

# DAS GÜNSTIGKEITSPRINZIP UND DAS VORRANGPRINZIP BEIM BETRIEBSÜBERGANG

von Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Heiko Peter Krenz, Berlin

In der jüngeren Vergangenheit gab es wichtige Rechtsprechungsänderungen zu Gunsten von Arbeitnehmern bei Betriebsübergängen. Das betrifft vor allem das hier behandelte Thema des Schicksals tariflicher Ansprüche nach einem Betriebsübergang. Mit diesem Aufsatz soll noch ein Schritt weitergegangen und aufgezeigt werden, dass die Fortgeltung von Tarifvertragsregelungen weiter zu fassen ist, als bisher angenommen.

## I. Betriebsübergänge bei Privatisierungen

Die Problemstellungen im Zusammenhang mit Betriebsübergängen werden vor allem bei Privatisierungen relevant. Dabei wird eine öffentlich-rechtliche Einrichtung in eine private Trägerschaft überführt. In den meisten Fällen wird eine Privatisierung entweder durch eine Veräußerung einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung an einen privatrechtlichen Erwerber oder durch eine Ausgliederung der Einrichtung in der Regel in eine GmbH (§§ 168, 324 UmwG) umgesetzt. Infolge der damit verbundenen Übertragung eines Betriebes oder eines Betriebsteils auf einen anderen Rechtsträger kommt es zu einem Betriebsübergang.[1] Obwohl die Begriffe Betrieb und Betriebsteil dem öffentlichen Dienstrecht fremd sind, findet § 613 a BGB nach allgemeiner Auffassung auf die Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Einrichtungen Anwendung.[2] Kommt es zu einem Betriebsübergang, gehen die Arbeitsverhältnisse sämtlicher vom Betriebsübergang betroffener Arbeitnehmer auf den neuen Rechtsträger über (§ 613 a Abs. 1 S. 1 BGB).[3]

## II. Fortgeltung von Tarifvertragsregelungen bei Betriebsübergängen

Privatisierungen und damit Betriebsübergänge haben weitgehende Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse der Beschäftigten, und zwar auf den weiteren Bestand der Arbeitsverträge, Dienstvereinbarungen und Tarifverträge. Da die Arbeitsbedingungen in öffentlichen Einrichtungen im Wesentlichen durch Tarifverträge ausgestaltet sind, werden vorliegend die Auswirkungen von Betriebsübergängen auf tarifvertragliche Regelungen untersucht. Zum besseren Verständnis wird zunächst das Grundprinzip der (Weiter-)Geltung der Tarifverträge nach einem Betriebsübergang dargestellt.

### 1. Transformation der Tarifvertragsregelungen in den Arbeitsvertrag (§ 613 a Abs. 1 S. 2 BGB)

Ausgangsvorschrift für die Auswirkungen von Privatisierungen auf Tarifverträge ist die sog. Transformationsregel des Betriebsübergangs in § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB, in der es wie folgt heißt:

#### **»§ 613a BGB Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang**

(1) (...) 2 Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. (...)

Grundsätzliche Voraussetzung für die Geltung von Tarifverträgen ist, dass beide Parteien des Arbeitsverhältnisses zur Zeit des Betriebsübergangs tarifgebunden sind, d.h. der Arbeitnehmer muss Gewerkschaftsmitglied sein und der Arbeitgeber entweder als Mitglied eines Arbeitgeberverbandes an den Verbandstarifvertrag oder aufgrund eines Haustarifvertrages an einen Tarifvertrag gebunden sein (sog. Tarifwirkung, § 4 Abs. 1 S. 1 TVG).[4]

Ändert sich die Sachlage aufgrund des Betriebsübergangs in der Hinsicht, dass der neue (private) Rechtsträger anders als der Dienstherr an keinen Tarifvertrag gebunden ist, entfällt die beiderseitige Tarifgebundenheit und es entsteht eine Regelungslücke. Diese Lücke wird durch § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB gefüllt, indem die bisherigen tariflichen Regelungen zu Bestandteilen des Einzelarbeitsvertrags werden. Das gilt auch für den Fall, dass der private Rechtsträger mit anderen Gewerkschaften Tarifverträge abgeschlossen hat, da in diesen Fällen keine überstimmende (kongruente) Tarifgebundenheit besteht.[5]

