

Leseprobe zu



Preis (Hrsg.)

Der Arbeitsvertrag

Handbuch der Vertragsgestaltung

5. neu bearbeitete Auflage, 2015, ca. 1952 Seiten, gebunden, Formularbuch, 16 x 24cm

ISBN 978-3-504-42033-8

Verfügbarkeit: Juni 2015

149,00 €

O 10 Öffnungsklauseln (für kollektivrechtliche Vereinbarungen)

| | Rz. | | Rz. |
|--|-----|---|-----|
| 1. Einführung | 1 | b) Öffnungsklauseln für Tarifverträge | 13 |
| 2. Kollektivvertragliche Öffnungsklauseln | 4 | 3. Hinweise zur Vertragsgestaltung | 18 |
| a) Öffnungsklauseln für Betriebsvereinbarungen | 4 | | |

Schrifttum:

Däubler, Verschlechternde Ablösung einer Gesamtzusage durch Betriebsvereinbarung, RdA 2004, 304; *Eich*, Abändernde Betriebsvereinbarung – Jubiläumswendung, SAE 1988, 315; *Hanau/Preis*, Betriebsvereinbarungsoffene betriebliche Altersversorgung, in Festschrift für Peter Ahrend, 1992, S. 235; *Hromadka*, Die ablösende Betriebsvereinbarung ist wieder da!, NZA 2013, 1061; *Hromadka*, Entgeltänderung durch Betriebsvereinbarung?, NZA-Beilage 4/2014, S. 136; *Joost*, Ablösende Betriebsvereinbarungen und Allgemeine Arbeitsbedingungen, RdA 1989, 7; *Linzenmaier*, Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung – Kompetenz und Konkurrenz, RdA 2014, 336; *Preis*, Probleme der Bezugnahme auf Allgemeine Arbeitsbedingungen und Betriebsvereinbarungen, NZA 2010, 361; *Preis/Greiner*, Vertragsgestaltung bei Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen, RdA 2013, 211; *Preis/Ulber*, Die Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen, RdA 2013, 211; *Preis/Ulber*, Die Wiederbelebung des Ablösungs- und Ordnungsprinzips?, NZA 2014, 6; *Rieble/Schul*, Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Betriebsvereinbarungen, RdA 2006, 339; *Säcker*, Die stillschweigende Willenserklärung als Mittel zur Schaffung neuen und zur Wiederentdeckung alten Rechts, BB 2013, 2677.

1. Einführung

Eine große Bedeutung für die Vertragsgestaltung hat die Frage erlangt, ob und inwie- 1
weit vertragliche Regelungen zur Disposition der Betriebsparteien gestellt werden können. Die Anerkennung und Verfestigung des **Günstigkeitsprinzips** durch den Großen Senat des BAG¹ im Verhältnis von Betriebsvereinbarungen und individualarbeitsrechtlichen Vereinbarungen hat die **betriebsvereinbarungsoffene Vertragsgestaltung** zu dem Ansatzpunkt werden lassen, die oftmals als unpraktikabel empfundenen Grundsätze des Großen Senats, zum kollektiven Günstigkeitsvergleich zu umgehen. Es lässt sich eine verbreitete Tendenz ausmachen, individualrechtliche Ansprüche aus allgemeinen Arbeitsbedingungen weitgehend als betriebsvereinbarungsoffen zu bezeichnen, ohne ausdrücklichen – in diesem Sinne auslegbaren – vertraglichen Vorbehalt stehen vertragliche Ansprüche jedoch nicht zur Disposition durch Betriebsvereinbarungen.² Das gilt auch für Ansprüche, die aus betrieblicher Übung oder einer Gesamtzusage entstanden sind.

