

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Christine Oppenhoff, RAin
Die GmbH-Reform durch das MoMiG – ein Überblick 1630

Wolf Stumpf, RA, Andrea Lamberti, RAin, und Johannes Schmidt
Hinweispflicht auf Straf- und Ermittlungsverfahren im Prospekt geschlossener Fonds 1635

BGH: Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz auf grauen Kapitalmarkt anwendbar
 BB-Kommentar von Priv.-Doz. Dr. Carl-Heinz Witt, LL.M. 1643

// STEUERRECHT

Dr. Arne Schnitger, CPA/StB, LL.M., und Simon Rometzki
Die Anwendung des Korrespondenzprinzips auf verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nach dem JStG 2007 1648

Dr. Jan Sedemund, LL.M. taxation, RA/FAStR/StB, und Britta Fischenich, StB
Steuerneutralität von Leistungen ausländischer Kapitalgesellschaften im Halbeinkünfteverfahren vor und nach Einführung des § 27 Abs. 9 KStG 1656

FG Niedersachsen: Steuerliche Berücksichtigung einer Teilwertabschreibung auf eigenkapitalersetzende Darlehen im Rahmen des § 8b Abs. 3 KStG a. F.
 BB-Kommentar von Klaus D. Hahne, StB 1661

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Michael Hommel, StB, und Stefan Laas
Währungsumrechnung im Einzelabschluss – die Vorschläge des BilMoG-RegE 1666

Schleswig-Holsteinisches FG: Bewertung einer Rückdeckungsversicherung für eine Versorgungsverpflichtung
 BB-Kommentar von Heinz-Josef Heger, RA 1671

// ARBEITSRECHT

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, RA
Tarifwechsel in Recht und Praxis – Teil II 1674

Dr. Martin Diller, RA/FAArbR
Anrechnung von Arbeitslosengeld auf Karenzentschädigung: Brutto oder Netto? 1680

// BB-MAGAZIN

Dr. Martin Bünning, RA/StB
Jahressteuergesetz 2009: Investmentfonds im Visier des Fiskus M1

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Otmar Issing
60 Jahre Währungsreform – Zehn Jahre EZB M16

Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann, RA

Tarifwechsel in Recht und Praxis – Teil II

– Beispiele aus der Praxis über die Wirkung von vertraglichen Bezugnahmeklauseln –

Nachdem der Autor zum gleichen Thema in Teil I (BB 2008, 1618) die kollektiv- und individualrechtlichen Folgen der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Tarifverträge, insbesondere auch Tarifwechselklauseln, anhand der neuesten Rechtsprechung des BAG und der Rechtsliteratur dargestellt hat, verdeutlicht er nunmehr in Teil II anhand von Beispielen aus der Praxis die Wirkung von vertraglichen Klauseln mit Bezugnahme auf Tarifverträge und gibt Empfehlungen für die Unternehmenspraxis. In einem ersten Beispiel werden unterschiedliche Bezugnahmeklauseln und deren Auswirkung auf den Inhalt der vertraglichen Arbeitsbedingungen nach Verlassen des Geltungsbereichs des Tarifvertrages (statische und dynamische Weitergeltung) und die Reichweite vereinbarter Tarifwechselklauseln anhand eines vom BAG entschiedenen Falles mit – nicht vom BAG entschiedenen, aber vom Autor dargestellten Varianten – zur Veranschaulichung für die Praxis dargestellt. In einem zweiten Beispiel berichtet der Autor über einen Fall aus der Unternehmenspraxis, in dem ein Unternehmen durch die Verlagerung des Schwerpunktes seiner Tätigkeit aus dem Bereich Metall in den Bereich des Groß- und Außenhandels hineingewachsen ist mit der Folge, dass das Unternehmen nicht mehr vom fachlichen Geltungsbereich der Tarifverträge der Metallindustrie erfasst wird. Dieses Beispiel zeigt nicht nur die (mögliche) konstruktive Zusammenarbeit der Sozialpartner, sondern auch die Auswirkungen des Tarifwechsels auf die Arbeitsverträge mit Bezugnahmeklauseln.

I. Erstes Beispiel aus der Unternehmenspraxis über die Auswirkung eines Tarifwechsels auf die Arbeitsverträge

Das erste Beispiel beruht auf einem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall, der die Auswirkungen der kleinen dynamischen Bezugnahmeklausel (... es gelten die Tarifverträge der X-Branche ...) aufzeigt. Grundlage der Fallbildung ist die inzwischen veränderte Rechtsprechung des BAG zu der so genannten vertraglichen „Gleichstellungsabrede“ bei Anwendung der kleinen dynamischen Bezugnahmeklausel und die reichhaltige Rechtsliteratur.¹

Das Beispiel lässt insbesondere die rechtliche Trennung zwischen kollektivem und individuellem Arbeitsrecht erkennen und hebt die unterschiedliche Auslegung von Bezugnahmeklauseln in Alt- und Neuverträgen sowie die mögliche Kollision von Tarifrecht und Privatautonomie mit der Auflösung nach dem Günstigkeitsprinzip (Rosinenprinzip) hervor.

FALL: Die Kantine eines Krankenhauses wird durch einen Teilbetriebsübergang in eine selbständige, als Tochter des Krankenhauses gegründete Krankenhaus-Küchen GmbH (KK GmbH) übergeleitet. Das Krankenhaus ist an die einschlägigen Tarifverträge für Privatkrankenhäuser gebunden. Die KK GmbH ist ihrerseits an die Tarifverträge für das Gaststättengewerbe gebunden. Die Arbeitsverträge nehmen auf die jeweils geltenden Tarifverträge für Privatkrankenhäuser Bezug.

1. Verträge nach dem 31.12.2001 (Neuverträge)

Die übergegangenen Mitarbeiter bleiben vertraglich an die jeweils geltenden Tarifverträge für Privatkrankenhäuser gebunden, auch nachdem für sie diese Tarifverträge tarifrechtlich infolge des Verlassens des Geltungsbereichs der Tarifverträge (Betriebsübergang) nicht mehr gelten.

Die Mitarbeiter vollziehen in ihrem weiteren Berufsleben in der KK GmbH die Tarifverträge für Privatkrankenhäuser dynamisch nach.

2. Verträge vor dem 1.1.2002 (Altverträge)

Die übergegangenen Mitarbeiter bleiben vertraglich an die Tarifverträge für Privatkrankenhäuser gebunden. Sie sind aufgrund der Auslegung der Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsabrede nicht besser und nicht schlechter zu stellen als Tarifgebundene. Für die Tarifgebundenen gelten nach Verlassen des Geltungsbereichs der Tarifverträge die Tarifnormen inhaltlich weiter, aber nur statisch in dem Zustand, in dem sich diese in der juristischen Sekunde des Übergangs befunden haben.

