

AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht

Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Dr. Birger Bonin, Prof. Dr. Olaf Deinert

3. Auflage

[AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht – Däubler / Bonin / Deinert](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Arbeitsvertrag](#), [Arbeitsentgelt](#) – [Arbeitsrecht](#)

Verlag Franz Vahlen München 2010

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 3772 0

erkenntnis einer Rechtspflicht“.¹⁵⁵ Auch dies ist bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen grundsätzlich nicht mehr möglich.¹⁵⁶

Eine besondere Rolle hat die Unklarheitenregel bei der Auslegung von **Versorgungszusagen** gespielt.¹⁵⁷ Wird beispielsweise eine frühere Betriebszugehörigkeit „angerechnet“, so betrifft dies mangels abweichender klarstellender Erklärung nicht nur die Höhe der Rente, sondern auch die Unverfallbarkeit.¹⁵⁸ Wird eine Invalidenrente zugesagt, gleichzeitig jedoch auf eine Richtlinie zu einer Rückdeckungsversicherung Bezug genommen, die diese Leistung nicht vorsieht, so kann der Arbeitnehmer auch im Invaliditätsfall Ansprüche geltend machen.¹⁵⁹

b) Die Verweisung auf Tarifverträge

(1) Rechtliche Bedeutung. In schriftlichen Arbeitsverträgen findet man üblicherweise die Klausel, dass sich der Inhalt des Arbeitsverhältnisses nach bestimmten Tarifverträgen richte. Diese werden **in den Arbeitsvertrag „inkorporiert“** und gelten damit als arbeitsvertragliche Klauseln.¹⁶⁰ Dies gilt auch für die Organisierten, bei denen die Anwendung des Tarifvertrags dann auf zwei selbstständigen Rechtsgrundlagen beruht.¹⁶¹ Ist von „ergänzenden Tarifverträgen“ die Rede, die zu den primär gewollten hinzukommen, so sind damit grundsätzlich nur solche gemeint, deren Geltungsbereich das konkrete Arbeitsverhältnis erfasst bzw. bei Tarifbindung erfassen würde.¹⁶² Bisweilen werden arbeitsvertragliche **Abreden „in Anlehnung“ an ein bestimmtes Tarifwerk** wie den TVÖD geschlossen. Hier liegt keine pauschale „Hereinnahme“ vor. Was gelten soll, richtet sich vielmehr allein nach den konkreten Festlegungen im Arbeitsvertrag. Lassen sie unterschiedliche vertretbare Deutungen zu, greift § 305 c Abs. 2 ein. Wurde lediglich auf den BAT verwiesen, so waren damit auch die Versorgungstarifverträge für den öffentlichen Dienst mit-erfasst.¹⁶³

(2) Bezugnahme mit Einschränkungen. Möglich ist auch eine **konkludente oder stillschweigende Verweisung**.¹⁶⁴ Die Anwendung von

¹⁵⁵ So im Fall BAG 21. 1. 2000, AP Nr. 223 zu § 611 BGB Gratifikation.

¹⁵⁶ Zu den Grenzen des Freiwilligkeitsvorbehalts s. § 307 Rn. 196ff.

¹⁵⁷ S. etwa BAG 24. 6. 1986, AP Nr. 12 zu § 6 BetrAVG; BAG 27. 1. 1998, AP Nr. 38 zu § 1 BetrAVG.

¹⁵⁸ BAG 16. 3. 1982 AP § 1 BetrAVG Nr. 6, bestätigt durch BAG 12. 2. 1985 AP § 1 BetrAVG Nr. 12. Zustimmung Hümmerich, Arbeitsrecht, Kap. 1 Rn. 30.

¹⁵⁹ BAG 25. 5. 1973 AP § 242 BGB Ruhegehalt Nr. 160. Zu widersprüchlichen Klauseln s. oben Rn. 33.

¹⁶⁰ BAG 24. 11. 2004, NZA 2005, 349, 351; Giesen NZA 2006, 625 m.w.N.

