



Oswald Pöhr

**Ablösung, Änderung, Anpassung –
Die Möglichkeiten des Erwerbers
zur Schaffung einheitlicher
Arbeitsbedingungen nach einem
Betriebsübergang**

A.) Einleitung

1.) Thematische Eingrenzung und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 BGB. Ein Betriebs(teil)übergang wird tatbestandlich vorausgesetzt. Aufgezeigt werden Gestaltungserfordernisse und Handlungsmöglichkeiten des Erwerbers, die sich aufgrund der gesetzlich angeordneten Einzelrechtsnachfolge und der Fortgeltung vertraglicher und kollektiver Regelungsinhalte aus dem System des § 613a Abs. 1 BGB ergeben. Die zentrale Fragestellung ist dabei, ob, wie und in welchem Umfang der Erwerber einheitliche Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang schaffen kann. Außen vor bleiben die freiwillige Rechtsnachfolge durch Vertragsbeitritt oder Vertragsübernahme seitens des Erwerbers und Fragen der Gesamtrechtsnachfolge i.S.d. UmwG. Die Bearbeitung ist aus kollektivrechtlicher Sicht auf die Fortgeltung tariflicher Normen begrenzt, das Schicksal von fortgeltenden Betriebsvereinbarungen wird nicht behandelt. Zunächst werden die tarifgebundenen Arbeitnehmer betrachtet. In Bezug auf diese Gruppe werden zuerst die kollektivrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Erwerbers nach §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB (B1) untersucht. Im Anschluss folgen die individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach §§ 613a Abs. 1 S. 4 Alt. 1, 2 BGB (B2 und B3) und zuletzt die vertragliche Fortgeltungsproblematik der Bezugnahmeklauseln, § 613a Abs. 1 S. 1 BGB (B4). Danach wird die Gruppe der Außenseiter bezüglich der Gestaltungsoptionen des Erwerbers behandelt (C). Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefasst, bewertet (D) und abschließend eingeordnet (E).

2.) Thematische Hinführung und Problemstellung

Das Recht des Betriebsüberganges nach § 613a BGB gehört zu den umstrittensten Themenbereichen des Arbeitsrechts. Dies gilt sowohl für den Tatbestand als auch für die Rechtsfolgen der Norm. Die Rechtsfolgen ergeben sich aus §§ 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB. Diese Regelungen wurden im Jahre 1980 in das BGB eingefügt und sind gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs. Sie dienen der Umsetzung der Richtlinie 77/187/EWG, die heute in der Betriebsübergangsrichtlinie RL 2001/23/EG fortgilt. Gemeinsam mit § 613a Abs. 1 S. 1 BGB regeln sie das Schicksal

vertraglicher Vereinbarungen und die Fortgeltung kollektivrechtlicher Normen im Verhältnis des Veräußerers zu dem Erwerber und den übernommenen Arbeitnehmern nach Betriebsübergang. Hierbei sind nicht nur die rechtlichen Voraussetzungen der einzelnen, in systematischem Zusammenhang zueinander stehenden Sätze des § 613a Abs. 1 BGB umstritten, sondern auch ihr Verhältnis zueinander im Konkurrenz- bzw. Kollisionsfall. Diese Ausgangslage macht deutlich, welche Schwierigkeiten sich für einen wenig rechtserfahrenen Erwerber als Rechtsanwender ergeben, der sich zur Beurteilung der Rechtslage nach Betriebsübergang allein am Wortlaut des § 613a Abs. 1 BGB orientiert.¹ Es verwundert daher nicht, wenn § 613a BGB, auf dem die Transaktionspraxis bei Betriebsübergängen beruht², schon als „Wirtschaftsbremse“ und „Job-Killer“ bezeichnet worden ist.³ Die Komplexität des § 613a Abs. 1 BGB zeigt sich aber vor allem dann, wenn es dem Erwerber nach Betriebsübergang darum geht, für die bereits bei ihm beschäftigten und neu hinzugekommenen Arbeitnehmer einheitliche Arbeitsbedingungen zu schaffen. Ob und inwieweit er dabei die übernommenen vertraglichen Vereinbarungen und die eventuell fortgeltenden kollektivrechtlichen Regelungen des Veräußerers verändern, durch eigene Regelungen ablösen oder an die Vorgaben in seinem Betrieb anpassen kann, hängt von einer Vielzahl unterschiedlicher Faktoren ab. Dabei spielt aus Sicht des Erwerbers einmal die Tarifbindung des Veräußerers eine Rolle. Denkbar ist auch, dass der Erwerber selbst an Tarifverträge und eigene Betriebsvereinbarungen als Kollektivregelungen gebunden ist, die als solche Geltung beanspruchen. Hinzu kommt der vertragliche Regelungsinhalt der Arbeitsverhältnisse der von dem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer. Entscheidend ist aus Erwerbersicht jedoch zunächst die Unterscheidung zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern, weil die Normstruktur des §§ 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB nur für tarifgebundene Arbeitnehmer gilt.⁴

