nicht um die nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmten Regelungen einer Betriebsvereinbarung geht.²³ Zur Mitbestimmung gehört beispielsweise die Verteilung der Arbeitszeit oder die Gestaltung der Entgeltstrukturen, nicht aber die Dauer der Arbeitszeit und die Höhe der Entgelte.

Darüber hinaus ist nach der Rechtsprechung ohnehin die Sperrwirkung des Tarifvertrages gegenüber Betriebsvereinbarungen gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG zu beachten; dies gilt auch in einem tarifungebundenen Unternehmen im Geltungsbereich des Tarifvertrages, wenn durch Betriebsvereinbarungen die nicht der Mitbestimmung unterliegenden freiwilligen Regelungen mit dem in der Branche üblichen Tarifvertrag konkurrieren. Derartige Betriebsvereinbarungen sind unwirksam. Zahlreichen Unternehmen der deutschen Wirtschaft, insbesondere tarifungebundenen Unternehmen, ist nicht einmal bewusst, dass einige der zwischen den Betriebsparteien vereinbarten Betriebsvereinbarungen unwirksam sind. Bei einer Kollision tariflich begründeter Ansprüche eines Arbeitnehmers mit – ungünstigeren – einzelvertraglichen Vereinbarungen führt die zwingende Wirkung des Tarifvertrages lediglich dazu, dass die vertraglichen Vereinbarungen für die Dauer der Wirksamkeit des Tarifvertrages verdrängt werden. Endet die Wirksamkeit des Tarifvertrages, können die individualvertraglichen Vereinbarungen (erneut) Wirkung erlangen.²⁴

bb) Individualrechtliche Auswirkungen des Betriebs(teil-)übergangs

Wenn der Erwerber eines Betriebs nicht an einen einschlägigen Tarifvertrag gebunden ist und dieser Tarifvertrag auch nicht als allgemein-

verbindlich gilt, regelt § 613 a Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB die individualrechtliche Fortgeltung.

(1) Erwerber ohne Tarifbindung

Waren die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB durch einen Tarifvertrag bei beiderseitiger Tarifgebundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer geregelt, so gelten diese Tarifnormen nach dem Betriebsübergang nicht mehr unmittelbar und zwingend (normativ). Sie werden Inhalt des mit dem Erwerber bestehenden Arbeitsverhältnisses, *aber auf der gesetzlichen Ebene des § 613 a BGB nur statisch mit dem Inhalt, den die Tarifnormen beim Betriebsübergang hatten.*²⁵

Von der gesetzlichen Transformation der Tarifnormen ist die arbeitsvertragliche Vereinbarung zu unterscheiden. Es ist unabhängig von dem Inhalt der transformierten Tarifnormen zu prüfen, ob individualrechtlich im Arbeitsvertrag eine Bezugnahme Klausel vereinbart ist und welche Reichweite diese Klausel hat.

(2) Überprüfung der Arbeitsverträge mit Bezugnahme Klausel nach Betriebs(teil-)übergang – Statik oder Dynamik?

Bei der Überprüfung der Arbeitsverträge zur Feststellung, ob jeweils eine individualrechtliche Abrede in Form einer Bezugnahme Klausel besteht, sind die Auslegungsregeln des Bundesarbeitsgerichtes zu beachten. Es ist zu prüfen, ob die Bezugnahme Klausel so auszulegen ist, dass der durch den Betriebsübergang „verlassene“ Tarifvertrag gleichwohl in Zukunft vertraglich in der dynamischen Entwicklung inhaltlich parallel nachzuvollziehen ist oder statisch bleibt. Die Übernahme einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung des Erwerbers folgt aus § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB und nicht aus Satz 2 dieser Bestimmung.

Bei dieser Prüfung sind die Grundsätze des Bundesarbeitsgerichtes über die Auslegung von Vorträgen (§§ 133, 157 BGB) heranzuziehen.²⁶

(3) Tarifnormen mit Eigendynamik beim Veräußerer

Wenn das vorläufige Ergebnis der Überprüfung zur Feststellung führt, dass die transformierten Tarifnormen statisch weitergelten und dass auch die vertraglich in Bezug genommenen verlassenen Tarifvertrages an sich statisch sind, dann bedarf es gleichwohl der weiteren Prüfung, ob nicht die statisch übergegangenen Inhalte der vor dem Betriebsübergang geltenden Tarifnormen in sich selbst eine Dynamik enthalten, die als Inhalt mit übergeht. Dies ist der Fall, wenn die Dynamik bereits in der vorausgegangenen Tarifnorm selbst angelegt war, beispielsweise eine noch vor dem Betriebsübergang von den Tarifvertragsparteien im Tarifvertrag festgelegte stufenweise Anhebung der Vergütung, die Steigerung von Erfahrungsstufen, von Vergütungsgruppen oder eine vereinbarte Urlaubsstafel.²⁷

21 Vgl. zu dieser Problematik Jacobs, „Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge bei Betriebsübergang“, in: FS Birk, S. 256 f.

22 BAG v. 9.4.2008 – 4 AZR 164/07 – Pressemitteilung des BAG.

23 BAG v. 6.11.2007 – 1 AZR 862/06 – EZA § 613 a BGB 2002 Nr. 83; BAG v. 13.11.2007 – 3 AZR 191/06 – EZA § 613 a BGB 2002 Nr. 27.

24 BAG v. 12.12.2007 – 4 AZR 998/06 – EZA § 4 TVG Nr. 44.

25 BAG v. 1.4.1987 – AZR 77/86 – BB 1987, 1670; BAG v. 29.8.2001 – 4 AZR 332/00 –; AP § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BB 2002, 1201; BAG v. 14.11.2007 – 4 AZR 828/06 – EZA § 613 a BGB Nr. 81; Hauck, Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang/Ablösung und Besitzstand, in: BB Spezial Heft Nr. 4 Tarifforum 2008, 19.