Für diese Mitarbeiter mit Altverträgen kann eine Vereinbarung über eine Änderung der Bezugnahmeklausel mit vertraglicher Bindung an die einschlägigen Tarifverträge oder auch der Beitritt zur Gewerkschaft und somit die Tarifbindung spätestens dann von Interesse sein, wenn die Tarifverträge der KK GmbH im Vergleich zu den statischen Arbeitsbedingungen günstigere Tarifnormen werden. Dieser Fall kann durch dynamische Entwicklung der Tarifverträge der KK GmbH eintreten.

3. Kollision oder Überschneidung von Vertrag und geltendem Tarifvertrag

Eine Kollision zwischen der privatautonomen Regelung im Arbeitsvertrag und der kollektivrechtlichen Normenwirkung des Tarifvertrages/Tarifwerkes der KK GmbH zeigt sich, wenn ein übergegangener Mitarbeiter zum einen von der vertraglichen Bezugnahme auf den Inhalt des Tarifvertrages/Tarifwerkes für Privatkrankenhäuser und zum anderen von der normativen Wirkung der Tarifverträge für das Gaststättengewerbe durch Beitritt zur tarifschließenden Gewerkschaft Gebrauch macht. Dann kann der Mitarbeiter mit Altvertrag und mit

¹ BAG, 14.12.2005 – 4 AZR 563/04 – BB 2006, 1504; BAG, 18.4.2007 – 4 AZR 652/04 – BB 2007, 2125; EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 35 m. Anm. *Brecht-Heitzmann; Lehmann*, BB 2008, 1618; *Reinecke*, „Vertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge in der neueren Rechtsprechung des BAG, BB 2007, 2637 ff.; *Reinecke*, in: *Lehmann* (Hrsg.), *Tarifverträge der Zukunft – Zukunft der Arbeit*“, Kap. VII; *Schliemann*, ZTR 2004, 502, 510; *Schliemann*, „Wechsel des Tarifvertrages: Auswirkungen auf Tarifgebundene und nicht Tarifgebundene“ S. 96 ff., in: *Lehmann* (Hrsg.) *„Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!“*; *Jacobs*, „Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge bei Betriebsübergang“, FS Birk, S. 256 ff.; *Hauck*, „Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang – Ablösung und Besitzstand“, BB Special 4/2008, sowie in: *Lehmann* (Hrsg.) *„Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!“*; Anm. *Bayreuther* zu AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 53; *Waas*, Anm. zu BAG in AP Nr. 12 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; *Dannhorn*, AuA 2006 343; *Giesen*, NZA 2006 626 ff.; *Thüsing/Lambrich*, NZA 2002, 1361, 1368; *Preiß*, *Der Arbeitsvertrag*, 2. Aufl. 2005, II IV 40 Rn. 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“

Neuvertrag die für ihn jeweils günstigste Regelung beanspruchen. Es gilt der Günstigkeitsvergleich.

Ähnlich verhält sich die Rechtslage beim Zusammentreffen einer vertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag und einer Allgemeinverbindlichkeit eines anderen – für das Unternehmen oder den Betrieb einschlägigen – Tarifvertrages. In diesem Fall gilt der Günstigkeitsvergleich gemäß § 4 Abs. 3 TVG.²

4. Tarifwechselklausel

Sollte das Privatkrankenhaus mit dem Arbeitnehmer vor oder nach dem Stichtag 31.12.2001/1.1.2002 eine Tarifwechselklausel wirksam vertraglich vereinbart haben („es gelten die jeweils für das Unternehmen oder dessen Betrieb/Betriebsteil maßgebenden Tarifverträge – dies sind derzeit die Tarifverträge für Privatkrankenhäuser“), so bleiben die Arbeitsvertragsparteien nach der Ausgliederung – mit der Folge des Verlassens des Geltungsbereichs des bis dahin geltenden Tarifwerkes für Privatkrankenhäuser – weder auf der kollektiven noch vertraglich auf der privatautonomen Ebene an dieses Tarifwerk gebunden. Es gelten dann die für die KK GmbH maßgebenden einschlägigen Tarifverträge inhaltlich wegen der Tarifwechselklausel. Gleichwohl ergeben sich auch bei dieser Tarifwechselklausel nicht immer zu überspielende Probleme einer weitergehenden rechtlichen Bewertung.³

II. Zweites Beispiel aus der Unternehmenspraxis über eine Einigung der Sozialpartner

Das zweite Beispiel beruht auf einem tatsächlichen Ereignis. In der Folge des Herauswachsenden aus dem Geltungsbereich der Tarifverträge haben sich Arbeitgeber, zwei Gewerkschaften mit unterschiedlicher Zuständigkeit „alt“ und „neu“ sowie der Betriebsrat (Stichwort „Interessenausgleich infolge Ausgliederung“) und der Erwerber eines Betriebsteils über die zukünftige Gestaltung der Arbeitsbedingungen geeinigt. Die Vor- und Nachteile von Änderungen der Arbeitsbedingungen einschließlich der tariflichen Arbeitszeit und der tariflichen Vergütung sind von allen Beteiligten relativ gut bewältigt worden.

FALL: Ein norddeutsches Unternehmen, bei dem sich der Schwerpunkt der unternehmerischen Tätigkeit aus der Produktion von Metallgegenständen zum Handelshaus verschoben hatte, stand vor der Frage, ob es entsprechend der historisch schleichend eingetretenen Veränderung des Betriebszwecks, der das Unternehmen und dessen Betriebe prägt, aus der bisherigen Bindung an die Tarifverträge der Metallindustrie in eine Bindung an die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels wechselt.

III. Ziele des Tarifwechsels

Aus rechtlicher Sicht waren die Tarifverträge der Metallindustrie nicht mehr anwendbar, weil das Unternehmen und seine Betriebe inzwischen aus deren Geltungsbereich herausgewachsen waren. Aus der Realität des Marktes und des internationalen Wettbewerbs stellte sich inzwischen das Problem, dass das Unternehmen einem hohen Margen- und Kostendruck ausgesetzt war. Ziel des Unternehmens war es daher, die in Deutschland vorhandenen Arbeitsplätze nach Möglichkeit zu sichern, andererseits aber auch nicht die Chancen und Risiken, die sich durch eine Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Marktgegebenheiten ergeben, außer Acht zu lassen.

IV. Bestandsaufnahme

Anlässlich einer Bestandsaufnahme wurde im Unternehmen festgestellt, dass etwa 70 % der Arbeitsstunden aller Arbeitnehmer im Unternehmen im Schwerpunkt das Handelsgeschäft betrafen. Dies galt für das Unternehmen und gleichermaßen für die einzelnen Betriebe. Somit gab der Handel dem Unternehmen und dessen Betrieben das Gepräge, das für den räumlichen/fachlichen Geltungsbereich der Tarifverträge maßgebend ist.