Betriebsvereinbarungen vermögen den Arbeitsvertragsinhalt – selbst wenn er durch 2
betriebliche Übung entstanden ist – nicht in einer für den Arbeitnehmer ungüns-

1 BAG GS v. 16.8.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168.
2 Vgl. BAG v. 20.11.1990 – 3 AZR 573/89, NZA 1991, 477; v. 3.11.1987 – 8 AZR 316/81, NZA 1988, 509; hierzu *Otto*, Anm. zu BAG, EzA § 77 BetrVG Nr. 17 unter III; *Eich*, SAE 1988, 315; *Hromadka*, Anm. zu BAG, AP Nr. 25 zu § 77 BetrVG; *Joost*, RdA 1989, 7 (22).

tigen Art und Weise verändern. Dies hat der 10. Senat des BAG in einer deutlichen jüngeren Entscheidung klargestellt.¹ Will ein Arbeitgeber verhindern, dass im Verhältnis zu einer Betriebsvereinbarung das Günstigkeitsprinzip gilt und im Hinblick auf den Arbeitnehmer günstigere einzelvertragliche Abreden über eine Sonderzahlung gegenüber den in einer Betriebsvereinbarung getroffenen Regelungen Vorrang haben, muss er die Sonderzahlung unter dem Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung leisten. Dieser Vorbehalt muss ebenso wie ein Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalt dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB genügen. Der Arbeitgeber muss etwa hinreichend klar und verständlich zum Ausdruck bringen, dass er z.B. eine Sonderzahlung „betriebsvereinbarungsoffen“ leisten will.² Diese Rechtsprechung wurde jetzt überraschender Weise durch eine Entscheidung des BAG in Frage gestellt.³

- 3 Wie dem auch sei. **Änderungsvorbehalte** zugunsten von Betriebsvereinbarungen können ein probates Mittel zur Auflockerung der Starrheit von Regelungen des Einzelvertrages sein. In vergleichbarer Weise kann es sich anbieten, vertragliche Regelungen nicht nur betriebsvereinbarungs-, sondern auch tarifoffen zu gestalten. Auf diesem Wege ist es dem Arbeitgeber möglich, auch solche tariflichen Bestimmungen den arbeitsvertraglichen Regelungen vorgehen zu lassen, die für die Arbeitnehmer ungünstiger sind. Sowohl im Falle der Tarifvertrags- als auch der Betriebsvereinbarungsoffenheit müssen die Vertragsklauseln den Grundsätzen der AGB-Kontrolle entsprechen, insbesondere also bestimmt und transparent formuliert sein.

2. Kollektivvertragliche Öffnungsklauseln

a) Öffnungsklauseln für Betriebsvereinbarungen

Typ 1: Öffnungsklauseln für Betriebsvereinbarungen

- a) Die Parteien sind sich darüber einig, dass die mit dem Betriebsrat bereits abgeschlossenen und noch abzuschließenden Betriebsvereinbarungen den Regelungen in diesem Vertrag oder anderen einzelvertraglichen Absprachen auch dann vorgehen, wenn die vertragliche Regelung im Einzelfall günstiger ist.
- b) Die Parteien sind sich darüber einig, dass spätere normativ geltende Betriebsvereinbarungen in ihrer jeweils gültigen Fassung den Regelungen in diesem Vertrag oder anderen einzelvertraglichen Absprachen (ggf. mit Ausnahme von ...) auch dann vorgehen, wenn die vertragliche Regelung günstiger ist.
- c) Die Parteien sind sich darüber einig, dass spätere normativ geltende Betriebsvereinbarungen in ihrer jeweils gültigen Fassung den Regelungen in § X (oder: „den Vereinbarungen zu Sonderzahlungen“) auch dann vorgehen, wenn die vertragliche Regelung günstiger ist.

1 BAG v. 5.8.2009 – 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105.

2 Preis, NZA 2010, 361 (365).

3 BAG v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916.

- d) Sofern Leistungsansprüche des Arbeitnehmers durch Gesamtzusage oder betriebliche Übung begründet worden sind, können diese durch nachfolgende Betriebsvereinbarung auch zu Lasten des Arbeitnehmers geändert werden.¹

➤ Nicht geeignet:

Die allgemeinen Arbeitsbedingungen und -vergütungen unterliegen den gesetzlichen Bestimmungen sowie Betriebsvereinbarungen.