¹⁶¹ BAG 29. 8. 2007 NZA 2008, 364; Jacobs/Krause/Oetker, § 6 Rn. 196.

¹⁶² BAG 15. 3. 2006, NZA 2006, 690.

¹⁶³ Schaub, FS Buchner, S. 788 mwN.

¹⁶⁴ BAG 19. 1. 1999, NZA 1999, 879; Däubler-Lorenz, TVG, § 3 Rn. 239; Jacobs/Krause/Oetker, § 6 Rn. 152.

Tarifverträgen kann auch auf einer **Betriebsübung** beruhen.¹⁶⁵ Diese ist für die Art und Weise der „Hereinnahme“ von Tarifverträgen, insbesondere dafür maßgebend, ob diese in ihrer jeweiligen Fassung übernommen werden.¹⁶⁶ Werden **nur einzelne tarifliche Leistungen gewährt**, bedeutet dies allerdings noch nicht, dass damit der Tarifvertrag insgesamt in Bezug genommen wäre.¹⁶⁷ Anders ist dann zu entscheiden, wenn **in den wesentlichen Punkten** (Vergütung, Arbeitszeit, Urlaub) ohne jeden Vorbehalt **nach Tarif** verfahren wird. Dies führt dann allerdings dazu, dass mit dem gesamten Tarifvertrag bzw. den Tarifverträgen auch solche Bestimmungen Anwendung finden, die wie Ausschlussfristen die Arbeitnehmer benachteiligen.¹⁶⁸ Enthält der Arbeitsvertrag eingehende Regelungen und bestimmt er, „im Übrigen“ solle der Tarifvertrag gelten, so ist es eine Frage der Auslegung, wie weit die arbeitsvertraglichen Festlegungen reichen; insoweit greift ggf. auch § 305c Abs. 2 BGB ein.¹⁶⁹

- 41 Die **Verweisung** auf Branchentarife kann in der Weise **beschränkt** werden, dass „**strukturelle Änderungen**“ nicht miterfasst sein sollen. Dies schafft weder eine uneindeutige Regelung im Sinne des § 305c Abs. 2 noch ergeben sich Bedenken aus dem Transparenzprinzip.¹⁷⁰ Die Einführung der ERA-Strukturkomponenten in der Metallindustrie stellt eine solche strukturelle Änderung dar.¹⁷¹
- 42 Den herkömmlichen Verweisungs- oder Bezugnahme Klauseln liegt die für die bisherige Entwicklung typische Voraussetzung zugrunde, dass Tarifverträge auf der Basis relativ gleichgewichtiger Verhandlungen zustande kommen. Sie beziehen sich deshalb nicht auf solche tariflichen Abmachungen, die von **Kleinorganisationen mit ganz wenigen Mitgliedern im Betrieb** geschlossen werden.¹⁷² Werden diese Abmachungen ausdrücklich einbezogen, so kommt dies ggf. einem vorbehaltenen Recht gleich, die Lohn- und Arbeitsbedingungen um 30% oder 40% abzusenken; dies lässt sich nicht mit §§ 307 Abs. 1, 308 Nr. 4 vereinbaren.¹⁷³
- 42a (3) **Nachwirkender Tarifvertrag.** Wirkt der Tarifvertrag nur noch nach und wird in diesem Zeitraum ein Arbeitsvertrag mit Bezugnahme Klausel geschlossen, so bezieht sich diese auf den **nachwirkenden Tarifvertrag.** Nach heutiger Rechtsprechung des BAG¹⁷⁴ bestehen insoweit

¹⁶⁵ BAG 19. 1. 1999, NZA 1999, 879. S. auch BAG 24. 9. 2008, NZA 2009, 154 Tz 25; Reinecke BB 2006, 2638.

¹⁶⁶ Anders Sutschet NZA 2008, 679, der dem Arbeitgeber einen jederzeitigen Ausstieg ermöglichen möchte.

¹⁶⁷ BAG 19. 1. 1999, NZA 1999, 879.