Es waren also nur noch 30 % der Unternehmensaufgaben vom Geltungsbereich der Tarifverträge Metall fachlich erfasst. Der Handel prägte das Unternehmen und dessen Betriebe. Für die Einbeziehung der Arbeitsverhältnisse in den Geltungsbereich der Tarifverträge des Groß- und Außenhandels kam es im Übrigen auch noch darauf an, ob nicht nur das Unternehmen, sondern auch einzelne Betriebe oder Betriebsteile solche des Groß- und Außenhandels sind, oder ob es sich bei ihnen um Hilfs- und Nebenbetriebe des Groß- und Außenhandels handelt. Bei der Bestimmung des Geltungsbereichs von Tarifverträgen kann es nämlich vorkommen, dass mehrere selbstständige Betriebe, die nicht im Verhältnis von Haupt- und Nebenbetrieb stehen, auch verschiedenen Tarifverträgen unterfallen, wenn sie jeweils unterschiedlichen Wirtschaftszweigen zuzuordnen sind.⁴

V. Interessenabwägung

Auf der einen Seite stand der Kostendruck für das Unternehmen, nicht zuletzt auch durch den aktuellen Personalaufwand. Der Kostendruck sollte nach dem Bestreben des Arbeitgebers nicht nur zu Lasten der Personalkosten, sondern generell auf allen Unternehmensebenen gemildert werden. Bei den Personalkosten hat der Arbeitgeber daher zunächst übertarifliche Bezahlungen abgeschmolzen, soweit dies rechtlich möglich und tatsächlich auch sinnvoll war. Dabei musste er gleichwohl berücksichtigen, dass die Mitarbeiter in der Produktion ein qualifiziertes maschinentechnisches Wissen und im Vertrieb sowie in der Verwaltung entsprechende qualifizierte Kenntnisse haben müssen. Dieser Blickrichtung folgt in der Regel die Vergütung entsprechend der Lage des Arbeitsmarktes und im Blick auf die erforderliche Motivation des einzelnen Mitarbeiters.

Auf der anderen Seite musste der Arbeitgeber bedenken, dass es ebenso notwendig ist, das Unternehmen auf dem nationalen und internationalen Markt wettbewerbsfähig zu halten und den Bestand der Arbeitsverhältnisse soweit wie möglich abzusichern.

Bei der Interessenabwägung war zu berücksichtigen:

Die Mitarbeiter, die insbesondere für den Vertrieb eingestellt waren, befanden sich im Geltungsbereich des auf den Vertrieb nicht zugeschnittenen Tarifwerkes der Metallindustrie. Gleichwohl ist anzumerken, dass das Tarifwerk der Metallindustrie den Vertrieb als „Anhängsel“ zur Herstellung und Verarbeitung von Metallprodukten durchaus mit abdecken kann. Im beschriebenen Beispielsfall ging es allerdings um den Hauptzweck des Betriebes „Vertrieb“.

Die Tarifverträge für den Groß- und Außenhandel bilden eine ebenso sichere Grundlage der Arbeitsbedingungen wie die Tarifnormen der Metallindustrie. Jedoch passen die Tarifnormen des Tarifvertrages des

² BAG, 29.8.2007 – 4 AZR 767/06 – EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 37.

³ Reinecke, „Vertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge in der neuen Rechtsprechung des BAG“, BB 2006, 2637 ff., und in: Lehmann (Hrsg.), „Tarifverträge der Zukunft – Zukunft der Arbeit“, Kap. VII.

⁴ BAG, 4.7.2007 – 4 AZR 491/06 – EzA Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz mit Hinweis auf die grundlegende Entscheidung des BAG, 29.3.1957 – 1 AZR 208/55 – BAGE 4, S. 37, 40.

Groß- und Außenhandels im Hinblick auf den Zuschnitt der Tarifverträge auf die Branche zum Teil besser als die Tarifverträge der Metallindustrie auf die im Vertrieb beschäftigten Mitarbeiter. Dies betrifft auch den Unterschied des jeweiligen Arbeitszeitvolumens in den beiden großen Tarifbereichen.

Dies führte beim Arbeitgeber zu der Überlegung, ob und inwieweit die Arbeitsbedingungen an die veränderten Rahmenbedingungen angepasst werden können.

VI. Ergebnis der Interessenabwägung

Im Ergebnis der Abwägung der Interessen des Unternehmens zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit und der Interessen der Arbeitnehmer an der Sicherung der Arbeitsbedingungen entschied sich der Unternehmer für eine Spaltung des Unternehmens in ein Handelshaus und ein Unternehmen für die Herstellung von Metallprodukten.

Die vor der Ausgliederung dem Bereich des Groß- und Außenhandels zugeordneten Mitarbeiter blieben in der Muttergesellschaft. Dieses Unternehmen trat aus dem Arbeitgeberverband der Metallindustrie aus und schloss sich zum Zwecke der Tarifbindung dem zuständigen tarifschließenden Arbeitgeberverband des Groß- und Außenhandels an.

Auf diese Weise behielten die Arbeitnehmer, die fast ausschließlich oder zumindest überwiegend mit der Produktion von metallindustriellen Produkten befasst waren, die bisher für sie geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen. Ebenso blieben die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer aufgrund der vertraglichen Bezugnahme an die Tarifverträge der Metallindustrie auch einzelvertraglich gebunden. Hinzu kam der Nutzen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, dass das Tarifwerk der Metallindustrie mit den darin enthaltenen materiellen Arbeitsbedingungen die Erwartungen qualifizierter Arbeitnehmer für die Herstellung und Verarbeitung metallindustrieller Produkte gut abdeckt.

VII. Umsetzung der Pläne

Der Arbeitgeber teilte dem Betriebsrat rechtzeitig und umfassend die Pläne mit. Hierbei beriet er mit dem Betriebsrat, ob und inwieweit Überleitungsregelungen für die durch die Tarifverträge Metall gesetzlich oder vertraglich gebundenen Mitarbeiter die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels Platz greifen können.

Der geplante Tarifvertragswechsel in Verbindung mit der geplanten Ausgliederung betraf sowohl die kollektivrechtliche als auch die individualrechtliche Ebene.

1. Kollektivrechtliche Ebene

Im Hinblick darauf, dass sich die gesetzliche Tarifbindung aus § 3 Tarifvertragsgesetz ergibt und beiderseitige Tarifgebundenheit voraussetzt, wurde die Muttergesellschaft, deren Schwerpunktaktivität sich auf den Groß- und Außenhandel verschoben hatte, Mitglied des zuständigen tarifschließenden Arbeitgeberverbandes des Groß- und Außenhandels. Sie trat aus dem für den Groß- und Außenhandel nicht zuständigen Arbeitgeberverband der Metallindustrie aus, um Zweifelsfragen der möglichen Konkurrenz von Tarifverträgen im Unternehmen und Betrieb auszuschließen.

Die metallverarbeitende Tochtergesellschaft trat dem zuständigen Arbeitgeberverband der Metallindustrie bei und führte die Bindung an die Tarifverträge der Metallindustrie herbei.