In der Entscheidung des 2. Senats vom 20.11.1987² wurde die Betriebsvereinbarungsoffenheit des Arbeitsvertrages auf folgende Klausel gestützt: „Die allgemeinen Arbeitsbedingungen und -vergütungen unterliegen den gesetzlichen Bestimmungen sowie Betriebsvereinbarungen“. Der 2. Senat billigte die Auffassung, dass durch diese Klausel **allgemein alle abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen** zum **Gegenstand des Arbeitsvertrages** gemacht werden sollten. Insoweit hat der 2. Senat in der Sache eine → *Jeweiligkeitsklausel*, II J 10 angenommen, die eine dynamische Verweisung auf die jeweils geltenden Betriebsvereinbarungen vorsieht. Schon früher hatte der 6. Senat darauf hingewiesen, Einzelarbeitsverträge könnten „**betriebsvereinbarungsoffen**“ sein. Solche Einzelarbeitsverträge **erweiterten** die **Kompetenzen des Betriebsrats** zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen.³ Der Große Senat sowie der 3. und 8. Senat⁴ haben die Möglichkeit betriebsvereinbarungsoffener Vertragsgestaltung ebenfalls bejaht. In der Literatur wurde darauf hingewiesen, dass in der Öffnung des Arbeitsvertrages für verschlechternde Betriebsvereinbarungen die einzige und sogar die wichtigste Bedeutung entsprechender Vertragsklauseln liege, da sich die grundsätzliche Geltung der im Betrieb bestehenden Betriebsvereinbarung von selbst verstehe und keiner arbeitsvertraglichen Regelung bedürfe.⁵

Freilich ist hier auch eine genau entgegengesetzte Wertung möglich. Entsprechende Vertragsklauseln, zumeist in der Vergangenheit als **Hinweisklauseln** verstanden, finden sich in nahezu jedem Formulararbeitsvertrag größerer Unternehmen. Es ist kaum anzunehmen, dass der Vertragsverwender sich der Frage der Öffnung des Arbeitsvertrages für Betriebsvereinbarungen bewusst war, noch wird ein verständiger Arbeitnehmer eine Klausel diesen Inhalts so verstanden haben. Bedenkt man, dass die Annahme der Betriebsvereinbarungsoffenheit auch Eingriffe in vertragliche Positionen zur Folge haben kann, wäre schon nach allgemeinen Grundsätzen eine **hinreichend klare Regelung** zu fordern. In jedem Fall gehen bei vorformulierten Abreden Unklarheiten zu Lasten des Arbeitgebers. Schon die Entscheidung des BAG v.

1 Vgl. den Formulierungsvorschlag in Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V., Arbeitsvertragsgestaltung, 3. Aufl. 2011, S. 74.

2 BAG v. 20.11.1987 – 2 AZR 284/86, NZA 1988, 617 = AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze (*Joost*) = EzA § 620 BGB Altersgrenze Nr. 1 (*Belling*) = AR-Blattei, Betriebsvereinbarung, Entscheidung 43 (*Hanau*) = SAE 1989, 84 (*Weber*).

3 BAG v. 12.8.1982 – 6 AZR 1117/79, NJW 1983, 68 = AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 mit Anm. *Hanau*.

4 BAG v. 17.3.1987 – 3 AZR 64/84, NZA 1987, 855; v. 3.11.1987 – 8 AZR 316/81, NZA 1988, 509; v. 10.12.2002 – 3 AZR 671/01, AP Nr. 252 zu § 611 BGB Gratifikation; so auch BAG v. 24.9.2003 – 10 AZR 34/03, NZA 2004, 149; LAG Hess. v. 17.3.2003 – 16 Sa 678/02.

5 *Hanau*, AR-Blattei, Betriebsverfassung, Entscheidung 43.

20.11.1990¹ zeigte, dass es auch **Grenzen** bei der Annahme betriebsvereinbarungsoffener Vertragsgestaltungen gibt. Auch großzügigen Auslegungen sind im Hinblick auf den **Vertrauensschutz** der Mitarbeiter Grenzen gesetzt. Auch für sie muss erkennbar sein, dass ihre vertraglichen Ansprüche der Disposition durch die Betriebsparteien unterworfen sein können.