1 *Simon*, in: FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, S. 161, 167.

2 Die aus wirtschaftlicher Sicht „große Bedeutung“ des § 613a BGB in diesem Zusammenhang betont *Simon*, a.a.O., S. 161.

3 *Schiefer*, DB 2003, 390; *Schiefer/Plogge*, NJW 2003, 3734, 3739; in diese Richtung auch *Melms*, NZA 2002, 296, 297 und *Prange*, NZA 2002, 818, 819, 821.

4 *Dreher*, in: BDH, § 613a Rdnr. 288, 306; *Willemsen/Müller-Bonanni*, in: HWK, § 613a BGB Rdnr. 263, 268; *Moll*, RdA 1996, 275, 285.

B.) Rechtslage und Gestaltungsmöglichkeiten des Erwerbers bei tarifgebundenen Arbeitnehmern

Die Normstruktur des § 613a Abs. 1 BGB unterscheidet in dem ausschließlich für tarifgebundene Arbeitnehmer anwendbaren Teil (Sätze 2–4) zwischen Gestaltungsmöglichkeiten in kollektivrechtlicher (Sätze 2 und 3) und individualvertraglicher (Sätze 2 und 4) Hinsicht.

1.) Die Ablösung tariflicher Normen durch Kollektivrecht des Erwerbers nach §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB

Die §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB enthalten als kollektivrechtliche Gestaltungsmöglichkeit die so genannte „Ablösung“. Darunter wird die Ersetzung der Tarifregelungen des Veräußerers nach Betriebsübergang durch eigene Kollektivregelungen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) des Erwerbers verstanden.⁵ Entscheidend ist, dass § 613a Abs. 1 S. 2 BGB „nicht gilt“, wenn es zu einer Ersetzung nach S. 3 kommt. Die Möglichkeiten des Erwerbers zur kollektivrechtlichen Gestaltung hängen somit von dem systematischen Zusammenspiel der Sätze 2 und 3 ab.

a.) Regelungsmechanismus und Teleologie der §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB

Der Regelungsmechanismus der §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB ist Ausdruck eines Ausgleichs kollidierender Interessen.⁶ Zum einen schützt § 613a Abs. 1 S. 2 BGB die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs

5 *Gaul*, Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, S. 830 ff. Rdnr. 38 ff., S. 842 ff. Rdnr. 58 ff., s. auch *Oetker*, in: Wiedemann, § 3 Rdnr. 250, 251.

6 *Pfeiffer*, in: KR, § 613a BGB Rdnr. 169; so jetzt auch ausdrücklich der EuGH, EuGH v. 18.07.2013 – Rs. C-426/11 (*Alemo-Herron et. al. ./.* Parkwood Leisure Ltd.) – BB 2013, 2483.