Somit war die kollektivrechtliche Ebene – die Bindung an die jeweils zutreffenden Tarifverträge in den jeweiligen Gesellschaften – neu geordnet.

2. Individualrechtliche Ebene

Die Personalleitung des Unternehmens prüfte zunächst anhand der Arbeitsverträge, ob und inwieweit die Beschäftigten individualrechtlich an das Tarifwerk der Metallindustrie gebunden waren. Es wurden – zum Teil mit unterschiedlichen Wortlauten – zwei Grundtypen von Bezugnahme Klauseln erkennbar. Der eine Typus betraf die Vertragsklausel „Es gilt der jeweils gültige Tarifvertrag der Metallindustrie“ (kleine dynamische Verweisungsklausel). Der andere Typus enthielt die Bezugnahme der vertraglichen Arbeitsbedingungen auf den jeweils für das Unternehmen oder den Betrieb geltenden Tarifvertrag (Tarifwechselklausel = große dynamische Bezugnahme Klausel).

Die Bestandsaufnahme ergab, dass bei 70 % der Mitarbeiter in den Arbeitsverträgen ein bestimmtes Tarifwerk – nämlich die große dynamische Bezugnahme Klausel – enthalten war. Dies bedeutete für diese Mitarbeitergruppe, dass sie auf der Grundlage der Tarifwechselklausel nicht nur tarifrechtlich, sondern auch individualrechtlich den Wechsel zum Tarifvertrag des Groß- und Außenhandels mit vollzieht.

Demgegenüber enthielten die Arbeitsverträge von 30 % der Mitarbeiter einen arbeitsvertraglichen Bezug auf den Tarifvertrag der Metallindustrie (kleine dynamische Bezugnahme Klausel). Für diese Mitarbeitergruppe bestand somit eine individualrechtliche Bindung an die Tarifverträge der Metallindustrie.

Der Arbeitgeber musste bei der Analyse, ob die kleine dynamische Bezugnahme Klausel einen Tarifwechsel erlaubt, die Änderung der Rechtsprechung des BAG beachten.⁵ Das BAG hat bei dieser Form der Bezugnahme Klausel eine Zäsur in der Rechtsprechung ab 1.1.2002 vorgenommen. Zu prüfen war daher der Wortlaut von Alt- und Neuverträgen vor und nach diesem Stichtag.

a) Altverträge vor dem 1.1.2002

Für die Tarifgebundenen ist die Folge des Verlassens des Geltungsbereichs der Tarifvertrag der Metallindustrie, dass sie nicht mehr vom Geltungsbereich dieses Tarifvertrages erfasst sind und somit nicht mehr an den weiteren dynamischen Entwicklungen des Tarifvertrages der Metallindustrie für die vom Geltungsbereich erfassten Arbeitnehmer teilnehmen. Somit verbleiben die Inhalte der (verlassenen) Tarifnormen in dem Zustand, in dem sie sich im (festzustellenden) Zeitpunkt befunden haben. Entsprechendes gilt aufgrund der Gleichstellungsabrede für die auch vor Verlassen des Geltungsbereichs der Tarifverträge Metall nicht Tarifgebundenen.

Die rechtliche Folge für die vor dem Stichtag 1.1.2002 (neuere Rechtsprechung des BAG) abgeschlossenen Altverträge ist, dass beim Verlassen des Geltungsbereichs der Tarifverträge der Metallindustrie – im konkreten Fall durch die Ausgliederung – die Inhalte der „verlassenen Tarifverträge“ nicht mehr dynamisch, sondern statisch sind. Diese Altverträge werden als Gleichstellungsabrede von Tarifgebundenen und nicht Tarifgebundenen ausgelegt. Beispielsweise würden diese Mitarbeiter mit der kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel nach der Ausgliederung nicht mehr die dynamische Entwicklung der tariflichen Vergütung der Metallindustrie mit vollziehen.

⁵ BAG, 14.12.2005; BB 2006, 1504, mit der Präzisierung des Urteils des BAG, 18.4.2007, BB 2007, 2125.

b) Neuverträge ab 1.1.2002

Für die Tarifgebundenen gelten die Tarifverträge der Metallindustrie nicht mehr nach Verlassen des Geltungsbereichs dieses Tarifwerkes. Die Tarifnormen werden statisch zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Für die nach dem Stichtag 31.12.2001 abgeschlossenen Arbeitsverträge hat die Auslegung der kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel rechtlich zur Folge, dass die Auslegung der Klausel als Gleichstellungsabrede nicht mehr anzuwenden ist. Somit vollziehen diese Mitarbeiter die Entwicklungen der Tarifverträge der Metallindustrie dynamisch und individualrechtlich nach, obgleich sie nicht mehr in einem metallverarbeitenden Unternehmen oder Betrieb beschäftigt sind. Diese dynamischen Rechte bleiben ihnen nach dem Betriebsübergang gemäß § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB vertraglich erhalten.

c) Tarifwechselklausel

Die Personalleitung hat aufgrund der ihr schon frühzeitig durch ihre Rechtsberater gegebenen Empfehlungen – spätestens ab dem Jahr 2002 – mit neu eingestellten Mitarbeitern eine Tarifwechselklausel arbeitsvertraglich vereinbart und den Arbeitnehmern die Chancen und Risiken bei der Vereinbarung erklärt. Im Laufe der Zeit vergrößerte sich der Anteil der Mitarbeiter mit arbeitsvertraglicher Tarifwechselklausel durch Abgänge und Neueinstellungen.

Zusätzlich hat die Personalleitung mit Arbeitnehmern, die Altverträge haben, bei vertraglichen Veränderungen – beispielsweise neuen Aufgaben oder der Vereinbarung einer neuen Vergütung – zugleich auch die kleine dynamische Bezugnahme Klausel in eine große dynamische Bezugnahme Klausel / Tarifwechselklausel einvernehmlich geändert.

VIII. Überleitungstarifvertrag

In einem weiteren Schritt setzten sich der Arbeitgeber des Handelshauses und der AG der Tochtergesellschaft mit der für den Metallbereich des Tochterunternehmens zuständigen Gewerkschaft IG Metall und der für das Handelshaus/Muttergesellschaft zuständigen Gewerkschaft ver.di in Verbindung. Sie boten beiden Gewerkschaften an, mit den Arbeitgebern einen Überleitungstarifvertrag zu vereinbaren mit dem Ziel, die bisher in den Tarifverträgen der Metallindustrie beschäftigten Arbeitnehmer, die im Handelshaus weiter beschäftigt wurden, in die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels überzuleiten. Auf der Ebene eines Firmentarifvertrages sollte vereinbart werden, wie sich im Handelshaus und in den nächsten Jahren das Verhältnis der bisherigen tariflichen Arbeitsbedingungen der Metallindustrie zu den zukünftig für die Mitarbeiter geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen des Groß- und Außenhandels darstellen.