¹⁶⁸ BAG 17. 4. 2002, NZA 2002, 1096.

¹⁶⁹ S. den Fall LAG Köln 21. 3. 2007 NZA-RR 2008, 135.

¹⁷⁰ BAG 9. 11. 2005, DB 2006, 1061.

¹⁷¹ BAG aaO.

¹⁷² Ebenso im Ergebnis BAG 27. 6. 2006, NZA 2006, 1285.

¹⁷³ Reinecke BB 2006, 2637, 2645.

¹⁷⁴ BAG 5. 6. 2007, NZA 2007, 1369; etwas abweichend BAG 6. 6. 1958, AP Nr. 1 zu § 4 TVG Nachwirkung.

keine Besonderheiten.¹⁷⁵ Wird zwei Jahre vor Arbeitsantritt ein Arbeitsvertrag unter umfassender Bezugnahme auf die einschlägigen Tarifwerke geschlossen, so sind damit auch jene Tarifverträge erfasst, die sich bei Beginn der Arbeit im Zustand der Nachwirkung befinden.¹⁷⁶

(4) Gestaffelte Bezugnahme auf verschiedene Tarifwerke. In der **Leiharbeitsbranche** gibt es die Praxis, im Arbeitsvertrag auf die Tarifverträge der Christlichen Gewerkschaften zu verweisen und für den Fall, dass diese nicht wirksam sein sollten, die von den DGB-Gewerkschaften geschlossenen Tarife für anwendbar zu erklären. Dies stellt der Sache nach eine salvatorische Klausel dar, die gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nach § 306 Abs. 2 verstößt.¹⁷⁷ Außerdem liegt ein Verstoß gegen das Transparenzprinzip nach § 307 Abs. 1 Satz 2 vor, da für den Arbeitnehmer unklar bleibt, von welchem Zeitpunkt ab die **hilfsweise ein-greifenden Tarifverträge** wirken sollen.¹⁷⁸ **42b**

(5) Statische oder dynamische Verweisung? Der Arbeitsvertrag kann sich auf einen konkret bezeichneten Tarifvertrag beziehen. Eine solche **statische Verweisung** ist unproblematisch, kommt in der Praxis allerdings selten vor. In der Regel ist eine „**dynamische**“ **Verweisung** gewollt, die die fraglichen Tarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung in Bezug nimmt; für eine statische Verweisung müssen besondere Umstände sprechen.¹⁷⁹ In aller Regel werden auch Sanierungsstarifverträge auf Firmenebene automatisch zu den in Bezug genommenen branchenbezogenen Tarifen gerechnet.¹⁸⁰ Gleichwohl kann im Einzelfall zweifelhaft sein, ob das eine oder das andere gewollt ist. Wird dem Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrags ein schon abgelaufener Tarifvertrag beigelegt, so stellt dies nach der Rechtsprechung des BAG nur einen „Begleitumstand“ dar, auf den sich die Vorschrift des § 305c Abs. 2 nicht bezieht.¹⁸¹ Auf diese Weise wird daher keine Situation der „Unklarheit“ geschaffen. Lässt sich aufgrund des Wortlauts, des systematischen Zusammenhangs und des Sinns und Zwecks der Regelung (auf die es allein ankommt) keine Klarheit gewinnen, so greift § 305c Abs. 2 ein. Dies gilt auch im Falle einer **betrieblichen Übung**, bei der Unklarheiten sogar besonders häufig auftreten werden.¹⁸² **43**

¹⁷⁵ Ebenso Däubler-Lorenz, TVG, § 3 Rn. 243; Jacobs/Krause/Oetker, § 6 Rn. 177.

¹⁷⁶ BAG 5. 6. 2007, NZA 2007, 1369.

¹⁷⁷ Richtig Brors BB 2006, 101, 104. Zur salvatorischen Klausel s. § 306 Rn. 26 und Anhang zu § 307 Rn. 69 m. w. N.

¹⁷⁸ Brors BB 2006, 101, 103.