26 Siehe nachfolgend I. 2.

27 BAG v. 19.9.2007 – 4 AZR 711/06 – EZA § 613 a BGB Nr. 78.

cc) Kollision von einzelvertraglicher Bezugnahme und Bindung an den Tarifvertrag

Stehen sich nach einem Betriebsübergang einzelvertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen, die nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB im Arbeitsverhältnis weiter gelten, und die Normen eines Tarifvertrages, der das Arbeitsverhältnis normativ erfasst, gegenüber – also bei Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Erwerberbetrieb – gilt das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG.²⁸

III. Vertragsauslegung bei Bezugnahmeklauseln

Die tarifrechtlichen und individualrechtlichen Grundlagen sind voneinander getrennt in der Auswirkung zu bewerten. Arbeitsverträge nehmen in der Praxis vieler Unternehmen auf Tarifverträge Bezug. Die Bezugnahme erfolgt teilweise auf Verbandstarifverträge (Flächentarifverträge) und teilweise auch auf Firmentarifverträge. Die Verweisung auf die Tarifverträge einer bestimmten Branche umfasst regelmäßig auch etwaige Firmentarifverträge.²⁹

Typische Fallgestaltungen sind insbesondere die Bezugnahme

- auf einen bestimmten Tarifvertrag in einer bestimmten Fassung ohne Verweisung auf den jeweils geltenden einschlägigen Tarifvertrag, sondern nur unter Benennung des in Bezug genommenen Tarifvertrags nach dem Datum und nach einer – nicht auf einen anderen Nachfolgetarifvertrag übertragbaren – Bezeichnung.³⁰
- auf einen bestimmten Tarifvertrag in einer bestimmten Fassung („es gilt der jeweilige Tarifvertrag der X-Branche“). Dies ist die so genannte „kleine dynamische Bezugnahmeklausel“.
- generell auf Tarifverträge, die für das Unternehmen oder den Betrieb jeweils maßgebend sind oder in Zukunft maßgebend sein können („... es gilt der jeweilige für das Unternehmen oder den Betrieb maßgebende Tarifvertrag – dies ist zurzeit der Tarifvertrag der X-Branche ...“). Dies ist die so genannte „große dynamische Bezugnahmeklausel“, auch „Tarifwechselklausel“ genannt.

Daneben gibt es Globalverweisungen, Teilverweisungen usw.³¹ Die Rechtsprechung in Bezugnahmeklauseln (oft auch „Verweisungsklauseln“ genannt) ist wegen vieler Auslegungsstreitigkeiten recht komplex geworden.

Die jahrelang weitgehend gefestigte Rechtsprechung zu vertraglichen Bezugnahmeklauseln hat sich seit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform (1.1.2002) bezogen auf die kleine dynamische Bezugnahmeklausel verändert. Das BAG hat diese Änderung bereits in der Entscheidung vom 14.12.2005³² angekündigt. Beim nächsten zum BAG gelangten einschlägigen Streitfall hat das BAG in der Entscheidung vom 18.4.2007³³ eine Zäsur zwischen der bis zur Schuldrechtsreform geltenden Rechtsprechung über die kleine dynamische Bezugnahmeklausel und der ab 1.1.2002 veränderten Auslegungsregel über die Bezugnahmeklausel („... es gilt der jeweilige Tarifvertrag der X-Branche ...“) erkannt und präzisiert. In Zukunft ist also eine – vom BAG wegen des „Vertrauensschutzes“ – Zäsur zwischen Alt- und Neuverträgen zu beachten.

PRAXISTIPP: Die Unternehmenspraxis wird sich auf die Zäsur und die veränderte Auslegung von Neuverträgen einstellen (müssen).

Aufgrund der Änderung der Rechtsprechung sollen nachfolgend typische Fallgestaltungen mit der nunmehr aktuell im Jahr 2008 geltenden rechtlichen Bewertung dargestellt werden:

1. Bezugnahme auf einen bestimmten Tarifvertrag in einer bestimmten Branche

Eine der typischen Fallgestaltungen ist die Bezugnahme im Arbeitsvertrag auf einen bestimmten Tarifvertrag einer bestimmten Branche. Die genaue Bezeichnung des Tarifvertrages nach Datum und ohne Angabe der Jeweiligkeitsklausel spricht bei der Vertragsauslegung für die Bezugnahme ausschließlich auf den bestimmten Tarifvertrag. Diese Auslegung ist vor allem dann plausibel, wenn sich die Bezeichnung des in Bezug genommenen Tarifvertrags nicht ohne Weiteres auch auf einen möglichen Nachfolgetarifvertrag übertragen lässt.³⁴

Bei der Auslegung der Vertragsklausel stellt sich die Frage, ob die Vertragsparteien bei Abschluss des Arbeitsvertrages wirklich nur einen bestimmten Tarifvertrag oder das jeweils geltende Tarifwerk der X-Branche gemeint haben und diese dynamische Weiterentwicklungen nach dem Verlassen des Geltungsbereichs nicht mehr berücksichtigen wollten, oder ob sie in Wirklichkeit eine dynamisch wirkende Bezugnahme der vertraglichen Arbeitsbedingungen auf einen sich dynamisch entwickelnden Tarifvertrag gewollt haben.

a) Individualrechtlich führt die Bezugnahme auf einen bestimmten oder jeweils geltenden Tarifvertrag einer Branche, der das Unternehmen oder der Betrieb nicht angehört – und auch wegen des Geltungsbereiches nicht angehören könnte –, mangels möglicher Tarifbindung des Arbeitgebers zu der Auslegung, dass die Vertragsparteien nicht die Gleichstellung mit den tarifgebundenen im Unternehmen oder Betrieb gewollt haben.³⁵

b) Die Bezugnahme des vorformulierten Arbeitsvertrages auf einen Tarifvertrag oder ein Tarifwerk ohne Tarifbindung des Arbeitgebers ist auszulegen als eine individualrechtliche Zusage an den Mitarbeiter auf Anwendung dieses Tarifvertrages, an die sich der Arbeitgeber auch bei Veränderung des Betriebszwecks halten muss,³⁶ es sei denn, dass diese Vereinbarung durch eine einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages oder durch Änderungskündigung beseitigt wird.³⁷

2. Gleichstellungsabrede (kleine dynamische Bezugnahmeklausel) – Zäsur zwischen Alt- und Neuverträgen

Der 4. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat noch im Urteil vom 20.2.2002³⁸ die vertragliche Abrede der Anwendung der einschlägigen Tarifverträge in einem von einem tarifgebundenen Arbeitgeber vorformulierten Vertrag als eine typische Gleichstellungsabrede angesehen. Der tarifungebundene Arbeitgeber wisse regelmäßig nicht, ob der Arbeitnehmer, mit dem der den Arbeitsvertrag abschließt, seinerseits auch tarifgebunden ist.