Zwar wäre ein Überleitungstarifvertrag nicht erforderlich gewesen, weil die gesetzlichen Bestimmungen nach § 613 a BGB das Schicksal von individual- und kollektivrechtlichen Arbeitsbedingungen nach dem Betriebsübergang zum Schutz der Mitarbeiter regeln. Jedoch wollten alle Beteiligten einen Überleitungstarifvertrag vereinbaren, damit die Mitarbeiter auch in Zukunft eine feste tarifliche Grundlage für ihre Arbeitsbedingungen haben.

Außerdem entstand die Frage des Tarifwechsels und vertraglichen Bezugnahme Klauseln – seien sie dynamisch oder nicht – nicht mehr bei den Arbeitnehmern, die nach einem Betriebsübergang bei der metallverarbeitenden Tochter weiterbeschäftigt werden. Denn für diese Mitarbeiter gelten auf jeden Fall tariflich und individualrechtlich durch den Überleitungstarifvertrag die Tarifverträge der Metallindustrie.

1. Tarifpartner

Der Arbeitgeber suchte nach einem zuständigen Tarifpartner. Die Gewerkschaft ver.di erklärte, dass sie der IG Metall die Verhandlungen über den Abschluss eines Überleitungstarifvertrages zur Einbeziehung der Mitarbeiter in die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels überlässt. Diese Haltung war nicht zuletzt auch deshalb verständlich, weil die materiellen Unterschiede der Arbeitsbedingungen in den beiden großen Tarifwerken – insbesondere das größere Arbeitszeitvolumen im Tarifvertrag des Groß- und Außenhandels – auf nicht einfache Tarifverhandlungen für die Überleitung der Mitarbeiter aus den bisher für sie gesetzlich und vertraglich geltenden Tarifverträgen der Metallindustrie in die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels schließen ließ. Immerhin waren die Mitarbeiter, für die nunmehr andere Tarifverträge kraft Gesetzes oder aufgrund Arbeitsvertrages infolge der Tarifwechselklausel gelten, an die Inhalte der Metall-Tarifverträge gewöhnt.

Die IG Metall war ihrerseits am Abschluss des Überleitungstarifvertrages interessiert, weil sie die zur IG Metall gehörenden Mitglieder nicht im Stich lassen und vor allem auch als Mitglieder und für die Überwachung der Einhaltung der Firmentarifverträge behalten wollte.

2. Abschluss des Überleitungstarifvertrages

Nach Verhandlungen mit der IG Metall wurden auf der Tarifebene der Überleitungstarifvertrag und auf der Betriebsebene der Interessenausgleich abgeschlossen. Im Überleitungstarifvertrag wurde ein gleitender, stufenweiser Übergang von den Tarifverträgen der Metallindustrie in die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels vereinbart.

3. Interessenausgleich und Sozialplan

Aufgrund der Beratungen mit dem Betriebsrat entschloss sich der Betriebsrat, sich an den Tarifverhandlungen zu beteiligen und vorsorglich mit dem Arbeitgeber einen Interessenausgleich gemäß § 111 BetrVG zu vereinbaren. Der Überleitungstarifvertrag sollte mit den finanziellen Ausgleichsregelungen den Sozialplan ersetzen. So wurde zugleich auch auf der Tarifebene ein Sozialplan vereinbart.

4. Gemeinschaftsbetrieb ja oder nein

Bei Ausgliederung von Betriebsteilen in Tochtergesellschaften entstand die Frage, ob der Erwerberbetrieb mit dem bisherigen Veräußererbetrieb als Gemeinschaftsbetrieb weitergeführt wird oder ob die Betriebe ohne gemeinsame Führung in personellen und sozialen Angelegenheiten – auch nicht stillschweigend – getrennt eigenständig weitergeführt werden. Das in Rede stehende norddeutsche Unternehmen hat sich für getrennte Betriebe entschieden.

5. Unterrichtung der Mitarbeiter

Zusätzlich wurden die Mitarbeiter nach § 613 a Abs. 5 und 6 BGB ausführlich unterrichtet. Außerdem wurde in einer Mitarbeiterversammlung, an der alle Beteiligte teilnahmen, jede einzelne Frage, die von Seiten der Mitarbeiter gestellt wurde, gewissenhaft beantwortet, damit keine Frage offen blieb. Auf Seiten der Beteiligten wurde im Ergebnis deutlich, dass sich alle Beteiligten mit dem von den Tarifvertragsparteien und den Betriebsparteien gefundenen Kompromiss anfreunden konnten. Für die Mitarbeiter lag der Vorteil des Überleitungstarifvertrages vor allem darin, dass sowohl ihre Arbeitsbedingungen als auch ihr Arbeitseinkommen gesichert blieb.

IX. Positive Auswirkung des Überleitungs- tarifvertrages in der Unternehmenspraxis

Es ergaben sich für das Handelshaus und für das metallverarbeitende Tochterunternehmen auf Seiten der Arbeitgeber *und* der Arbeitnehmer Vorteile:

1. Der Überleitungstarifvertrag gab den Mitarbeitern im Handelshaus und im metallverarbeitenden Tochterunternehmen Sicherheit. Für die gemäß § 613a BGB in das Tochterunternehmen übergegangenen Mitarbeiter wäre, wenn das Unternehmen sich nicht dem tarifschließenden Arbeitgeberverband Metall angeschlossen und die Tarifbindung nicht eingegangen wäre, eine Statik der übergegangenen Arbeitsbedingungen eingetreten, zumindest soweit es die Beschäftigten mit der kleinen dynamischen Bezugnahme Klausel betrifft.
2. Diese Folge hätte sich bei fehlender Tarifbindung, jedenfalls bezogen auf alle Altverträge (Stichtag 31.12.2001), ergeben. Nur für die Neuverträge hätte die Auslegung der großen und kleinen dynamischen Bezugnahme Klauseln zum Ergebnis, dass trotz fehlender Tarifbindung die Tarifverträge Metall vertraglich dynamisch weiter gelten, wenn sie nicht einvernehmlich geändert oder durch Änderungskündigungen beseitigt werden.

Diese Folgen brauchten nicht mehr abgegrenzt zu werden. Der Firmentarifvertrag verdrängte als Überleitungstarifvertrag aufgrund des Spezialitätsprinzips die bis dahin geltenden Tarifverträge. Dem Firmentarifvertrag folgt auch die kleine dynamische Bezugnahme Klausel aller Alt- und Neuverträge. Selbst wenn hierzu kritische rechtliche Stimmen erhoben würden, so ist entgegenzuhalten, dass der Schutz der Arbeitnehmer durch die Tarifvertragsparteien Vorrang hatte und unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessenlagen zum Betriebsfrieden und einem letztlich allseits als positiv empfundenen Ergebnis geführt hat.

3. Der Vorteil des Tarifwechsels lag für das Unternehmen vor allem darin, dass die jeweiligen Sparten Handel und Metallverarbeitung in Zukunft in zwei Unternehmen sachgerecht aufgeteilt und die Arbeitsbedingungen geordnet sind.