Beispiel:

Fraglich ist, ob eine Klausel des Inhalts „Die Betriebsvereinbarungen sind Bestandteil des Arbeitsvertrages“ heute noch als Öffnungsklausel anerkannt würde. Eine derartige Vertragsgestaltung ist überdies auch deshalb nicht zu empfehlen, weil unklar bleibt, was bei Beendigung und Ablauf einer derart einzelvertraglich einbezogenen Betriebsvereinbarung gilt.

- 6 Im Ergebnis hat zwar die Auslegung des BAG zunächst breite Zustimmung erfahren,² wobei vermerkt wird, dass allen Entscheidungen zur Betriebsvereinbarungsoffenheit eine großzügige Tendenz bei der Feststellung von Ablösungsvorbehalten zu entnehmen sei, um die Anwendung der Grundsätze des Großen Senats zu vermeiden. Doch ist zu bedenken, dass es sich um Stellungnahmen weit vor der Geltung des AGB-Rechts handelt.
- 7 Nach der Schuldrechtsreform wird die Auslegung des BAG nunmehr unter AGB-Gesichtspunkten zunehmend zu Recht kritisiert.³ Insbesondere ist eine Vereinbarkeit mit der Unklarheitenregel gemäß § 305c Abs. 2 BGB fraglich, wonach Zweifel bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen. Die Klausel, nach der allgemeine Arbeitsbedingungen und -vergütungen den Betriebsvereinbarungen unterliegen, lässt nämlich nicht allein die (vom BAG getroffene) Wertung zu, dass alle Betriebsvereinbarungen zum Gegenstand des Arbeitsvertrages gemacht werden sollen, sondern kann ebenso dahingehend ausgelegt werden, dass Betriebsvereinbarungen in Bezug genommen werden oder zwingende Normen von Betriebsvereinbarungen beachtet werden sollen, ohne damit gleichzeitig das Verhältnis zu künftigen Änderungen festlegen zu wollen.⁴ Ob bei verständiger Vertragsauslegung – unter Berücksichtigung der Unklarheitenregel – aus solchen Klauseln, die im Kern Hinweisklauseln mit deklaratorischem Charakter sind, der Arbeitnehmer (aber auch der Vertragsverwender selbst) erkennen konnte, dass aus solchen Formulierungen schon die Betriebsvereinbarungsoffenheit zu folgern ist mit der Folge, dass durch die Betriebsparteien auch in vertragliche Positionen eingegriffen werden kann, ist mehr als zweifelhaft. Die Verwendung einer solch mehrdeutigen Klausel kann daher nicht empfohlen werden.

1 BAG v. 20.11.1990 – 3 AZR 573/89, NZA 1991, 477.

2 *Belling*, Anm. EZA § 620 BGB Altersgrenze Nr. 1; *Joost*, Anm. BAG, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Altersgrenze.

3 DBD/*Däubler*, § 305c BGB, Rz. 56; *Däubler*, RdA 2004, 304 (306); *Rieble/Schul*, RdA 2006, 339 (340); *Thüsing*, AGB-Kontrolle, Rz. 332.

4 DBD/*Däubler*, § 305c BGB, Rz. 56; *Däubler*, RdA 2004, 304 (306); kritisch bezüglich der Vereinbarkeit mit § 305c Abs. 2 BGB auch *Rieble/Schul*, RdA 2006, 339 (340); *Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Rz. 332; s. aber zur Betriebsvereinbarungsoffenheit unter AGB-Gesichtspunkten *Hromadka/Schmitt-Rolfes*, Rz. 132f.