Er dürfe den Arbeitnehmer auch nicht danach fragen. Daher sei der erkennbare Wille der Vertragsparteien die Gleichstellung Tarifgebundener und nicht Tarifgebundener. Die vertragliche Gleichstellung ha-

28 BAG v. 12.12.2007 – 4 AZR 998/06 – EZA § 4 TVG Nr. 4.

29 BAG v. 23.8.2008 – 4 AZR 602/06 – EZA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 38; grundlegend zur bisherigen Auslegung der Bezugnahmeklausel vgl. Schliemann, ZTR 2004, 502.

30 BAG v. 19.9.2007 – 4 AZR 710/06 – EZA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 36.

31 Reinecke, BB 2006, 2637.

32 BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 563/04 – BB 2006, 1504.

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

34 BAG v. 19.9.2007 – 4 AZR 710/06 –, EZA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 36.

35 BAG v. 25.10.2000 – 4 AZR 506/99 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 13 mit Anm. Stein, NZA 2002, 100.

36 BAG v. 25.10.2000 – 4 AZR 506/99 – AP TVG § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 13 mit Anmerkung Stein.

37 Vgl. BAG v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 – BB 2007, 2125.

38 BAG v. 20.2.2002 – 4 AZR 123/01/ EZA § 3 TVG Bezugnahmeklausel auf Tarifvertrag Nr. 20.

be die Folge, dass der nicht Tarifgebundene während der Geltung des Tarifvertrages und auch nach Verlassen des Geltungsbereiches nicht besser oder schlechter als der Tarifgebundene gestellt werden solle. Umgekehrt hat die Gleichstellungsabrede allerdings auch zur Folge, dass sie dem Arbeitnehmer keine stärkere Position gibt, als er sie bei Tarifgebundenheit gehabt hätte.³⁹

In der Entscheidung vom 14.12.2005 hat der 4. Senat eine Rechtsprechungsänderung angekündigt. Die Auslegung der kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel sei ab Inkrafttreten der Schuldrechtsreform (1.1.2002) voraussichtlich nicht mehr als Gleichstellungsabrede auszulegen. Dieses angekündigte Vorhaben hat das BAG in der Entscheidung vom 18.4.2007⁴⁰ umgesetzt. Die kleine dynamische Bezugnahme Klausel sei für die nach dem 31.1.2001 abgeschlossenen Verträge nicht mehr als Gleichstellungsabrede anzusehen. Das Gericht hat diese Auslegung durch Rückbesinnung auf allgemeine Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB) erarbeitet und nicht auf die Inhaltskontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen (AGB-Kontrolle) gemäß den §§ 305 ff. BGB zurückgegriffen.

Das BAG hat allerdings auch anders als im berühmten Mangold-Fall Vertrauensschutz gewährt. Im Hinblick auf den Vertrauensschutz in eine jahrelange Rechtsprechung über die Gleichstellungsabrede und unter Berücksichtigung der Abwägung der Interessen der Vertragsparteien sei es gerechtfertigt, eine Zäsur in der Rechtsprechung über die Änderung der Auslegungsregel zum Zeitpunkt des durch die Schuldrechtsreform (AGB-Kontrolle) eingetreten Paradigmenwechsel des Arbeitsrechtes in Recht und Praxis vorzunehmen.

3. Tarifwechselklausel = Große dynamische Bezugnahme Klausel (Alt- und Neuverträge)

Ohne Bezugnahme auf einen bestimmten Tarifvertrag einer bestimmten Branche oder ohne Bezugnahme auf das jeweils geltende Tarifwerk einer bestimmten Branche können die Arbeitsvertragsparteien durch eine so genannte „Tarifwechselklausel“ oder „große dynamische Bezugnahme Klausel“ vereinbaren, dass der jeweils für das Unternehmen oder den Betrieb maßgebliche Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist. Zusätzlich sollte aufgrund des Nachweisgesetzes die Klarstellung erfolgen, dass zurzeit die Tarifverträge der X-Branche gelten, obgleich das Nachweisgesetz an das Fehlen dieses Hinweises auf das geltende Tarifwerk keine Rechtsfolgen knüpft.

Die große dynamische Bezugnahme Klausel (Tarifwechselklausel) ist nach der bisherigen Rechtsprechung rechtlich grundsätzlich zulässig.⁴¹ Die Zulässigkeit sagt aber noch nichts über ihre Wirksamkeit aus.

a) Mögliche zukünftige Anwendung eines anderen Tarifvertrages

Wenn Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer in Altverträgen eine rechtlich wirksame „Tarifwechselklausel“ vereinbart haben, so erreicht der Arbeitgeber, dass auf das Arbeitsverhältnis – unabhängig von der Geltung des bei Abschluss des Arbeitsvertrages in Bezug genommenen Tarifvertrages oder Tarifwerkes – in Zukunft der für den Betrieb oder Betriebsteil jeweils fachlich/betrieblich geltende Tarifvertrag/das Tarifwerk vertraglich anzuwenden ist. Eine derartige Tarifwechselklausel wird in der Unternehmenspraxis häufig für die Fälle vereinbart, in denen der Tarifwechsel noch nicht ins Auge gefasst ist, aber für die Zukunft nicht ausgeschlossen wird, sei es aufgrund von Aus-

gliederungen oder Verschmelzungen oder aufgrund anderer organisatorischer Maßnahmen.

b) Verbesserung oder Verschlechterung nach Tarifwechsel

Die Tarifwechselklausel kann zur rechtlichen Folge haben, dass sich die materiellen Leistungen des einzelnen Arbeitnehmers nach dem Tarifwechsel verbessern; sie können sich aber auch rechtlich wirksam verschlechtern. Es ist dann Sache der Arbeitsvertragsparteien, sich zu einigen. Denkbar ist auch eine Einigung mit dem Tarifpartner.⁴²

Eine derartige Tarifwechselklausel in Altverträgen, die von der Rechtsprechung (bisher) für wirksam erachtet worden ist, enthält beispielsweise die Regelung: „... Auf das Arbeitsverhältnis sind die jeweils für den Betrieb oder Betriebsteil geltenden Tarifverträge in der jeweils gültigen Fassung anwendbar; dies sind zurzeit die Tarifverträge der X-Branche ...“ Der Hinweis auf die aktuell geltenden Tarifverträge folgt aus dem Nachweisgesetz.⁴³ Das Nachweisgesetz verlangt Klarheit über die derzeit für den Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen, also auch über die geltenden Tarifverträge oder das geltende Tarifwerk.

Diese Formulierung einer Tarifwechselklausel gibt dem Arbeitnehmer zu erkennen, dass er sich für die Dauer seiner Zugehörigkeit zum Unternehmen oder Betrieb auf die unbedingte zeitdynamische Bindung an das bei Vertragsabschluss geltende einschlägige Tarifwerk nicht verlassen kann.