Für die Arbeitnehmer lag der Vorteil in der Sicherheit und Tragfähigkeit der Tarifnormen des Überleitungstarifvertrages.

4. Trotz des Bestrebens vieler Unternehmen zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit günstige Kostenstrukturen zu bewahren oder neu zu erschließen, darf man die Augen nicht davor verschließen, dass immer jeweils der Marktpreis bei Einstellungen von Mitarbeitern zu zahlen ist. Außerdem prägt das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Verlauf der beruflichen Entwicklung des Mitarbeiters die übertarifliche Vergütung. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Unternehmen einen Mitarbeiter vom Arbeitsmarkt gewinnt, der ein spezielles Wissen und eine spezielle Bildung hat.
5. Für die IG Metall lag der Vorteil darin, dass die bisher vom Geltungsbereich der Tarifverträge Metall erfassten Mitarbeiter auch in der metallverarbeitenden Tochtergesellschaft im Geltungsbereich der Tarifverträge Metall geblieben sind. Für die Gewerkschaft ver.di ergab sich der Vorteil, dass sie in Zukunft Mitarbeiter aus dem Handelshaus – zumindest neu eingestellte Mitarbeiter – als Mitglieder werben und gewinnen kann.
6. Bei den Verhandlungen über die Überleitung der Mitarbeiter in die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels wurde die im Vergleich zu den Metalltarifverträgen geringere Vergütung durch Ausgleichszulagen, stufenweises Abschmelzen der Sonderzahlungen und

durch weitere tarifliche Ausgleichsregelungen aufgefangen. Überdies war den Sozialpartnern bewusst, dass die tarifliche Vergütung in der Unternehmenspraxis entsprechend dem Marktwert des einzelnen Mitarbeiters und gemäß seinen Leistungen in den übertariflichen Bereich hinein aufgestockt wird, so dass die Tarifnormen nicht nur rechtlich, sondern auch in der Realität Mindestnormen sind.

Die in die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels überwechselnden Mitarbeiter hatten keine tief greifenden Probleme mit der Erhöhung der bisher für sie geltenden tariflichen 35-Stundenwoche auf die im Groß- und Außenhandel geltende 38,5-Stundenwoche. Den Mitarbeitern ist in der Regel der sichere Arbeitsplatz erheblich wichtiger, als die tariflich vorgegebene Arbeitszeit. Insbesondere die Mitarbeiter mit Aufgaben, die eine stärkere geistige Tätigkeit beanspruchen, sind an einem angemessenen Arbeitszeitvolumen ohne Bevormundung durch die Tarifvertragsparteien interessiert. Die Rechtsprechung hat gleichwohl sehr konsequent⁶ – aber nach diesseitiger Beurteilung kritisch – beim Günstigkeitsvergleich von Tarifnormen und abweichenden vertraglichen Vereinbarungen das im Tarifrecht geltende Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) ausschließlich auf den schmalen Bereich der Arbeitszeit, nicht aber auf abweichende Vereinbarungen im Gesamtpaket eines Vertrages bei den tarifgebundenen Mitarbeitern gerichtet.⁷

Im Hinblick auf die Sicherheit des Arbeitsplatzes haben weder die Mitarbeiter noch die Betriebsräte noch die Gewerkschaft IG Metall die längere Arbeitszeit der Tarifverträge des Groß- und Außenhandels zum besonderen Streitpunkt erhoben. Die längere Arbeitszeit galt nach der Überleitung in die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels unwidersprochen bereits einen Monat nach Inkrafttreten des Überleitungstarifvertrages.

7. Der Blick auf die tariflichen Vorgaben der Arbeitszeit und mögliche Abweichungen – beispielsweise durch betriebliche Bündnisse zur Absicherung der Arbeitnehmer – fordert einen zweiten Blick auf die aktuelle Rechtsprechung des 1. Senates des BAG⁸ heraus. Der Entscheidung des BAG vom 15.5.2007 ist zuzustimmen, weil mündige Arbeitnehmer, die sich nicht in die Vorgaben eines Tarifvertrages bezüglich der Arbeitszeit zwingen lassen wollen, wegen ihrer fehlenden Tarifbindung nicht auf den Günstigkeitsvergleich des § 4 Abs. 3 TVG angewiesen sind. Insofern war die Rechtsprechung des 1. Senates im „Burda-Fall“, die den Blick ausschließlich auf die Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer richtete, nunmehr bezogen auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer konsequent. Für die nicht Tarifgebundenen hat die Vertragsautonomie Vorrang und findet ihre Grenzen lediglich beispielsweise an den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) in vorformulierten Verträgen

⁶ Vgl. den berühmten „Burda-Beschluss“ v. 20.4.1999 = Äpfel- und Birnenfall AP Nr. 89 zu Art. 9 GG m. krit. Anm. *Richardi*; aus dem umfangreichen Schrifttum etwa *Annuß*, RdA 2000, 287; *Rieble*, ZTR 1999, 1552; *Thüsing*, DB 1990, 1552; *Trappehl/Lambrich*, NJW 1999, 3217.

⁷ *Ehmann/Lambrich*, „Betriebliche Bündnisse für Arbeit gegen Tarifmacht“, in: Lehmann (Hrsg.) „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!“ S. 221 sowie AP-Anm. Nr. 14 zu § 77 BetrVG-Tarifvorbehalt; *Lehmann*, „Der mündige Arbeitnehmer“ in: Lehmann (Hrsg.) „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!“ S. 33, und „Abweichungen vom Flächentarifvertrag durch betriebliche Bündnisse und tarifliche Öffnungsklauseln für den Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert“ S. 203; *Heinze*, „Fit durch Veränderung – Auf dem Weg in die Zukunft der Tarifautonomie. Gestaltungsfähigkeiten und -möglichkeiten“, in: Lehmann (Hrsg.) „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!“ S. 273, sowie *Heinze*, „Der Arbeitnehmer als Investor – eine Skizze“, in: Lehmann (Hrsg.) „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!“ S. 23; *Schliemann*, „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Gedanken um den, um dessen willen es Tarifverträge im Arbeitsleben gibt, nämlich um den Arbeitnehmer“, in: Lehmann „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert – Tarifverträge im Wandel!“ S. 13)

⁸ BAG, 15.5.2007 – 1 ABR 32/06 – AP § 1 BetrVG 1972 – Gemeinsamer Betrieb Nr. 30 m. Anm. v. *Hoynningen-Huene*.

(§ 305 ff. BGB) und an den Maßstäben von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB).