Aus diesem Grunde werden klarere Klauseln entsprechend **Typ 1a bis c** empfohlen. 8
Das LAG Köln¹ hat jetzt allerdings eine **Typ 1a** entsprechende Öffnungsklausel, wonach Betriebsvereinbarungen oder (Haus-)Tarifverträge den Regelungen des Arbeitsvertrages auch dann vorgehen, wenn die einzelvertragliche Regelung günstiger ist, wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot für unwirksam gehalten. Dem ist nicht zuzustimmen.² Hinter der Klausel steckt der Gedanke, dass das Arbeitsverhältnis – im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Grenzen – stets angemessen durch einschlägige Kollektivverträge gestaltet werden kann. Deshalb spricht auch prinzipiell erst recht nichts dagegen, den Arbeitsvertrag für nachfolgende Tarifverträge zu öffnen. Die Argumentation, die Klausel sei unklar, weil sie nicht in der erforderlichen Weise klarstelle, welchen Regelungsinhalt die späteren Kollektivverträge haben, kann nicht überzeugen. Entscheidend ist, dass klar ist, welcher Kollektivvertrag an die Stelle tritt. Bei einer Betriebsvereinbarung kann dies nur eine Regelung der zuständigen Betriebspartner im Rahmen ihrer gesetzlichen Kompetenzen sein. Auch der Verweis auf einen – ggf. nachfolgenden – Haustarifvertrag ist hinreichend klar. Ergeben sich allerdings Zweifel an der Auslegung der Klausel, weil etwa nicht ersichtlich ist, welche tarifvertraglichen Bestimmungen den arbeitsvertraglichen Regelungen vorgehen sollen, gehen diese Zweifel gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Arbeitgebers als Verwender.

Aus Gründen äußerster Vorsicht ist eine gegenständlich beschränkte Öffnungsklausel im Sinne des **Typs 1c** zu empfehlen. 9
Denn zum einen steht das AGB-Recht jeglicher Pauschalklausel skeptisch gegenüber. Ferner kommen ernsthaft ohnehin nur wenige Klauselbereiche für eine Ablösung durch Betriebsvereinbarung in Betracht. Eingriffe in die genuin den Arbeitsvertrag prägenden Vertragsbestimmungen sind fernliegend. Legt man einmal die Regelungsbereiche des hier empfohlenen Vertragsmusters zugrunde, kommen allenfalls die Regelungen des § 7 (Überstunden und Mehrarbeitsvergütung) und § 8 (Gratifikation) für eine Ablösung realistischerweise in Betracht. Soweit der Arbeitsvertrag keine Regelungen enthält, kann sich die Betriebsvereinbarung dieser Bereiche bemächtigen.

Ist also die Öffnungsklausel hinreichend klar formuliert, führt diese auch nicht zu 10
dem – problematischen – Effekt einer „voraussetzungslosen“ Jeweiligkeitsklausel bzw. eines unbestimmten Änderungsvorbehalts. Die „Richtigkeitsgewähr“ wird durch die Notwendigkeit einer Vereinbarung zwischen Tarifparteien bzw. Betriebsparteien gewährleistet. Die Fairness der gefundenen Regelungen wird durch eine Rechtskontrolle, im Falle der Betriebsvereinbarung unter den strengeren Maßstäben des § 75 BetrVG gewährleistet.

Vor diesem Hintergrund kann der Grundsatzstreit um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsvertrag betriebsvereinbarungsoffen ist, ein wenig relativiert werden. Das BAG entschied: 11

„Die Arbeitsvertragsparteien können ihre vertraglichen Absprachen dahingehend gestalten, dass sie einer Abänderung durch betriebliche Normen unterliegen. Das kann ausdrücklich oder bei entsprechenden Begleitumständen konkludent erfolgen und ist nicht nur bei betrieblichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen möglich, sondern auch bei einzelvertraglichen Abreden. Eine solche konkludente Vereinbarung ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Vertragsgegenstand in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthal-

1 LAG Köln v. 22.4.2008 – 9 Sa 1445/07, AE 2009, 111 (Ls.).

2 S. Preis, NZA 2010, 361 (366).

ten ist und einen kollektiven Bezug hat. Mit der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen macht der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer erkennbar deutlich, dass im Betrieb einheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen. Eine betriebsvereinbarungsfeste Gestaltung der Arbeitsbedingungen stünde dem entgegen. ... Da Allgemeine Geschäftsbedingungen ebenso wie Bestimmungen in einer Betriebsvereinbarung auf eine Vereinheitlichung der Regelungsgegenstände gerichtet sind, kann aus Sicht eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um solche handelt, die einer Änderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich sind. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen.“¹