¹⁷⁹ BAG 11. 10. 2006 NZA 2006, 634; LAG Köln 14. 1. 2008 NZA-RR 2008, 529. So auch BAG 24. 9. 2008 NZA 2009, 154 Tz 27. Für eine Vermutung zugunsten dynamischer Bezugnahme Coester, FS Löwisch, S. 59. Die „besonderen Umstände“ wurden vom BAG (10. 12. 2008 NZA-RR 2008, 537) bei einem Personalüberleitungsvertrag angenommen.

¹⁸⁰ BAG 22. 4. 2009 NZA 2010, 41, 44 Tz 34ff.

¹⁸¹ BAG 26. 9. 2007 NZA 2008, 179.

¹⁸² Für Zulässigkeit einer „betriebsüblichen“ Anwendung von Tarifverträgen BAG 17. 4. 2002, NZA 2002, 1096; Jacobs/Krause/Oetker, § 6 Rn. 153. Für eine Vermu-

Die Worte, der Arbeitnehmer erhalte eine betragsmäßig festgelegte und im Einzelnen aufgeschlüsselte Vergütung nach einer bestimmten Tarifgruppe, wurden als „uneindeutig“ qualifiziert.¹⁸³ Im konkreten Fall war das tarifliche Entgelt erhöht worden, so dass die Variante „dynamisch“ für den Arbeitnehmer ersichtlich die günstigere war. Denkbar ist aber auch der gegenteilige Fall, dass ein **neuer Tarif das bisherige Niveau absenkt**; hier wäre in der Situation der Uneindeutigkeit eine statische Verweisung anzunehmen.¹⁸⁴ Was „günstiger“ ist muss nach der jeweiligen prozessualen Situation entschieden werden, die sich auf der Zeitachse ändern kann.¹⁸⁵ Bei der Beurteilung dessen, was „günstiger“ ist, muss dabei genau wie im Verhältnis zwischen Tarif und Arbeitsvertrag ein **Sachgruppenvergleich** erfolgen;¹⁸⁶ eine „Rosinentheorie“ kommt auch hier nicht in Betracht. Dies übersieht das BAG,¹⁸⁷ wenn es unterstellt, im Kündigungsschutzverfahren könne man sich vom hier vertretenen Standpunkt aus ggf. auf den Bestandsschutz eines Sanierungstarifs berufen, während man bei einer Lohnklage selbsttendend seine Nichteinbeziehung als die günstigere Variante betrachte. Auch kommt man keineswegs in Schwierigkeiten, wenn der Inhalt der Bezugnahme Klausel zum Gegenstand einer (Zwischen-)Feststellungsklage gemacht wird.¹⁸⁸ Das Gericht hat dabei kein Rechtsgutachten zu erstatten, sondern über den Inhalt konkreter Rechtsverhältnisse zu entscheiden, bei denen die Bezugnahme Klausel durchaus einen unterschiedlichen Inhalt haben kann. Die früher angenommene „Dynamisierungsvermutung“ ist heute durch eine „Günstigkeitsvermutung“ ersetzt. Dies erscheint auch deshalb konsequent, weil es einzelne Bereiche wie die betriebliche Altersversorgung gibt, in denen neue Tarifverträge typischerweise schlechter als die bisher geltenden sind.¹⁸⁹

- 44 (6) **Kleine und große dynamische Verweisung.** Liegt eine dynamische Bezugnahme vor, so kann sie sich auf einen einzelnen Tarifvertrag, auf eine Gruppe von Tarifverträgen („Entgelttarife der chemischen Industrie“) oder auf alle Tarife einer Branche beziehen. Dies kann generell, aber auch nur für den Fall festgelegt werden, dass der Arbeitgeber weiter tarifgebunden ist. Für Klauseln dieser Art hat sich der Ausdruck **„kleine dynamische Verweisung“** eingebürgert. Möglich ist daneben aber auch, dass auf die „jeweils im Betrieb geltenden Tarifverträge“ verwiesen wird. Wird aus der zum Metallbetrieb gehörenden Kantine ein selbstständiges gastronomi-

tung zugunsten einer nur statischen Verweisung in diesem Fall Hanau NZA 2005, 489; Henssler, FS 50 Jahre BAG, S. 695 ff.