Im konkreten Fall des Tarifwechsels aus dem Bereich der Tarifverträge der Metallindustrie in die Tarifverträge des Groß- und Außenhandels war dem Arbeitgeber aufgrund der Hinweise der Experten auf die aktuelle Rechtsprechung des BAG bezüglich der Abweichung der nicht Tarifgebundenen von der tariflichen Arbeitszeit, bewusst, dass mit nicht Tarifgebundenen entgegen den Vorgaben der Tarifverträge eine längere Arbeitszeit – mit oder ohne Ausgleich der Vergütung – vereinbart werden konnte und durfte. Hierzu waren auch viele Mitarbeiter im Blick auf die Sicherung ihrer Arbeitsplätze bereit. Der Arbeitgeber hätte jedoch bei Abweichungen zwischen Tarifgebundenen und nicht Tarifgebundenen differenzieren müssen, weil aufgrund der Rechtsprechung des BAG zum „Burda-Fall“ bis jetzt noch feststeht, dass es nicht im objektiven Interesse der Tarifgebundenen liegt, zur Sicherung des Bestandes des Arbeitsplatzes die Arbeitszeit gegen den Verzicht des Arbeitgebers auf betriebsbedingte Kündigungen freiwillig zu verlängern.

Daher hätte der neue Arbeitgeber, wenn die Gewerkschaft im Überleitungstarifvertrag nicht der Heraufsetzung der tariflichen Wochenarbeitszeit auf die in den Tarifverträgen des Groß- und Außenhandels festgelegten Wochenarbeitszeit zugestimmt hätte, gleichwohl über das Limit des Überleitungstarifvertrages hinaus auf der individualrechtlichen Ebene mit den nicht tarifgebundenen Mitarbeitern längere Arbeitszeiten einzelvertraglich vereinbaren können. Dies hätte der frühere Arbeitgeber, wenn ihm die tarifliche Wochenarbeitszeit der Metalltarifverträge im Bereich des Vertriebs nicht ausgereicht hätte, ebenso im Einvernehmen mit den nicht tarifgebundenen Mitarbeitern des Vertriebs gestalten können. Jedoch waren alle Beteiligten zur Verhinderung einer Differenzierung zwischen Tarifgebundenen und nicht Tarifgebundenen an einer einvernehmlichen tariflichen Lösung und einer tariflichen Absicherung für die Beschäftigten interessiert. Dieses Interesse tat insbesondere die Gewerkschaft kund.

8. In der Unternehmenspraxis herrscht zuweilen die unzutreffende rechtliche Auffassung, dass überhaupt nicht von Tarifverträgen – außer zugunsten des Arbeitnehmers – abgewichen werden kann. Tarifgebunden seien alle Arbeitnehmer, die vom Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst sind. Es könne dahin gestellt bleiben, ob der Arbeitnehmer in der tarifschließenden Gewerkschaft organisiert ist oder nicht, wenn jedenfalls der Arbeitsvertrag auf die geltenden Tarifverträge Bezug nimmt.

Diese Auffassung ist im Hinblick auf die vom Unternehmen angestrebte Ordnungswirkung der Tarifverträge und der Handhabung der Tarifnormen in der Unternehmenspraxis verständlich. Sie ist aber nicht richtig. Von einer Tarifbindung ist grundsätzlich nur dann zu sprechen, wenn in Übereinstimmung mit § 3 TVG sowohl der Arbeitgeber über einen Verbandstarifvertrag oder einen Firmentarifvertrag oder sonst wie als Mitglied der Tarifvertragspartei tarifgebunden ist und ebenso der Arbeitnehmer Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist. Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag oder auf ein Tarifwerk erzeugt keine (gesetzliche) Tarifgebundenheit, sondern nur eine vertragliche Verpflichtung, die jederzeit zu Gunsten oder zu Ungunsten des Arbeitnehmers vertraglich abgeändert werden kann. Allerdings wird der Arbeitgeber bei vertraglichen Veränderungen in der Regel beachten, dass es dem Arbeitnehmer frei steht, Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft zu werden und – wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist – die gesetzliche Tarifbindung gemäß

§ 3 TVG herbeizuführen. Wenn der Arbeitnehmer diese Entscheidung trifft, dann allerdings gilt für ihn das Günstigkeitsprinzip gemäß § 4 Abs. 3 TVG im Rahmen der bisher vom BAG erkannten sektoralen Günstigkeit, d.h. durch den Vergleich der Sachgruppen und nicht des gesamten Rahmens.

Diese Möglichkeiten individualrechtlicher Vereinbarungen zwischen tarifgebundenen Arbeitgebern und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern über Abweichungen der Arbeitsbedingungen von den Tarifverträgen werden in der Praxis nicht immer deutlich genug gesehen oder sie sind nicht gewollt. Dies mag unternehmenspolitische oder andere Gründe haben. Jedoch hätte der Arbeitgeber in dem hier beschriebenen Beispielsfall schon in der Zeit der Geltung der Tarifverträge der Metallindustrie die Möglichkeit gehabt, durch Vereinbarungen mit den nicht Tarifgebundenen die Arbeitszeit zu erhöhen und ggfs. auch den Arbeitnehmern eine höhere Vergütung im Äquivalent von Leistung und Gegenleistung zu gewähren. Darüber hinaus hat der Arbeitgeber auch nach dem Tarifwechsel bei Anwendung der Tarifverträge des Groß- und Außenhandels die Möglichkeit, die Arbeitszeit durch Vereinbarungen mit den nicht Tarifgebundenen anders zu gestalten. Selbst wenn die Gewerkschaft IG Metall im Überleitungstarifvertrag die Beibehaltung der 35-Stundenwoche mit Erfolg eingefordert hätte, wäre es dem Arbeitgeber unbenommen gewesen, von dieser tariflich vorgegebenen Arbeitszeit mit Tarifgebundenen abzuweichen.

Diese Möglichkeiten können in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des 1. Senates des BAG (BAG v. 15.5.2007 – 1 ABR 32/06 – AP § 1 BetrVG 1972 – Gemeinsamer Betrieb Nr. 30 m. Anm. v. *Hoyningen-Huene*; sowie *Lehmann* unter www.arbeitsrecht.com) genutzt werden. Der Arbeitgeber hätte im Beispielsfall über die tariflich festgelegte Arbeitszeit hinaus mit allen interessierten nicht tarifgebundenen Mitarbeitern einzelvertraglich längere Arbeitszeiten vereinbaren können.

In dem vom 1. Senat des BAG entschiedenen Umfang hätten sich auch kein Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates ergeben, und zwar weder aus den § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG noch aus § 99 Abs. 1 und 2 BetrVG. Eine vertragliche Erhöhung der Wochenarbeitszeit mit tarifgebundenen Beschäftigten um fünf Stunden ist in der Regel nicht erheblich, so dass nicht einmal eine Neueinstellung vorliegt. Auch kann eine bereits bestehende Betriebsvereinbarung über flexible Arbeitszeiten, die nach dem Betriebsübergang durch § 613a BGB in das neue Arbeitsverhältnis transformiert wird, einen ausreichenden Rahmen bilden, um die Erhöhung ohne Veränderung der kollektiven oder ehemals kollektiven Regelung aufzufangen.