Allerdings hat die Rechtsliteratur auch schon wieder dieses Thema problematisiert.⁴⁴

c) Klarstellung der auflösenden Bedingung im Arbeitsvertrag

Wichtig ist für die Wirksamkeit einer Tarifwechselklausel:

Dem Arbeitnehmer muss **klar** sein, dass die Bezugnahme auf das derzeitige Tarifwerk **unter** einer – wie auch immer – **auflösenden Bedingung** steht. Dies muss unmittelbar aus dem Wortlaut der Tarifwechselklausel erkennbar sein.

d) Tarifwechselresistente Vertragsregelungen

Wollen die Arbeitsvertragsparteien erreichen, dass der Arbeitsvertrag „tarifwechselresistent“ ist, so müssen sie dies im Arbeitsvertrag hinreichend zum Ausdruck bringen. (Schliemann a.a.O.).⁴⁵

e) Wirksamkeit des vertraglichen Tarifwechsels nur beim Wechsel zu größeren Gewerkschaften?

Die rechtliche Problematik, die sich trotz der bisher vom BAG (nur) für grundsätzlich zulässig gehaltenen Tarifwechselklauseln ergeben kann, hat *Reinecke*⁴⁶ aufgezeigt.

Es geht *Reinecke* um die rechtliche Bewertung kleiner und großer Bezugnahme Klauseln bei Umstrukturierungen, Betriebsübergängen, Pri-

39 BAG v. 26.9.2001 – 4 AZR 544/00 – BB 2002, 1264 mit Anm. *Lambrich*.

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

41 BAG v. 25.10.2000 – 4 AZR 506/99 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 12, 13, 26; *Reinecke*, BB 2006, 2637 ff.; BAG v. 25.4.2002 – 4 AZR 494/01.

42 Vgl. das Beispiel aus der Berufspraxis in Teil II (BB Heft 31).

43 *Schliemann*, „Wechsel des Tarifvertrages: Auswirkungen auf Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene“, S. 96 ff., in: Lehmann (Hrsg.), „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!?“.

44 Vgl. *Reinecke*, BB 2006, 2637 ff. nachfolgend Buchst. e).

45 *Schliemann*, „Wechsel des Tarifvertrages: Auswirkungen auf Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene“, S. 96 ff., in: Lehmann (Hrsg.), „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!?“.

46 *Reinecke*, BB 2006, 2637 ff. sowie in: Lehmann (Hrsg.), „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!?“.

vatisierungen und Abschlüssen mit kleineren Gewerkschaften, die nicht (oder noch nicht) die Belegschaft repräsentativ vertreten (können). Im Vordergrund steht die Frage nach dem Schutz des Arbeitnehmers vor späteren Änderungen tariflicher Bestimmungen bei dynamischen Verweisungen. *Reinecke* hat die aus seiner Sicht bestehende rechtliche Problematik angesprochen, ob der Arbeitnehmer mit der Tarifwechselklausel auch einverstanden wäre, wenn er bei Vertragsabschluss wüsste, dass der zukünftig mögliche Tarifabschluss des Arbeitgebers auch mit einer kleineren Gewerkschaft möglich ist.

Eine derartige Differenzierung könnte rechtliche Unsicherheit erzeugen, vor allem bei Arbeitgebern und bei kleineren – noch nicht – repräsentativen Gewerkschaften, wenn kleinere Gewerkschaften von dem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG Gebrauch machen wollen. Schließlich reklamieren mit Recht (Art. 9 Abs. 3 GG) auch kleinere Gewerkschaften ebenso wie die großen DGB-Gewerkschaften die Tarifautonomie. Sie wollen hinter den großen DGB-Gewerkschaften nicht zurückgesetzt werden, wie der Arbeitskampf der Gewerkschaft der Lokomotivführer GdL im Jahr 2007 gezeigt hat. Mit Ernsthaftigkeit wollen teilweise auch kleinere Gewerkschaften – wie die Christlichen Gewerkschaften – es vermeiden, dass sie durch überzogene Forderungen und deren Durchsetzung die Unternehmen im Wettbewerb schwächen, weil dies letztlich zu Lasten der Mitarbeiter oder der Kunden ginge.

Wenn zwischen großen und kleineren, (noch) repräsentativen Gewerkschaften unterschieden würde, dann widerspräche dies der Rechtsprechung des 1. Senates des BAG, dass auch kleinere Gewerkschaften – wie die Christliche Gewerkschaft im Bereich der Metallindustrie – durchsetzungsfähig und somit tariffähig sind. Ansonsten müsste die Rechtsprechung eine Umkehr vollziehen und nur den großen Gewerkschaften das Feld überlassen. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass aktuell in der Diskussion über gesetzliche Mindestlöhne einzelne Politiker die dem Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) nicht fernstehen, bei einer Konkurrenz von Tarifverträgen mit dem gesetzlichen Mindestlohn nur den Tarifverträgen der großen DGB-Gewerkschaften Anerkennung und Vorrang vor dem gesetzlichen Mindestlohn verschaffen wollen. Die Tarifautonomie kleinerer Gewerkschaften ist aus der Sicht dieser Politiker zu unterscheiden von der Tarifautonomie der DGB-Gewerkschaften. Dies ist ein völlig neuer verfassungsmäßiger Ansatz, der in der zunehmenden Pluralität kleiner und großer Gewerkschaften (ernsthaft) diskutiert wird. Dieses spannungsreiche Thema wird voraussichtlich im Zusammenhang mit der zu erwartenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Thema „Tarifpluralität, Tarifkonkurrenz, betriebliche Tarifeinheit“ auf dem Prüfstand stehen.

4. Paradigmenwechsel im Arbeitsrecht – Auswirkung auf die kleine dynamische Bezugnahme Klausel

In der Rechtsprechung des BAG wurde vor der Entscheidung vom 14.12.2005 die übliche Klausel in Arbeitsverträgen „auf das Arbeitsverhältnis finden die Tarifverträge der X-Branche in der jeweils gültigen Fassung Anwendung“ als so genannte Gleichstellungsabrede verstanden.⁴⁷

PRAXISTIPP: Die Kenntnis der alten und neuen Rechtsprechung des BAG⁴⁸ ist für die Unternehmenspraxis wichtig, weil die Unternehmen auf die bis zum 31.12.2007 abgeschlossenen Altverträge nicht die bisherige – nunmehr überholte – Rechtsprechung anwenden dürfen.