bestanden haben und auf den Erwerber als neuen Arbeitgeber übergehen.⁷ Die Rechte und Mindestarbeitsbedingungen, die sich für sie bislang aus dem Veräußerertarifvertrag ergeben haben, sollen ihnen ungeachtet bestehender Kollektivregelungen bei dem Erwerber zumindest innerhalb der einjährigen Veränderungs-sperre des S. 2 erhalten bleiben (Bestandsschutz).⁸ Die Rechte und Mindestarbeitsbedingungen gehen dabei ihrem Inhalt und Umfang nach so über, wie sie bei dem Veräußerer zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestanden haben (Prinzip des statischen Übergangs).⁹ Eine direkt in den tariflichen Regelungen angelegte Dynamik, wie etwa in Form einer bereits festgelegten Entgeltstufentarifregelung, bleibt aber zu Gunsten der Arbeitnehmer erhalten, was nach Betriebsübergang noch zu Veränderungen führen kann.¹⁰ Nachträgliche sowie andere inhaltliche Änderungen oder erst nach Betriebsübergang in Kraft getretene Neuerungen des Veräußerertarifvertrages bleiben dagegen unberücksichtigt.¹¹ Zum anderen soll der Erwerber über § 613a Abs. 1 S. 3 BGB die bei ihm geltenden Arbeitsbedingungen vereinheitlichen können, indem er eigenes Kollektivrecht schon vor Ablauf der Veränderungssperre auch auf die übergehenden Arbeitsverhältnisse und Arbeitnehmer anwendet (Schutz des Einheitlichkeitsinteresses).¹² Primär bezweckt S. 2 damit den Arbeitnehmerschutz. Der Arbeitnehmerschutz kann aber auf einer sekundären Ebene zu Gunsten des Erwerbers zurücktreten, indem dieser einheitlich eigenes Kollektivrecht anwenden kann und zwar auch dann, wenn die eigene Kollektivregelung für die von dem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer ungünstiger ist.¹³

Dieser Regelungsmechanismus wurde bislang mit der individualrechtlichen Transformationstheorie erklärt.¹⁴ Danach findet eine Transformation von Tarifinhalt zu „individualrechtlichem Inhalt des Arbeitsverhältnisses“ statt, wenn die Tarifregelungen nach Betriebsübergang nicht i.S.d. §§ 3 ff. TVG normativ weiter gelten. Dadurch bleiben den Arbeitnehmern die erworbenen tariflichen Rechte

7 *Ascheid*, in: Schliemann, § 613a Rdnr. 3.

8 Statt vieler *Edenfeld*, in: Erman, § 613a BGB Rdnr. 83.

9 BAG v. 23.02.2011 – 4 AZR 439/09 – NZA-RR 2012, 253, 256; BAG v. 21.04.2010 – 4 AZR 768/08 – ArbuR 2010, 444.

10 BAG v. 14.11.2007 – 4 AZR 828/06 – NZA 2008, 420, 421

11 BAG v. 16.05.2012 – 4 AZR 321/10 – ZTR 2012, 528; BAG v. 19.09.2007 – 4 AZR 711/06 – NZA 2008, 241, 243.

12 BT-Drucks. 8/3317 S. 7, 11; *Lambrich*, in: FS Ehmann, S. 169, 173.

13 *Lambrich*, a.a.O.

14 Vgl. nur BAG v. 13.03.2012 – 1 AZR 659/10 – NZA 2012, 990, 991; BAG v. 14.08.2001 – 1 AZR 619/00 – NZA 2002, 276, 279.

auf individualrechtlicher Basis erhalten.¹⁵ Dabei blieb zunächst unklar, ob damit eine (arbeits-)vertragliche¹⁶ oder eine an dem kollektivrechtlichen Ursprung der Tarifnormen orientierte, beschränkt normative Fortgeltung¹⁷ gemeint ist.¹⁸ Ganz überwiegend wurde eine Transformation der tariflichen Regelungen in den Arbeitsvertrag und somit eine rein schuldrechtliche Fortgeltung angenommen.¹⁹ Im Fall der beschränkt normativen Fortgeltung wird kraft gesetzlicher Anordnung beschränkt auf die Zeitdauer eines Jahres (Veränderungssperre des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB) aus Gründen des Besitzstandsschutzes eine individualrechtliche Fortgeltung der erworbenen tariflichen Rechte angeordnet. Dabei werden die Inhalte des Arbeitsvertrages nicht ersetzt, sondern überlagert.²⁰ Bestehen jedoch originäre Kollektivregelungen des Erwerbers, die sich inhaltlich mit den individualrechtlich fortwirkenden Tarifnormen überschneiden, dann sollen die originären Regelungen vorrangig anzuwenden sein, weil sie höherrangig sind.²¹ Nur die Erwerberregelung ist dann zwingender und gleichzeitig originärer Ausdruck eines kollektiven Interessenausgleichs. Ihre Höherrangigkeit besteht erst recht, wenn eine Transformation in vertragliche Inhalte angenommen wird. Dies rechtfertigt es in beiden Fällen, dass die Erwerberregelung auch dann zur Anwendung gelangt, wenn sie ungünstiger ist.²²