Praxisbeispiel:

Der Beschäftigte ist Mitglied bei ver.di, die mit dem Arbeitgeberverband, in dem der öffentliche Dienstherr Mitglied ist, einen Tarifvertrag abgeschlossen hat. Die öffentliche Einrichtung wird im Wege einer Privatisierung auf einen privaten Rechtsträger übertragen, bei dem kein Tarifvertrag zur Anwendung kommt. In diesem Fall wirken die bisher kraft Tarifwirkung gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 TVG geltenden Bestimmungen für den Arbeitnehmer als Bestandteile des Arbeitsvertrages weiter fort (§ 613 a Abs. 1 S. 2 BGB).

Diese Konstellation ist bei Privatisierungen die Regel: Der Bestandsschutz von Tarifverträgen wird durch eine individualrechtliche Transformation der bestehenden tariflichen Regelungen in die Arbeitsverhältnisse der übergehenden Arbeitnehmer sichergestellt.[6]

## **2. Weitergeltung der Tarifvertragsregelungen infolge einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel auf die Tarifverträge (§ 613 a Abs. 1 S. 1 BGB)**

Da nicht alle Beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder sind, kann § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB auf diese Arbeitnehmer keine Anwendung finden. Regelmäßig enthalten die in öffentlichen Einrichtungen zur Anwendung kommenden Arbeitsverträge jedoch sog. arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln. Mit Hilfe von Bezugnahmeklauseln wird die Anwendung von Tarifverträgen arbeitsvertraglich vereinbart, wodurch eine einheitliche Anwendung der Tarifverträge sowohl auf organisierte als auch auf nicht tarifgebundene Beschäftigte sichergestellt wird.

Eine solche **Bezugnahmeklausel** lautet z.B. wie folgt:

»Auf das Arbeitsverhältnis findet der XYZ-Tarifvertrag und die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge Anwendung.«

Da die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag im Zuge eines Betriebsübergangs unverändert auf den neuen Rechtsträger übergehen, gelten die arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln und damit die Tarifverträge über die Grundregelung des Betriebsübergangs von § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB weiter fort. Die hierfür maßgebliche Regelung von § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB lautet wie folgt:

### »§ 613a BGB Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang

(1) 1 Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.  
(...)«

### III. Statische Weitergeltung von Tarifvertragsregelungen oder Tarifiedynamik

Die bei Betriebsübergängen entscheidende Frage ist schließlich, ob die übergehenden Arbeitnehmer auch noch nach der Privatisierung in den Genuss künftiger Tarifvertragsänderungen kommen (sog. Tarifiedynamik) oder ob die Tarifvertragsbedingungen zum Übergangsstichtag »eingefroren« werden und somit nur noch statisch weitergelten. Kommt es für die Beschäftigten nur zu einer statischen Anwendung, entsteht für sie ein großes Folgeproblem: Tarifliche Entgelterhöhungen werden an diese Arbeitnehmer nicht mehr weitergereicht! Das tarifliche Gehalt bleibt dadurch dauerhaft gleich! Die Frage nach dem Bestehen einer Tarifiedynamik ist daher für die zukünftige Entwicklung der Arbeitsbedingungen von allerhöchster Bedeutung.

Hierbei sind folgende Fälle zu unterscheiden:

#### 1. Statische Weitergeltung von Tarifverträgen nach der Privatisierung

Die gesetzlichen Bestimmungen sehen vor, dass Tarifverträge mit dem Betriebsübergang zum Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwischen den gewerkschaftlich organisierten Beschäftigten und dem neuen Träger werden, sofern sie nicht kollektiv-rechtlich weiter gelten (§ 613 a Abs. 1 S. 2 BGB). Entsprechend des Gesetzeswortlautes gelten allerdings nur die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits bestehenden Tarifverträge weiter fort. Infolge dessen gelten Tarifverträge nach dem Betriebsübergang nicht mehr dynamisch, sondern nur noch statisch weiter, d.h., es gilt nach gegenwärtiger Rechtsprechung dauerhaft der Tarifzustand, wie er zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestand. Tarifentwicklungen müssen von dem neuen Träger daher nicht weitergereicht werden.[7]