X. Empfehlung für die Unternehmenspraxis

1. Ein Tarifwechsel kann aus Sachgründen erforderlich sein. Es sind die kollektiven und die individualrechtlichen Ebenen getrennt zu betrachten.
2. Wenn ein Unternehmen feststellt, dass es aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages herausgewachsen ist, sollte es sich zeitnah für einen Tarifvertragwechsel entschließen und die Umsetzung vollziehen. Es besteht sonst das Risiko, dass das Unternehmen trotz des Herauswachsenden aus dem Geltungsbereich des bisherigen Tarifvertrags auch weiterhin arbeitsvertraglich an die nicht mehr geltenden Tarifverträge gebunden bleibt. Die entgegen der Erkenntnis des Arbeitgebers weiterhin praktizierte Anwendung der tarifrechtlich nach § 3 TVG nicht mehr geltenden Tarifverträge würde möglicherweise

cherweise aus der Sicht der Arbeitnehmer den Schluss und die Erwartung rechtfertigen, dass die fortgesetzte Handhabung des nicht mehr geltenden Tarifvertrags eine stillschweigende Erklärung des Arbeitgebers darstellt.

Die Folge wäre, dass dieser Tarifvertrag in Zukunft weiterhin anwendbar wäre. Dies erinnert an den vom BAG entschiedenen Fall, dass ein Unternehmen ohne Tarifgebundenheit des Arbeitgebers bestimmte Tarifverträge angewendet hat, dies erkennen konnte und später den Wechsel anstrebte. In diesem Fall war die Bezugnahme auf den jeweils maßgebenden Tarifvertrag individualrechtlich tarifwechselresistent.⁹ Möglicherweise hilft zur Vermeidung dieser rechtlichen Folge bei einer zunächst nur vorläufigen Erkenntnis des Arbeitgebers, dass der Geltungsbereich verlassen ist, im Hinblick auf weitere erforderliche Prüfungen zum Geltungsbereich eine Erklärung des Arbeitgebers an die Beschäftigten mit dem sinngemäßen Inhalt weiter, dass der Arbeitgeber die Tarifverträge unter dem Vorbehalt der Einigung mit dem Sozialpartner (Gewerkschaft und/oder Betriebsrat) weiter anwendet.

3. Für einen erfolgreichen Tarifvertragswechsel ist die Akzeptanz der Mitarbeiter und der Sozialpartner gefragt. Für die in ein anderes Unternehmen oder einen anderen Betrieb wechselnden Mitarbeiter sind vertrauensbildende Maßnahmen erforderlich, die wegen des Schutzes aus § 613 a BGB nicht materiell ausgestattet sein müssen. Dieser Schutz gilt vor allem dann, wenn nicht ein Betrieb oder Be-

triebsteil auf ein anderes Unternehmen übergeht. Geht nicht ein Betrieb, sondern ein ganzes Unternehmen auf einen neuen Gesellschafter oder mehrere neue Eigentümer über, so hat dies mit der Bestimmung des § 613 a BGB nichts zu tun. Die Notwendigkeit eines materiellen Ausgleichs bei Gesellschafterwechsel ist in der Regel nicht erforderlich.

Alles in allem gilt es, die Rechtslage zu kennen oder die Probleme zu erkennen und zu lösen.

Übrigens: Wenn sich die Sozialpartner über die Rechtsgrundlagen einig sind, dann können praktische Lösungen auch freiwillig ohne Berufung auf die Rechtslage gefunden werden!

// 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.



⁹ BAG, 25.10.2000 – 4 AZR 506/99 AP Nr. 13 § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

Dr. Martin Diller, RA, FAArbR

Anrechnung von Arbeitslosengeld auf Karenzentschädigung: Brutto oder Netto?

Um manche Probleme ist es jahrelang ruhig, dann kochen sie plötzlich wieder hoch. So ist es bei der Frage, ob das Arbeitslosengeld bei Anrechnung auf die Karenzentschädigung aus einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot (§§ 74, 74 c HGB) mit dem Netto- oder dem Bruttobetrag anzusetzen ist. Nachdem die Instanzgerichte dies unterschiedlich gesehen hatten, schien die Sache – vor 17 Jahren – mit dem Machtwort des BAG vom 27.11.1991 (4 AZR 211/91, AP Nr. 22 zu § 4 TVG Nachwirkung = BB 1992, 1559) beerdigt: Das BAG ließ nur die Anrechnung des Nettobetrag zu. Die Entscheidung wurde zwar kritisch hinterfragt (z. B. Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 4. Aufl. 2006, Rn. 536; Löwisch/Rieble, Anm. zu BAG AP Nr. 22 zu § 4 TVG Nachwirkung), Gerichtsentscheidungen zu dieser Frage sind danach jedoch lange Zeit nicht mehr bekannt geworden. Mittlerweile sind die Karten jedoch neu gemischt: Die besondere Anrechnungsvorschrift des § 128 a AFG, auf die sich das BAG damals gestützt hatte, gibt es nicht mehr. Und inzwischen sind auch wieder mehrere untergerichtliche Verfahren zu dieser Frage anhängig. Zuletzt hat das LAG München (14.8.2007 – 4 Sa 189/07; Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2008-1680-1 unter [www.betriebs-berater.de](#)) die BAG-Rechtsprechung zwar bestätigt, aber die Revision zugelassen. Das BAG (10 AZR 678/07) wird voraussichtlich im Herbst 2008 terminieren. Grund genug, sich die Frage noch einmal anzuschauen.

I. Generelle Anrechenbarkeit von Arbeitslosengeld auf Karenzentschädigung

Nach § 74 c HGB (der über § 110 GewO für alle Arbeitnehmer gilt) muss sich der Arbeitnehmer grundsätzlich dasjenige auf die Karenzentschädigung anrechnen lassen, was er „durch anderweite (sic) Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt“. Da das Arbeitslosengeld nicht für den Einsatz der Arbeitskraft bezahlt wird, sondern gerade für deren Brachliegen, war lange streitig, ob Arbeitslosengeld nach § 74 c HGB anrechenbar sei. Als § 74 c HGB im Jahr 1914 ins HGB eingefügt wurde, gab es noch kein Arbeitslosengeld. Der langjährige Streit wurde durch Urteil des BAG vom 25.6.1985¹ im Sinne einer Anrechenbarkeit entschieden. § 74 c HGB sei zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen (Besserstellung von Arbeitslosen gegenüber Arbeitnehmern, die eine konkurrenzfreie Tätigkeit aufnehmen) entsprechend anwendbar. Später wurde die Anrechenbarkeit von Arbeitslosengeld ausdrücklich in § 128 a Abs. 1 Satz 3 AFG sowie der Nachfolgeregelung § 148 Abs. 1 Satz 2 SGB III verankert. Dies geschah als Ausgleich dafür, dass §§ 128 a AFG/148 SGB III den Arbeitgeber zur Erstattung des Arbeits-

¹ AP Nr. 11 zu § 74 c HGB