- 12 Die Entscheidung wirft manche Fragen auf. Die erfolgte intensive Diskussion² dürfte jedoch klar gemacht haben, dass das BAG nicht faktisch das Günstigkeitsprinzip verabschieden will. Die Missverständnisse zu der Entscheidung können auch daher rühren, dass der 1. Senat des BAG über eine Altersgrenzenregelung in einer Betriebsvereinbarung zu entscheiden hatte und es im Arbeitsvertrag keine (außer dem Schweigen des Arbeitsvertrags zum Thema) günstigere Regelung gab. Schließlich besteht Aufklärungsbedarf, welche Anforderungen der 1. Senat an eine konkludente Vereinbarung der Betriebsvereinbarungsoffenheit stellen will. Wann hat eine vertragliche Regelung einen „kollektiven Bezug“? Möglicherweise will das BAG mit dieser Formulierung in erster Linie an Gesamtzusagen und betriebliche Übungen ankoppeln. Jedenfalls sollte man sich für die Vertragspraxis an die insoweit strenge und AGB-rechtlich richtige Position halten, nach der der 10. Senat es sogar für unzulässig hält, in eine konkludente Zusage einer Sonderleistung eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen hineinzuzinterpretieren.³ *Linsenmaier*,⁴ der die Rechtsprechung des 1. Senats verteidigt, gesteht ein „gewisses Spannungsverhältnis“ zu der kritisierten Passage im Urteil des 1. Senats vom 5.3.2013 zu. Dieses Spannungsverhältnis kann man durch drei Hinweise auflösen. Im Falle der Entscheidung des 1. Senats handelte es sich (a) um ein obiter dictum, (b) um eine Regelung, die keine eindeutig günstigere Vertragsbasis hatte und (c) um eine typischerweise nicht im Günstigkeitsvergleich stehende Regelung (Altersgrenze). Schließlich zeigen andere Entscheidungen des 1. Senats, dass er den verdienten Vertragsrechten mit einem strengen Kontrollmaßstab Rechnung trägt.⁵ Auch *Hromadka*⁶ differenziert zwischen vertragsergänzenden Regelungen (insoweit ist die Offenheit für die Betriebsvereinbarung stets gegeben) und Regelungen, die durch Betriebsvereinbarung „abgelöst“ werden sollen. Für letztere Fälle bedarf es eines transparenten Vorbehalts im hier vorgeschlagenen Sinne. Ohne ausdrücklichen Vorbehalt wird etwa eine im Arbeitsvertrag vereinbarte Sonderzahlung nicht abgelöst werden können. Mit *Hromadka*:⁷ „Schlechte Karten hat, wer nicht vorsorgt.“

1 BAG v. 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916 Rz. 60.

2 *Hromadka*, NZA 2013, 1061; *Hromadka*, NZA-Beilage 4/2014, S. 136; *Linsenmaier*, RdA 2014, 336; *Preis*, NZA 2010, 361; *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211; *Preis/Ulber*, Die Wiederbelebung des Ablösungs- und Ordnungsprinzips?, NZA 2014, 6; *Säcker*, BB 2013, 2677; *DBD/Däubler*, § 305c Rz.56 ff.

3 BAG v. 5.8.2009 – 10 AZR 483/08, NZA 2009, 1105 (1106f.).

4 RdA 2014, 336 (343).

5 BAG v. 5.7.2011 – 1 AZR 94/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 139.

6 NZA-Beilage 4/2014, S. 136 (142).

7 NZA-Beilage 4/2014, S. 136 (143).

b) Öffnungsklauseln für Tarifverträge

Typ 2: Öffnungsklauseln für Tarifverträge

- a) Im Falle einer Tarifbindung des Arbeitgebers, sei es durch den Beitritt zu einem Arbeitgeberverband, sei es durch den Abschluss eines Firmentarifvertrages, finden die Bestimmungen des Tarifvertrages in der jeweils gültigen Fassung auf alle (tarifgebundenen und tarifungebundenen) Arbeitnehmer Anwendung, die von dem persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages erfasst werden.
- b) Die Parteien sind sich darüber einig, dass spätere tarifvertragliche Regelungen (evtl. *Zusatz*: an die der Arbeitgeber normativ gebunden ist) in ihrer jeweils gültigen Fassung den Regelungen im Arbeitsvertrag oder anderen einzelvertraglichen Absprachen auch dann vorgehen, wenn die vertragliche Regelung im Einzelfall günstiger ist.
- c) Sofern auf den Betrieb mehrere Tarifverträge Anwendung finden, gehen den vertraglichen Regelungen die Bestimmungen des Tarifvertrages in seiner jeweils gültigen Fassung vor, der jeweils für eine relative Mehrheit der im jeweiligen Beschäftigungsbetrieb tätigen tarifgebundenen Arbeitnehmer anwendbar ist.