Dieser Regelungsmechanismus der §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB wird durch die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht infrage gestellt. Der 4. Senat²³ legt § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nunmehr als Fortgeltungsanordnung aus, durch die die Tarifregelungen im Falle des Betriebsübergangs ihren kollektivrechtlichen Charakter behalten. Damit soll der Günstigkeitsvergleich im Verhältnis zu § 613a Abs. 1 S. 1 BGB erhalten bleiben.²⁴ Der Regelungsmechanismus der §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB selbst wird dadurch aber nicht verändert. Der 4. Senat betont, dass

15 BAG v. 18.11.2003 – 1 AZR 604/02 – NZA 2004, 803, 805.

16 *Oetker*, in: Wiedemann, § 3 Rdnr. 202.

17 *Kreutz*, in: GK, § 77 Rdnr. 236; *Kreutz*, in: FS BAG, S. 993, 998, 999.

18 *Reichold*, SAE 7/2002, 263, 269; der 4. Senat verwendete beide Begrifflichkeiten trotz rechtssystematischer Unterschiede in seiner ersten hierzu ergangenen Entscheidung v. 13.11.1985 – 4 AZR 309/84 – NZA 1986, 422, 423 noch synonym.

19 S. nur BAG v. 18.11.2003 – 1 AZR 604/02 – NZA 2004, 803, 805; *Hauck*, in: FS Richardi, S. 537, 543; *Hattesen*, in: Leinemann, Abschn. 6.7 Rdnr. 182.

20 *Heinze* DB 1998, 1861, 1862, 1864.

21 St. Rspr., vgl. BAG v. 14.08.2001 – 1 AZR 619/00 – NZA 2002, 276, 279.

22 *Pfeiffer*, in: KR, § 613 BGB Rdnr. 169.

23 BAG v. 22.04.2009 – 4 AZR 100/08 – NZA 2010, 41 ff.

24 BAG a.a.O., Randziffern 29–33; *Hohenstatt*, NZA 2010, 23, 24.

die §§ 613a Abs. 1 S 2–4 BGB in erster Linie die kollektivrechtlich begründeten Mindestarbeitsbedingungen schützen wollen. Die grundsätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Erwerbers über S. 3 werden dadurch nicht beschnitten und der Interessenausgleich der §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB nicht verändert, wonach für den Fall der kollektivrechtlichen Ablösung nicht das Günstigkeits-, sondern das Ablösungsprinzip gilt.²⁵ Das bisherige systematische Verständnis der §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB verändert sich dadurch nicht.

b.) Der Tatbestand der Ablösung nach §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB

Die kollektivrechtliche Ablösung i.S.d. §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB setzt voraus, dass der Veräußerer und die betroffenen Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Betriebsübergangs selbst kongruent und normativ tarifgebunden waren.²⁶ Nur dann werden „Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses“ i.S.d. S. 2 durch einen Tarifvertrag kollektivrechtlich „geregelt“.²⁷ § 613a Abs. 1 S. 2 BGB erfasst aber auch nach § 4 Abs. 5 TVG bei dem Veräußerer nachwirkende Tarifverträge.²⁸ Bestandsschutzgewährende Rechte und Arbeitsbedingungen werden auch in diesem Fall nach wie vor durch kollektivrechtliche Regelungen unmittelbar bestimmt.²⁹ Diesen kommt jedoch keine zwingende Wirkung mehr zu, weshalb sie nur dispositiv fort gelten.³⁰ Schon jetzt kann eine individualrechtliche Ablösung nach § 613a Abs. 1 S. 4 Alt.1 BGB erfolgen, die Veränderungssperre des S. 2 gilt hier nicht mehr.³¹ Der gesetzlich vorgesehene Anwendungsfall der Sätze 2 und 3 ist somit derjenige, in dem die Tarifregelungen des Veräußerers im Zeitpunkt des Betriebsübergangs normativ gegolten haben.³² §§ 613a Abs. 1 S. 2, 3 BGB gelten aber nicht, wenn die Regelungen des Veräußerertarifvertrages ausschließlich aufgrund einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel oder arbeitsvertraglichen