Das BAG ist in der Entscheidung vom 18.4.2007 bei der Auslegung einer üblichen Bezugnahme Klausel („... dem Arbeitsverhältnis liegt der Tarifvertrag über Arbeitsbedingungen für Angestellte des DRK in der jeweiligen geltenden Fassung zugrunde ...“) zu dem Ergebnis gekommen, dass diese Bezugnahme Klausel dem Arbeitnehmer einen individualrechtlichen Anspruch darauf einräumt, auch in Zukunft an den dynamischen Entwicklungen des Tarifvertrages teilzunehmen.

Der Wortlaut der in Rede stehenden kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel sei nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung (§§ 133, 155 BGB) eindeutig. Begleitende Umstände, die der kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel eine weitergehende Bedeutung zumesse, als der Wortlaut erkennbar mache, seien nicht ersichtlich, auch wenn es für die Erweiterung der Bedeutung der Klausel in der Arbeitsrechtspraxis ein nachvollziehbares Bedürfnis gegeben haben mag.

IV. Folgen für die Unternehmenspraxis aus dieser veränderten Rechtsprechung

Die Unternehmenspraxis wird die zukünftige Dynamik der in Neuverträgen (Stichtag: 1.1.2002) in Bezug genommenen Tarifverträge beachten müssen. Sie werden sich auf die Fortgeltung der Dynamik der kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel einrichten müssen, wenn sie sich nicht für eine Tarifwechselklausel entscheiden.

1. Zukünftige Dynamik bei Neuverträgen (ab 1.1.2002)

Die in Bezug genommenen Inhalte der Tarifnormen sind für Neuverträge dynamisch. Der Arbeitgeber oder der Erwerber eines Betriebs bleibt auch nach Verlassen des Geltungsbereichs vertraglich an den „verlassenen“ Tarifvertrag gebunden und muss die sich dynamisch entwickelnden Tarifnormen individualrechtlich inhaltlich mit vollziehen. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Vertragsparteien in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise weitergehende Abreden vereinbart haben, beispielsweise durch eine Textformulierung, dass die zeitdynamische Bindung an den Tarifvertrag im Falle des Eintritts einer auflösenden Bedingung – beispielsweise bei einem Tarifwechsel – beendet ist. Dann empfiehlt sich jedoch die Klarstellung, welche Arbeitsbedingungen anschließend gelten sollen, falls dies nicht schon aus dem Wortlaut des vereinbarten Textes hervorgeht.

2. Vertrauensschutz für Altverträge (bis 21.12.2001)

Das BAG hat im Hinblick auf den Vertrauensschutz und unter Abwägung der Interessen der Vertragsparteien eine Zäsur zwischen Alt- und Neuverträgen erkannt. Es hat insbesondere wegen des Vertrauensschutzes in eine langjährige eindeutige Rechtsprechung, von der nunmehr abgewichen wird, sinngemäß erläutert, dass auch die Rechtsprechung Vertrauensschutz bieten muss, obgleich „Richterrecht kein Gesetzesrecht“ ist. Das BAG hat entschieden, dass die bisherige Auslegungsregel „Gleichstellungsabrede“ nach wie vor auf die bis zum 31.12.2001 abgeschlossenen Altverträge anzuwenden ist.⁴⁹

⁴⁷ BAG v. 25.10.2000 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 13; NZA 2002 S. 100 sowie *Schliemann*, „Wechsel des Tarifvertrages: Auswirkungen auf Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene“, S. 96 ff., in: Lehmann (Hrsg.) „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel !?“.

⁴⁸ BAG v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 – BB 2007, 2125 ff.

⁴⁹ BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 536/04 – BB 2006, 2354 – mit Anmerkungen von *Reinecke*, BB 2006, 2637, und *Simon/Kock/Halbsguth*, BB 2006, 2355, sowie BAG v. 18.4.2007 – AZR 625/05 – BB 2007, 2125 – Eza mit § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 35 mit Anm. *Brecht-Heitzmann*.

Sollte ein Arbeitgeber einen Altvertrag nach dem 31.12.2001 verändern, kann er sich nicht zu seinen Gunsten auf den „Altvertrag“ mit dessen Gleichstellungsabrede berufen, wenn er nicht die Klarstellung im Vertrag herbeiführt, ob die Gleichstellungsabrede in Zukunft noch gelten soll.

PRAXISTIPP: Die Gleichstellungsabrede gilt nur für die Zeit der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers.⁵⁰

3. Betriebs(teil)-übergang und Altverträge

In der Praxis hatte man aufgrund eines Urteils des BAG vom 4.9.1996⁵¹ aus der misslichen Formulierung, es komme auf die Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers nicht an, wenn nur der Arbeitgeber tarifgebunden sei, unzutreffende Folgerungen gezogen. Man glaubte, das Fehlen der Tarifbindung des Arbeitnehmers werde durch die Gleichstellungsabrede überwunden, so dass auch gegen den Willen des Arbeitnehmers auf den Arbeitsvertrag jeder Tarifvertrag anzuwenden sei, an den der Arbeitgeber gebunden ist. Diese Folge hatte das Bundesarbeitsgericht jedenfalls für den Fall angenommen, dass die bisher geltenden Tarifverträge und die zukünftig geltenden Tarifverträge von derselben Gewerkschaft abgeschlossen worden sind. Von der Praxis wurde diese Einschränkung des BAG und „auf dieselbe Gewerkschaft“ überspielt.⁵² Das BAG hat in der Entscheidung vom 26.9.2001⁵³ klargestellt, dass die Gleichstellungsabrede ohne aus der Klausel erkennbare besondere Umstände keine große dynamische Verweisungsklausel sei, die einen Tarifwechsel abdeckt. Somit musste im entschiedenen Fall vom 26.9.2001 der Arbeitnehmer nach der Teilausgliederung den Wechsel in den für den Erwerber geltenden Tarifvertrag vertraglich nicht hinnehmen.