➤ Nicht geeignet:

Finden auf den Betrieb mehrere Tarifverträge Anwendung, legt der Arbeitgeber nach § 315 BGB durch Leistungsbestimmung fest, welcher Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden soll.

Sofern aufgrund einer beiderseitigen Tarifgebundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis vom Geltungsbereich eines Tarifvertrages erfasst wird, gehen die tarifvertraglichen Bestimmungen den arbeitsvertraglichen Regelungen vor (§ 4 Abs. 1 TVG), sofern nicht der Tarifvertrag abweichende Änderungen gestattet oder diese Änderungen Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten (§ 4 Abs. 3 TVG, Günstigkeitsprinzip). Enthält der Tarifvertrag **ungünstigere Regelungen** als der Arbeitsvertrag, so kann es sich für den Arbeitgeber anbieten, das Günstigkeitsprinzip dadurch auszuschalten, dass er den Arbeitsvertrag **tarifvertragsoffen** gestaltet. In diesem Falle gehen die tarifvertraglichen Änderungen den vertraglichen Abreden entgegen § 4 Abs. 3 TVG auch dann vor, wenn die vertragliche Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist (Typ 2c). 13

Vergleichbar den Verweisungsklauseln (vgl. → *Verweisungsklauseln*, II V 40) gilt es, auch bei tarifvertraglichen Öffnungsklauseln das **Bestimmtheits- und Transparenzgebot** zu beachten. Ergeben sich Zweifel an der Auslegung der Klausel, ist aus ihr etwa nicht ersichtlich, welche tarifvertraglichen Bestimmungen den arbeitsvertraglichen Regelungen vorgehen sollen, gehen diese Zweifel gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Arbeitgebers als Verwender. Zudem können intransparente Klauseln unangemessen benachteiligend und damit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2, 1 BGB unwirksam sein. Entscheidet sich der Arbeitgeber für eine dynamische Öffnungsklausel (Typ 2b), so ist es nach der Rechtsprechung des BAG zu dynamischen Verweisungsklauseln ausreichend, wenn die in Bezug genommene 14

Regelung im Zeitpunkt der jeweiligen Anwendung eindeutig bestimmbar ist.¹ Diese Grundsätze müssen auch für die den Verweisklauseln vergleichbaren Öffnungsklauseln gelten, so dass der Arbeitgeber insbesondere vertraglich die Tarifoffenheit bezüglich künftig entstehender tariflicher Regelungen festlegen kann.