#### 2. Tarifiedynamik durch (dynamische) Bezugnahmeklauseln

Diese Rechtsfolge galt nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch dann, wenn die Beschäftigten nicht tarifgebunden waren, sondern die Tarifverträge über eine dynamische Bezugnahmeklausel Anwendung fanden. Um dynamische Bezugnahmeklauseln handelt es sich, wenn nicht nur auf einen bestimmten Tarifvertrag Bezug genommen wird, sondern auch auf die den Tarifvertrag ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge.[8] Bezugnahmeklauseln wurden als sog. Gleichstellungsabrede ausgelegt, nach der beim Betriebsübergang nur das gilt, was auch im Falle einer beidseitigen Tarifbindung gelten würde.[9] Künftige Tarifierhöhungen mussten nach einer Privatisierung somit bislang weder an tarifgebundene noch an nicht organisierte Mitarbeiter weitergegeben werden.

Mittlerweile hat das Bundesarbeitsgericht jedoch seine Rechtsprechung zugunsten der Arbeitnehmer geändert. Nach aktueller Rechtsprechung ist für die Frage, ob es für Mitarbeiter, deren Arbeitsvertrag eine Bezugnahmeklausel enthält, zu einer Tarifiedynamik kommt, entscheidend, wann der Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde:

Für alle Arbeitsverhältnisse, die **vor dem 1.1.2002** abgeschlossen wurden, hat sich nichts geändert. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt es weiterhin nicht zu einer Tarifynamik. Nach der gesetzlichen Regelung zum Betriebsübergang gilt dauerhaft der Tarifzustand, wie er zum Zeitpunkt der Privatisierung bestand.[10] Das gilt auch für die Fälle, in denen im Arbeitsvertrag die Übernahme künftiger Tarifverträge ausdrücklich vorgesehen ist. Dynamische Bezugnahmeklauseln werden weiterhin als sog. Gleichstellungsabrede ausgelegt.[11]

Nach Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14.12.2005, 18.4.2007 und vom 29.8.2007 gilt das infolge des In-Kraft-Tretens der Schuldrechtsreform jedoch nicht mehr für Arbeitsverträge mit dynamischen Bezugnahmeklauseln, die **ab dem 1.1.2002** abgeschlossen wurden.[12] Dynamische Bezugnahmeklauseln sollen zukünftig auch nach einem Betriebsübergang wörtlich angewendet werden, weil derartige Klauseln die Übernahme zukünftiger Tarifverträge ausdrücklich vorsehen. Für diese Beschäftigten kommt es somit zu einer Tarifynamik!

### **3. Tarifynamik durch das Günstigkeitsprinzip oder durch das Vorrangsprinzip**

Soweit ersichtlich hat bislang noch keine Berücksichtigung gefunden, dass in der Regel sämtliche Arbeitsverträge öffentlicher Einrichtungen dynamische Bezugnahmeklauseln enthalten, ohne dass dabei nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit differenziert wird. Das bedeutet, dass auch die Arbeitsverträge von Gewerkschaftsmitgliedern Bezugnahmeklauseln enthalten. Auf der einen Seite sieht § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB somit eine statische Weitergeltung der Tarifvertragsregelungen vor. Auf der anderen Seite gilt jedoch auch für tarifgebundene Beschäftigte nach dem Betriebsübergang die in den Arbeitsverträgen enthaltene Bezugnahmeklausel (§ 613 a Abs. 1 S. 1 BGB). Diese Kollision zweier Regelungen ist zwingend aufzulösen.