Ein Tarifwechsel durch die Bindung des Betriebserwerbers an einen anderen Tarifvertrag war und ist durch § 613a BGB nur bei Anwendung der großen dynamischen Verweisungsklausel möglich und wirksam.⁵⁴

V. Leitfaden für die Unternehmenspraxis⁵⁵

Leitlinien nach der Rechtsprechungsänderung sind:

a) Trennung von Kollektiv- und Individualrecht

Tarifrecht und Individualrecht sind im Arbeitsverhältnis getrennt zu betrachten. Die Normen aus dem Tarifvertrag können sich von den Ansprüchen aus dem einzelnen Arbeitsvertrag unterscheiden und daher unterschiedliche materielle Wirkungen haben.

b) Arbeitsvertragliche Bezugnahme des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers auf einen Tarifvertrag

Nimmt ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber im Arbeitsvertrag auf einen für das Unternehmen einschlägigen oder nicht einschlägigen Tarifvertrag Bezug, bleibt der Arbeitgeber an den sich dynamisch entwickelnden Tarifvertrag vertraglich dynamisch gebunden.

c) Kleine dynamische Bezugnahmeklausel bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber

Nimmt der Arbeitsvertrag eines tarifgebundenen Arbeitgebers auf den jeweils geltenden Tarifvertrag der X-Branche Bezug (kleine dynamische Bezugnahmeklausel), so ist nach dem Urteil des BAG⁵⁶ wie folgt zu unterscheiden:

aa) Altverträge: Statik der Inhalte der Tarifnormen nach Verlassen des Geltungsbereichs

Die vor dem 1.1.2002 vereinbarten kleinen dynamischen Bezugnahmeklauseln sind grundsätzlich als Gleichstellungsabrede anzusehen. Die Auslegung nach den vor der Rechtsprechungsänderung geltenden Rechtsgrundsätzen hat in der Regel zum Ergebnis, dass Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene gleichgestellt werden sollen. Nicht Tarifgebundene werden daher aber auch nicht besser gestellt.⁵⁷

Für Tarifgebundene werden nach Verlassen des Geltungsbereichs des Tarifvertrages die bisher geltenden Tarifnormen statisch zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Sie bleiben ohne zusätzliche vertragliche Vereinbarungen inhaltlich in dem Zustand, in dem sie sich im Zeitpunkt des Verlassens des Geltungsbereichs befunden haben.⁵⁸ Dieser Zeitpunkt ist festzustellen. Beim Herauswachsen aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrages wird dies wohl kaum ein Stichtag sein können. Daher sollte der Arbeitgeber unverzüglich nach Kenntnis der Herauswachsenden aus dem Geltungsbereich durch die Verlagerung des Schwergewichtes der fachlichen Aufgaben des Unternehmens oder Betriebes reagieren, damit ihm nicht im Rechtsstreit vorgehalten wird, er habe sich stillschweigend mit der vertraglichen weiteren dynamischen Anwendung des nicht mehr geltenden Tarifvertrages einverstanden erklärt. Der Arbeitgeber kann jedoch bis zur Entscheidung über die zukünftige Gestaltung der Arbeitsbedingungen die vertragliche Anwendung des Tarifvertrages unter einen Vorbehalt stellen (bedingte zeitdynamische Anwendung). Dieser Vorbehalt bedarf im Einzelfall der Prüfung der Wirksamkeit.

bb) Neuverträge mit unbedingter zeitdynamischer Bindung

Die nach dem 31.12.2001 vereinbarten kleinen dynamischen Bezugnahmeklauseln, wirken vertraglich dynamisch (so genannte „Ewigkeitsklausel“). Dies gilt jedenfalls bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer tarifgebunden ist oder nicht.

cc) Möglichkeiten der Lösung von der unbedingten zeitdynamischen Bindung

Es gibt verschiedene rechtsgeschäftliche Möglichkeiten, sich von der unbedingten zeitdynamischen Bindung zu lösen, z.B. durch Änderungsvereinbarungen oder Änderungskündigungen.⁵⁹

In der Unternehmenspraxis dürfte voraussichtlich die einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages bei passender Gelegenheit (bei-

50 BAG v. 26.9.2001 – 4 AZR 544/00 – BB 2002, 1264 ff. mit Anm. Lambrich und Schliemann, „Wechsel des Tarifvertrages: Auswirkungen auf Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene“, S. 96 ff., in: Lehmann (Hrsg.) „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!?“.

51 BAG v. 4.9.1996 – 4 AZR 135/95 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 5.

52 Schliemann „Wechsel des Tarifvertrages: Auswirkungen auf Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene“, S. 96 ff., in: Lehmann (Hrsg.), „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!?“.

53 BAG v. 26.9.2001 – 4 AZR 544/00 – BB 2002, 1264 ff. mit Anm. Lambrich; Schliemann, „Wechsel des Tarifvertrages: Auswirkungen auf Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene“, S. 96 ff., in: Lehmann (Hrsg.) „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!?“ mit Hinweis auf die offenbar missverständliche Entscheidung des BAG v. 4.9.1996.

54 BAG v. 26.9.2001 – 4 AZR 544/00 – BB 2002, 1264 ff. mit Anm. Lambrich.

55 Diesen Leitfaden finden Sie auch als Attachment zu diesem Aufsatz unter www.betriebs-berater.de.

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

57 BAG v. 26.9.2001 – 4 AZR 544/00 – BB 2002 S. 1264 ff. mit Anm. Lambrich.

58 BAG v. 14.11.2007 – 4 AZR 828/06 – EzA § 613 a BGB Nr. 81; Hauck, Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang/Ablösung und Besitzstand, BB Spezial Heft Nr. 4 – Tarifforum 2008, 19.

59 BAG v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 – BB 2007, 2125; BAG v. 15.10.2003 – 4 AZR 573/03 – Nachwirkung, NZA 2004, 5387.

spielsweise Beförderung, Versetzung, Gehaltserhöhung) im Vordergrund stehen.⁶⁰

d) Vertraglicher Tarifvertragswechsel durch große dynamische Bezugnahme Klausel (Tarifwechselklausel)

Grundsätzlich wirksam ist vor und nach dem Paradigmenwechsel des Arbeitsrechtes (Stichtag: 1.1.2002) die große dynamische Bezugnahme Klausel (Tarifwechselklausel). Der mögliche Tarifwechsel muss jedoch für den Arbeitnehmer bei Vertragsabschluss erkennbar sein.