¹⁸³ BAG 9. 11. 2005, NZA 2006, 202. Dazu Reinecke BB 2006, 2637, 2644.

¹⁸⁴ So im Grundsatz auch Thüsing, AGB-Kontrolle, Rn 198.

¹⁸⁵ Anders Giesen NZA 2006, 625, 627. Bayreuther (NZA 2007, 166) bezeichnet die Problematik als „schwer zu lösen“. Thüsing (AGB-Kontrolle, Rn. 198) stellt allein auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab.

¹⁸⁶ Dazu Däubler-Deinert § 4 TVG Rn 653 ff. mwN.

¹⁸⁷ BAG 24. 9. 2008 NZA 2009, 154 Tz 27.

¹⁸⁸ So aber BAG a. a. O.

¹⁸⁹ Reinecke BB 2006, 2639.

sches Unternehmen, so tritt dabei ein Tarifwechsel ein. Dasselbe geschieht, wenn der Arbeitgeber den Verband oder die Branche wechselt. Man spricht insoweit von einer „**großen dynamischen Verweisung**“.¹⁹⁰ Alle diese Abmachungen sind im Grundsatz **zulässig**; Bedenken aus dem Transparenzprinzip überwindet man durch einen Hinweis auf § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG, wonach ausdrücklich ein „in allgemeiner Form gehaltener“ Hinweis auf die anwendbaren Tarifverträge genügt.¹⁹¹ **Fraglich** ist allein, **wie bestimmte verbreitete Abmachungen zu behandeln** sind, wobei der Vorschrift des § 305 c Abs. 2 eine wachsende Bedeutung zukommt.¹⁹²

Verweist der Arbeitsvertrag auf bestimmte Branchen- oder Firmentarife „in ihrer jeweiligen Fassung“, so ist dies an sich ein Musterfall der kleinen Dynamik. Das **BAG** hat jedoch bisweilen eine „**korrigierende**“ **Auslegung** vorgenommen, als die in Bezug genommenen Firmentarifverträge durch die Verbandstarife des Einzelhandels ersetzt wurden: Hätten die Arbeitsvertragsparteien einen solchen Wechsel vorausgesehen, hätten sie auch den neuen Tarifvertrag in ihre Abmachungen einbezogen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn auch dieser von derselben Gewerkschaft abgeschlossen worden sei.¹⁹³ Später hat das Gericht dies allerdings eingeschränkt und für alle anderen Fälle „besondere Umstände“ verlangt, die einen Rückschluss auf eine entsprechende Erweiterung zulassen.¹⁹⁴ Dasselbe Ergebnis würde sich auch aus § 305 c Abs. 2 ableiten lassen, doch ist das BAG diesen Weg nicht gegangen. § 305 c Abs. 2 würde ebenfalls zu dem Ergebnis führen, es beim Wortlaut der „kleinen dynamischen Verweisung“ zu belassen und keine Übernahme der fachfremden (und meist billigeren) Tarife zu akzeptieren.

Was geschieht, wenn in aller Eindeutigkeit eine „große dynamische Verweisung“ vereinbart wird, wonach der „jeweilige“ Tarifvertrag maßgebend sein soll, an den der Arbeitgeber gebunden ist?¹⁹⁵ Eine solche „**Tarifwechselklausel**“ ist weder überraschend im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB, da sie im Arbeitsleben durchaus vorkommt,¹⁹⁶ noch erscheint sie von vorne herein mit einer Unklarheit behaftet, die nur über die Anwendung von § 305 c Abs. 2 BGB auflösbar wäre.¹⁹⁷ Auf der anderen Seite stellt sich das Problem, dass sie zu einem „Absturz“ in den Arbeitsbedingungen führen kann, wenn z. B. nach einem Betriebsübergang die Tarifverträge einer Niedriglohnbranche eingreifen oder wenn der Arbeitgeber Tarifverträge

¹⁹⁰ Terminologie bestätigt durch BAG 29. 8. 2007 NZA 2008, 364.