#### **(1) Tarifynamik durch das Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG)**

Insoweit liegt es nahe, das sog. Günstigkeitsprinzip nach § 4 Abs. 3 TVG heranzuziehen. Bei dem Günstigkeitsprinzip handelt es sich um ein allgemeines Rechtsprinzip des Arbeitsrechts für das Verhältnis von Regelungen auf verschiedenen Regelungsstufen. Das Günstigkeitsprinzip sieht vor, dass Abweichungen vom Tarifvertrag zulässig sind, sofern die Arbeitnehmer durch die dann geltenden Regelungen besser gestellt werden.[13] Da vorliegend die dynamische arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel nicht mit einer Tarifregelung, sondern mit einer transformierten, ehemaligen Tarifregelung kollidiert, müsste das Günstigkeitsprinzip analog (entsprechend) angewendet werden. Eine analoge Anwendung des Günstigkeitsprinzips kommt dann in Betracht, wenn keine vorrangige gesetzliche Regelung besteht.[14] Das hätte zur Folge, dass die Tarifverträge nach einer Privatisierung auch für Gewerkschaftsmitglieder nicht statisch, sondern infolge der Anwendung der günstigeren dynamischen Bezugnahmeklauseln dynamisch weiter gelten würden!

Mit dieser Thematik hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht auseinandergesetzt. Das Bundesarbeitsgericht hat lediglich in verschiedenen Entscheidungen das Günstigkeitsprinzip bei Betriebsübergängen angewendet. In einem dieser Fälle ging es darum, dass eine Arbeitnehmerin auf einen neuen Rechtsträger übergeleitet wurde, bei dem ein allgemein verbindlicher Tarifvertrag zur Anwendung kam. Da der Arbeitsvertrag der Arbeitnehmerin eine Bezugnahmeklausel auf den vor dem Betriebsübergang zur Anwendung kommenden, günstigeren Tarifvertrag enthielt, räumte das Bundesarbeitsgericht den

Normen dieses Tarifvertrags den Vorrang ein und begründete das mit der Anwendbarkeit des Günstigkeitsprinzips.[15]

## (2) Tarfdynamik durch das Vorrangsprinzip

In der vorliegenden Konstellation kommt es dagegen zu einer Kollision zwischen einer arbeitsvertraglichen (dynamischen) Bezugnahme Klausel und den in das Arbeitsverhältnis transformierten (statischen) Tarifvertragsregelungen. Im Ergebnis stehen sich daher zwei Arbeitsvertragsregelungen, nämlich die Bezugnahme Klausel und die individualrechtlich transformierten tariflichen Regelungen, gegenüber. Fraglich ist, wie eine solche gleichrangige Kollision aufgelöst wird. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 29.8.2007 hierzu ausgeführt: [16]

*»Die Sätze 2 bis 4 des § 613a Abs. 1 BGB enthalten eine von Satz 1 abweichende Sonderregelung für die Weitergeltung von Kollektivvereinbarungen (Tarifvertrag und/oder Betriebsvereinbarung) nach einem Betriebsübergang. Die Regelung ist erforderlich, weil Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags sind, sondern von außen auf Grund beiderseitiger Tarifgebundenheit auf das Arbeitsverhältnis einwirken. Wenn der Tarifvertrag jedoch kraft einzelvertraglicher Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsveräußerer anwendbar war, gilt sein Inhalt nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nach dem Betriebsübergang als Individualvertragsrecht unverändert weiter. (...)«*

Dementsprechend stellen die arbeitsvertraglichen dynamischen Bezugnahme Klauseln gem. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB die Grundregelung dar und haben Vorrang vor der Sonderregelung einer individualrechtlichen Transformation der Tarifvertragsregelungen. Somit kommt es auch für tarifgebundene Beschäftigte zu einer Tarfdynamik, die sich aus der dynamischen Bezugnahme Klausel ableitet. Dadurch, dass diese Rechtsfolge bereits aus § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB ergibt, besteht für eine analoge Anwendung des Günstigkeitsprinzips kein Raum.