25 *Hohenstatt*, NZA 2010, 23, 24.

26 BAG v. 16.05.2012 – 4 AZR 321/10 – NZA 2012, 923, 924; *Skuderis*, Weitergeltung, S. 174.; *Waltermann*, § 19 Rdnr. 414.

27 *Hohenstatt*, in: WHSSS, Abschn. E Rdnr. 116.

28 *Hohenstatt*, in: WHSSS, Abschn. E Rdnr. 118.

29 *Willemsen/Müller-Bonanni*, in: HWK, § 613a BGB Rdnr. 263.

30 *Löwisch/Rieble*, § 3Rdnr. 382.

31 *Oetker*, in: Wiedemann, § 3 Rdnr. 259; *Heinze*, in: FS Schaub, 275, 280.

32 *Döring/Grau*, BB 2009, 158, 159.

Einheitsregelung anwendbar waren.³³ Der Erwerber tritt hier schon nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein. Er schuldet dann allein aufgrund vertraglicher Verpflichtung die Erfüllung der sich kraft der Bezugnahme auf den Veräußerertarifvertrag ergebenden Ansprüche.³⁴ Der Erwerber hat nur dann die Möglichkeit einer Ablösung durch eine eigene, originär geltende Kollektivregelung, wenn auch vor Betriebsübergang eine originär geltende Kollektivregelung auf Veräußererseite bestanden hat. Eine rein individuell-vertragliche Ablösung ist hiervon nicht erfasst.³⁵

c.) Kollektivrechtliche Ablösung durch Erwerberbetriebsvereinbarung

Dem natürlichen Sprachverständnis folgend ist von § 613a Abs. 1 S. 3 BGB auch eine Erwerberbetriebsvereinbarung als ablösungsfähige Kollektivvereinbarung erfasst. Dies gilt unbestritten jedenfalls für den Fall der Ablösung einer Betriebsvereinbarung (des Veräußerers) durch eine andere (des Erwerbers).³⁶

aa.) Die Problematik der Überkreuz-Ablösung

Umstritten ist dagegen, ob die Ablösung von Tarifregelungen durch eine Erwerberbetriebsvereinbarung zur Herstellung einheitlicher Arbeitsbedingungen in Betracht kommt (sog. Überkreuz-Ablösung).³⁷

(1) Wortlaut des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB

§ 613a Abs. 1 S. 2 BGB gilt nach dem Wortlaut des S. 3 nicht, wenn „die Rechte und Pflichten [des übergehenden Arbeitsverhältnisses, Anm. d. Verf.] bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrages oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden“. Allein diese sprachliche Fassung schließt nach einer Ansicht die Überkreuz-Ablösung schon aus.³⁸ Zu einer Ablösung könne es nur

33 *Willemsen/Müller-Bonanni*, in: HWK, § 613a BGB Rdnr. 263.

34 *Preis*, in: ErfK, § 613a BGB Rdnr. 111, 127.

35 *Edenfeld*, in: Erman, § 613a BGB Rdnr. 89.

36 BAG v. 13.03.2012 – 1 AZR 659/10 – NZA 2012, 990, 991, 992.

37 BAG v. 21.04.2010 – 4 AZR 768/08 – ArbUR 2010, 444; BAG v. 22.03.2005 – 1 ABR – NZA 2006, 383, 388; *Hergenröder*, in: ZLH, § 21, S. 250.

38 *Annufß*, in: v. Staudinger, § 613a Rdnr. 221.