Zu Formulierungen von Tarifwechselklauseln gibt es Empfehlungen von Wissenschaftlern und Praktikern.⁶¹

e) Tarifkonkurrenz

Aufgrund der Unterscheidung zwischen vertraglich in Bezug genommenen Tarifverträgen mit tariflich geltenden anderen Tarifverträgen – durch Tarifgebundenheit des Arbeitgebers oder durch Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages – können Überschneidungen zwischen den kollektiven und den individualrechtlichen Ansprüchen entstehen. Werden von einer arbeitsvertraglichen Verweisung mehrere Tarifverträge erfasst, ist die Kollision zugunsten des spezielleren Tarifvertrages – eines Haus- oder Firmentarifvertrages – aufzulösen.⁶²

aa) Scheinbare Tarifkonkurrenz

Ein Beispiel scheinbarer Tarifkonkurrenz befindet sich in den Urteilen des BAG vom 29.8.2007.⁶³ Findet auf ein Arbeitsverhältnis, für das ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag gilt, ein anderer Tarifvertrag kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Anwendung, handelt es sich nicht um eine Tarifkonkurrenz. Es konkurriert vielmehr ein Arbeitsvertrag mit einem Tarifvertrag. Es gilt das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG.

bb) Gewillkürte Tarifkonkurrenz – Günstigkeitsprinzip

Wenn ein Arbeitgeber „gewillkürt“ im Betrieb jeweils mit Betriebsbindung mehrere konkurrierende Tarifverträge, die mit unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen sind, anwendet oder anwenden muss, dann kann der Arbeitnehmer, der beiden zuständigen Gewerkschaften beigetreten ist, die für ihn jeweils günstigere Tarifregelung auswählen. Offen ist, ob er sich nur für das Gesamtpaket des jeweiligen Tarifwerkes entscheiden darf, oder ob er einzelne ihm günstiger erscheinende Regelungen aus den jeweiligen Tarifwerken tariflich und vertraglich beanspruchen kann. Man wird wohl auf das jeweilige tarifliche Gesamtpaket abstellen müssen, weil Tarifverträge oft das Ergebnis von „Geben und Nehmen sind“. Günstigere und ungünstigere Regelungen in Tarifverträgen werden von den Tarifvertragsparteien durch Druck und Gegendruck regelmäßig kompensiert.

cc) Tarifkonkurrenz/Tarifpluralität/betriebliche Tarifeinheit

Wenn ein Arbeitgeber „gewillkürt“ im Betrieb mehrere konkurrierende Tarifverträge, die mit unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen sind, aufgrund der jeweiligen Tarifbindung anwendet, entsteht die Frage, ob für den Betrieb und die Betriebsgemeinschaft der Arbeitnehmer nur ein einziger Tarifvertrag oder ein einziges Tarifwerk nach dem Prinzip der betrieblichen Tarifeinheit und dem Prinzip des Gepräges gilt.

Bei gewillkürter Tarifpluralität, die aufgrund des Beitritts des Arbeitnehmers zu unterschiedlichen tarifschließenden Gewerkschaften zur Konkurrenz von Tarifverträgen und Gewerkschaften führen kann, wird die Rechtsprechung möglicherweise dem Arbeitgeber vorhalten, er habe sich selbst die tarifrechtlichen Folgen „ins Haus geholt“. Allerdings kann die gewillkürte Tarifpluralität auch durch einen hohen Druck einer zweiten Gewerkschaft entstehen, so dass dem Arbeitgeber der Wille – aufgezwungen wird. Weitere Klärung wird die Rechtsprechung bringen.

Wenn das Unternehmen oder der Betrieb an mehrere Tarifverträge gebunden ist und der einzelne Arbeitnehmer durch Beitritt zu den jeweiligen Gewerkschaften die Tarifbindung seinerseits herbeiführt, wird er sich die jeweils günstigere Tarifregelung auswählen.

PRAXISTIPP: Das Prinzip der betrieblichen Tarifeinheit wird möglicherweise – hierauf muss sich die Praxis einstellen – vor der Rechtsprechung zumindest bei gewillkürter Tarifpluralität mit der Folge von Tarifkonkurrenz nicht mehr standhalten.

f) Fehlen eines Vorbehalts zu auflösenden Bedingungen

Der Arbeitgeber hat – so das BAG – die Risiken der Rechtsfolgen seiner Erklärungen im vorformulierten Arbeitsvertrag selbst zu tragen. Der Wortlaut der im Rechtsstreit in Rede stehenden Bezugnahme Klausel: „dem Arbeitsverhältnis liegen der Tarifvertrag für Angestellte, Arbeiter und Auszubildende des DRK in der jeweiligen Fassung zugrunde“ sei eindeutig. Er binde den Arbeitsvertrag *ohne Bedingung* an einen bestimmten sich dynamisch entwickelnden Tarifvertrag (sog. „unbedingte zeitdynamische Bindung“).

g) Entdynamisierung

Für den Arbeitgeber besteht die rechtliche Möglichkeit der Loslösung von der vertraglichen Bezugnahme Klausel⁶⁴, beispielsweise durch eine Änderungskündigung. Diese Möglichkeit dürfte aber mehr der Theorie als der Praxis zuzuordnen sein!

h) Tarifwechselresistente Klausel

Die Bezugnahme Klausel ist tarifwechselresistent, wenn die Arbeitsvertragsparteien die Arbeitsbedingungen an einem fachfremden Tarifvertrag orientieren, beispielsweise an die Tarifverträge der Stahlindustrie statt an die für das Unternehmen oder den Betrieb einschlägigen Tarifverträge der Metallindustrie.⁶⁵

VI. Fazit

Die Unternehmen erkennen durchaus die positiven Seiten der Flexibilität des Arbeitsrechtes. Sie machen aber auch die negative Erfahrung, dass ein offenes Töpfchen für die Flexibilität des Unternehmens

⁶⁰ Simon/Weninger, BB-Komm. zum Urteil des BAG v. 18.4.2007, BB 2007, 2128.

⁶¹ Vgl. Waas, Anm. zu BAG in AP Nr. 12 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; Wilhelm Dannhorn, AuA 2006, 343; Giesen, NZA 2006, 626 ff.; Thüsing/Lambrich, NZA 2002, 1361, 1368; Preiß, Der Arbeitsvertrag, 2. Aufl. 2005, II IV 40 Rz. 1693 c; Gaul, BB 2000, 1086, 1088; Giesen, NZA 2006, 625, 629 f.; Lambrich, BB 2002, 1267; Simon/Weninger, BB 2007, 2128, sowie Lehmann, Frommherz unter www.arbeitsrecht.com, „Tarifwechselklausel“.

⁶² BAG v. 23.1.2008 – 4 AZR 602/06 – EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 38.

⁶³ BAG v. 29.8.2007 – 4 AZR 767/06 – EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 37.

⁶⁴ BAG v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 – BB 2007, 2125.