Die Tarfdynamik findet allerdings nur auf Arbeitnehmer Anwendung – unerheblich, ob tarifgebunden oder nicht -, die ab dem 1.1.2002 einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, in dem eine dynamische Bezugnahme Klausel enthalten ist. Das Bundesarbeitsgericht erkennt die über dynamische Bezugnahme Klauseln vermittelte Tarfdynamik erst ab diesem Zeitpunkt an.[17]

## IV. Ergebnis

Die Regelungen zum Betriebsübergang spielen insbesondere bei Privatisierungen eine wichtige Rolle. Sofern beim neuen Rechtsträger keine übereinstimmenden Tarifverträge bestehen, gelten die Tarifvertragsregelungen entweder im Wege der individualrechtlichen Transformation oder im Wege von arbeitsvertraglich vereinbarten Bezugnahme Klauseln weiter.

Für Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnisse vor dem 1.1.2002 abgeschlossen wurden, gelten die Tarifvertragsregelungen nur statisch weiter. Für Beschäftigte, deren Arbeitsverhältnisse nach dem 1.1.2002 abgeschlossen wurden und in denen eine dynamische Bezugnahme Klausel enthalten ist – unerheblich, ob tarifgebunden oder nicht -, kommt es zu einer Tarfdynamik. Die arbeitsvertraglichen dynamischen Bezugnahme Klauseln haben als Grundregelung Vorrang vor der Sonderregelung einer individualrechtlichen

Transformation der Tarifvertragsregelungen. Zu einer statischen Fortgeltung der Tarifvertragsregelungen kommt es daher nur noch für organisierte Arbeitnehmer, deren Arbeitsverträge keine dynamische Bezugnahmeklausel enthalten.

[1] Vgl. hierzu Krenz/Heither, PersR 2006, 332.

[2] BAG v. 25.5.2000, NZA 2000, 1116 f.; Wollenschläger/v. Harbou, NZA 2005, 1084 f.; Krenz/Heither, PersR 2006, 332; Thannheiser, PersR 2006, 4 f.

[3] Nach § 613 a Abs. 6 BGB kann dem Betriebsübergang widersprochen werden, vgl. ausführlich hierzu ErfK/Preis, § 613 a BGB, Rn. 96 ff.

[4] Kempen/Zachert, § 4 TVG, Rn. 1 ff. m.w.N.

[5] Vgl. zu den sonstigen Fällen die Regelung unter § 613 a Abs. 1 S. 3 und 4 BGB sowie ErfK/Preis, § 613 a BGB, Rn. 111 ff.

[6] ErfK/Preis, § 613 a BGB, Rn. 112 m.w.N.

[7] BAG v. 20.6.2001, NZA 2002, 519; BAG v. 1.4.1987, NZA 1987, 539.

[8] Vgl. hierzu die unter II.2. dargestellte dynamische Bezugnahmeklausel.

[9] BAG v. 21.8.2002, NZA 2003, 442; BAG v. 30.8.2000, NZA 2001, 510; BAG v. 4.8.1999, NZA 2000, 155.

[10] Vgl. BAG v. 20.6.2001, NZA 2002, 519; BAG v. 1.4.1987, NZA 1987, 539.

[11] Vgl. BAG v. 21.8.2002, NZA 2003, 442; BAG v. 30.8.2000, NZA 2001, 501; BAG v. 4.8.1999, NZA 2000, 155.

[12] BAG v. 14.12.2005, PersR 2006, 292; BAG v. 18.4.2007, - 4 AZR 652/05 -; BAG v. 29.8.2007, - 4 AZR 767/06 -. Kritisch EuGH v. 9.3.2006, DB 2006, 673.

[13] Kempen/Zachert, § 4 TVG, Rn. 247 ff. m.w.N.; ErfK/Franzen, § 4 TVG, Rn. 31 ff. m.w.N.

[14] Zur Analogie Palandt/Heinrichs, Einl. vor § 1 BGB, Rn. 48 m.w.N.

[15] BAG v. 29.8.2007, NZA 2008, 364 unter ausdrücklicher Aufgabe von BAG v. 23.3.2005, AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 29. Vgl. auch BAG, v. 22.10.2008, - 4 AZR 784/07 -.

[16] BAG v. 29.8.2007, NZA 2008, 364.

[17] Vgl. hierzu unter III. 2. sowie BAG v. 14.12.2005, PersR 2006, 292; BAG v. 18.4.2007, - 4 AZR 652/05 -; BAG v. 29.8.2007, - 4 AZR 767/06 -.