- 15 In der arbeitsrechtlichen Literatur wird teilweise vorgeschlagen, dem Arbeitgeber ein Bestimmungsrecht dergestalt einzuräumen, dass er festlegen kann, ob bzw. in welchem Umfang Änderungen eines Tarifvertrages künftig nicht mehr Inhalt des Arbeitsvertrages werden sollen. Alternativ wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt, aufgrund eines befristeten Widerrufsrechts darüber zu entscheiden, ob der Arbeitsvertrag geänderte Bestimmungen eines Tarifvertrages zum Inhalt soll oder nicht.² Diese und vergleichbare Klauseln ermöglichen es dem Arbeitgeber im Gegensatz zu dynamischen Öffnungsklauseln, bei jeder Änderung eines Tarifvertrages darüber zu entscheiden, ob auch die neuen (ggf. für den Arbeitnehmer günstigeren) tariflichen Bestimmungen den arbeitsvertraglichen Regelungen vorgehen sollen. Intransparent und unangemessen benachteiligend gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Vertragsgestaltungen, die dem Arbeitgeber ein Bestimmungsrecht hinsichtlich des geltenden Kollektivvertrags einräumen.³ Solche Klauseln sind angesichts der strengen Anforderungen der Rechtsprechung an Widerrufsvorbehalte (§§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) kritisch zu betrachten und dürften als unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sein, da sie es dem Arbeitgeber ermöglichen, das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG zu Ungunsten des Arbeitnehmers auszuhöhlen. Die Unangemessenheit der Klausel liegt darin, dass der zunächst nicht tarifgebundene Arbeitgeber sich des Tarifvertrages gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern bedient, wenn der Tarifvertrag für ihn günstiger als der Arbeitsvertrag ist. Sollte sich der Tarifvertrag aber (teilweise) günstiger entwickeln, möchte er auch dies abwehren. Das ist eine zu einseitige Vertragsgestaltung. Sie ist überdies nicht zweckmäßig, weil der Arbeitnehmer durch Gewerkschaftsbeitritt – im Falle der Tarifbindung des Arbeitgebers – jederzeit die Vorteile des Tarifvertrages erlangen kann.
- 16 Zu beachten ist ferner, dass im Arbeitsvertrag selbst eine Vergütungsabrede ersichtlich individuell getroffen worden ist, die nicht durch einen nachfolgenden Tarifvertrag (Betriebsvereinbarungen kommen wegen § 77 Abs. 3 BetrVG ohnehin nicht in Betracht) entwertet werden kann. Die individuelle Zusage im Arbeitsvertrag kann sich insoweit im Wege der Auslegung gegenüber der Öffnungsklausel durchsetzen. Schließlich ist der Klausel immanent, dass nur Tarifverträge, an die jedenfalls der Arbeitgeber normativ gebunden ist, gemeint sein können.
- 17 Die Möglichkeit, arbeitsvertragliche Regelungen durch ungünstigere tarifvertragliche Bestimmungen zu ersetzen, steht dem Arbeitgeber künftig grundsätzlich nicht mehr offen, wenn auf den Betrieb mehrere Tarifverträge Anwendung finden und der Grundsatz der Tarifeinheit zugunsten der **Zulassung von Tarifpluralitäten** aufgegeben wird (ausführlich → *Verweisklauseln*, II V 40 Rz. 61 ff.). Ein einseitiges Bestimmungsrecht des Arbeitgebers, aufgrund dessen er nach § 315 BGB festlegen könnte, welcher (ungünstige) Tarifvertrag Anwendung findet, verstößt gegen

1 BAG v. 9.7.1980 – 4 AZR 564/78, NJW 1981, 1574.

2 Hromadka/Schmitt-Rolfes, S. 131.

3 Preis, NZA 2010, 361 (366); a.A. Hromadka/Schmitt-Rolfes, S. 131.

§ 308 Nr. 4 BGB und § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (→ *Verweisungsklauseln*, II V 40 Rz. 63).¹

3. Hinweise zur Vertragsgestaltung

Trotz der großzügigen Tendenz der Rechtsprechung bei der Annahme einer Betriebsvereinbarungsoffenheit empfiehlt es sich für tarifvertrags- wie betriebsvereinbarungsoffene Klauseln, diese vor allem im Hinblick auf § 305c Abs. 2 BGB transparent und konkret zu gestalten. 18

Klauselvorschlag:

§ X Öffnungsklausel für Tarifverträge

Die Parteien sind sich darüber einig, dass spätere tarifvertragliche Regelungen (evtl. Zusatz: an die der Arbeitgeber normativ gebunden ist) in ihrer jeweils gültigen Fassung den Regelungen in diesem Vertrag oder anderen einzelvertraglichen Absprachen (ggf. mit Ausnahme von ...) auch dann vorgehen, wenn die vertragliche Regelung günstiger ist.

§ X Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen

Die Parteien sind sich darüber einig, dass spätere normativ geltende Betriebsvereinbarungen in ihrer jeweils gültigen Fassung den Regelungen in § X (oder: „den Vereinbarungen zu Sonderzahlungen“) auch dann vorgehen, wenn die vertragliche Regelung günstiger ist.

¹ Preis/Greiner, NZA 2007, 1073 (1076).