⁶⁵ BAG v. 25.10.2000 – 4 AZR 506/99 – AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 13; BAG v. 19.9.2007 – 4 AZR 710/06 – EzA § 613 a BGB Nr. 78.

mit einem neuen Deckelchen von Gesetzgeber oder Rechtsprechung verschlossen wird, sobald der Blick von Politik und Rechtsprechung bei der Interessenabwägung stärker auf soziale Komponenten gerichtet ist.

Über die Entscheidung des BAG, die das Deckelchen auf das Töpfchen der kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel gesetzt hat, lässt sich streiten. Aber die Unternehmenspraxis muss sich auf die veränderte Situation einstellen.

// Entscheidungsreporte

// BETRIEBSÜBERGANG

Verbesserung der Arbeitsbedingungen anlässlich eines Betriebsübergangs

BAG, Urteil vom 19.12.2007 – 5 AZR 1008/06

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2008-1627-1 unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ

Bietet ein Betriebserwerber anlässlich eines Betriebsübergangs die Weiterbeschäftigung zu verbesserten Arbeitsbedingungen unter Bestimmung einer Annahmefrist an, kann ein entsprechender Vertrag auch noch nach Fristablauf dadurch zustande kommen, dass der Betriebserwerber den Arbeitnehmer vorbehaltlos weiterbeschäftigt. Ein solcher konkludenter Vertragsschluss ist selbst dann möglich, wenn der Betriebserwerber für die Annahmeerklärung Schriftform bestimmt hatte.

ZUSAMMENFASSUNG

Die beklagte Betriebserwerberin bot den Arbeitnehmern eines Seniorenzentrums anlässlich eines Betriebsübergangs Arbeitsbedingungen an, die über die bisherigen Konditionen hinausgingen und insbesondere eine Dynamik der Vergütung entsprechend der Tarifabschlüsse im öffentlichen Dienst vorsah. Die Beklagte befristete dieses Angebot auf drei Wochen, innerhalb derer die Arbeitnehmer schriftlich ihr Einverständnis erklären sollten, das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortzuführen. Die Klägerin gab keine schriftliche Erklärung ab, setzte ihre Tätigkeit aber über den Stichtag des Betriebsübergangs hinaus bei der Beklagten fort. Die Klägerin verlangte von der Beklagten die Erhöhung ihres Gehalts entsprechend der mittlerweile stattgefundenen Tarifierhöhungen.

Das BAG folgte dieser Ansicht. Die Klägerin habe mit ihrer widerspruchslosen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten konkludent die Annahme des Angebots erklärt. Ihr Wille sei auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerade zu den von der Beklagten niedergelegten und über die Rechtswirkungen von § 613a BGB hinausgehenden Bedingungen gerichtet. Der Wirksamkeit des Vertrags stehe weder die Bestimmung der Annahmeerklärung in Schriftform noch der Ablauf der Annahmefrist entgegen. Beide Erfordernisse haben lediglich dem Interesse der Beklagten gedient, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, mit welchen Arbeitnehmern sie rechnen könne. Dem Schriftformerfordernis komme daher keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Bedeutung zu. Mit der vorbehaltlosen Weiterbeschäftigung der Klägerin habe die Beklagte auf die Einhaltung dieser Schriftform verzichtet.

// Autor

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann Rechtsanwalt in Krefeld seit 1972 mit Schwerpunkt im Wirtschafts- und Arbeitsrecht in der Anwaltsgemeinschaft Lehmann Frommherz Steckhan. Geschäftsführendes Vorstandsmitglied der Tarifgemeinschaft TÜV e. V. und des Arbeitgeberverbands Dienstleistungsunternehmen ar.di e. V., Krefeld.



PRAXISFOLGEN

In der Vergangenheit hatte sich die Rechtsprechung vor allem damit zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen ein Betriebserwerber mit den Arbeitnehmern schlechtere Arbeitsbedingungen vereinbaren darf. Das BAG lässt derartige Vereinbarungen nur bei Vorliegen von sachlichen Gründen zu, wobei im Bereich der betrieblichen Altersversorgung und der betrieblichen Sozialleistungen besonders strenge Maßstäbe angelegt werden. Demgegenüber betraf dieses Judikat den eher atypischen Sachverhalt einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen anlässlich eines Betriebsübergangs. Das BAG hielt Fristbestimmung und Schriftform nicht für konstitutiv, weil sie – wie zumeist – lediglich dem Zweck dienen, Planungssicherheit zu schaffen. Dies wirkt zwar auf den ersten Blick nicht überzeugend und ergebnisorientiert. Bei näherer Betrachtung überzeugt die Wertung jedoch. Denn sie ist im Einklang mit dem sich aus den §§ 625 BGB und 15 Abs. 5 TzBfG ergebendem Rechtsgedanken. Danach trifft den Arbeitgeber das Risiko, wenn er einen Arbeitnehmer widerspruchslos weiterbeschäftigt. Der Arbeitgeber hätte also durch einen vorsorglichen Widerspruch Klarheit schaffen können (und müssen).

Dr. Stefan Lunk, RA, FAArbR, und **Dr. Volker Vogt**, RA, beide Latham & Watkins LLP, Hamburg

// AGB-KONTROLLE

Arbeitsvertragliche zweistufige Verfallklausel – „blue-pencil-Test“

BAG, Urteil 12.3.2008 – 10 AZR 152/07

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2008-1627-2 unter www.betriebs-berater.de

ORIENTIERUNGSSATZ

Hält die erste Stufe einer vertraglichen Ausschlussfristenregelung, wonach mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehende Ansprüche binnen drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden müssen, der AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB stand, beeinträchtigt die Unwirksamkeit der zweiten Stufe, die eine zu kurze Frist für die gerichtliche Geltendmachung vorsieht, die Wirksamkeit der ersten Stufe nicht, wenn die Klausel teilbar ist und auch ohne die unwirksame Regelung weiterhin verständlich und sinnvoll bleibt.

ZUSAMMENFASSUNG

In dem zugrunde liegenden Rechtsstreit verlangte der Kläger von seinem ehemaligen Arbeitgeber die Zahlung einer Umsatzprämie. Die Voraussetzungen für den Zahlungsanspruch hatte der Arbeitnehmer unstreitig erfüllt, die Parteien stritten jedoch über die Frage, ob der Anspruch aufgrund einer vertraglich vereinbarten Verfallklausel erloschen war. Die zweistufige formularmäßige Verfallklausel sah in ihrer ersten Stufe eine dreimonatige Frist für die Gel-