¹⁹¹ Ebenso im Ergebnis BAG 24. 9. 2008 NZA 2009, 154 Tz 31; Reinecke BB 2006, 2638; Thüsing, AGB-Kontrolle, Rn 193.

¹⁹² Überblick über unterschiedliche Formulierungen bei Reinecke BB 2006, 2637.

¹⁹³ BAG 4. 9. 1996, NZA 1997, 271.

¹⁹⁴ BAG 30. 8. 2000, NZA 2001, 510, bestätigt durch BAG 25. 10. 2000, NZA 2002, 100, 102 und durch BAG 22. 10. 2008 NZA 2008, 151.

¹⁹⁵ S. die Formulierung bei Jordan/Bissels NZA 2010, 71.

¹⁹⁶ Vgl. Jordan/Bissels NZA 2010, 72

¹⁹⁷ Bayreuther, FS Kreuzt, S. 30ff.

nur noch mit einer kleinen Gewerkschaft abschließt, die weit unter dem bisherigen Niveau liegen.¹⁹⁸ Hier stellt sich die Frage der unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die Klausel ihrem Wortlaut nach ja auch einen **Übergang zu einem 40 % oder 50 % niedriger liegenden Tarifvertrag** ermöglicht. Sieht man diese Fälle als effektiv miterfasst an, ist die Tarifwechselklausel unwirksam, da eine Reduzierung bis unter das Niveau des Arbeitslosengelds nicht nur eine unangemessene Zurücksetzung der Arbeitnehmerinteressen ist, sondern in der Regel auch gegen das rechtsstaatliche Verbot der unechten Rückwirkung verstößt.¹⁹⁹ Eine Beschränkung auf hinnehmbare Fälle würde gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion verstoßen. Die entstehende Lücke im Arbeitsvertrag müsste auf dem mühevollen Weg einer ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden. Die Literatur vermeidet dies alles in der Weise, dass sie die Tarifwechselklausel auslegt: Danach sollen **Veränderungen** des tariflichen Gefüges ausgenommen sein, mit denen der Einzelne bei Abschluss des Arbeitsvertrages **vernünftigerweise nicht rechnen konnte**.²⁰⁰ Damit sind zahlreiche Fälle, insbesondere schwerwiegende Verschlechterungen ausgeschlossen. Ein entsprechender „Abbau“ könnte nicht praktiziert werden, da die Tarifwechselklausel diesen Fall nicht erfasst. Das Abstellen auf das „Damit-Rechnen-Können“ zieht keine sehr präzise Grenze, so dass auch deshalb die erste Lösung vorzuziehen ist.

- 45b (7) **Wechsel vom BAT zum TVöD**. Einige Unsicherheit hat der Wechsel vom BAT zum TVöD geschaffen. Einig ist man sich lediglich insoweit, als eine Klausel, die auch **den BAT „ersetzende“ Tarifverträge** in Bezug nimmt, den TVöD erfasst und dass eine statische Verweisung auf den BAT als solche bestehen bleibt.²⁰¹ Soweit es an solchen eindeutigen Festlegungen fehlt, bedürfen die Bezugnahme Klauseln der Auslegung. Dabei fällt entscheidend ins Gewicht, dass dieselben Tarifparteien verschiedene Tarifverträge zusammengefasst und zahlreiche Fragen wie Entgelt, Arbeitszeit und Kündigungsschutz neu geregelt haben; um Derartiges einzubeziehen, reicht eine „kleine dynamische Verweisung“.²⁰² Zweifelhaft sind im Grunde nur Fälle, in denen **ohne nähere Spezifizierung auf den BAT verwiesen** wurde, was insbesondere bei Einrichtungen und Unternehmen im Einzugsbereich der öffentlichen Hand vorkommt, die keinem Arbeitgeberverband angehören. Hier könnte man daran denken, unter Rückgriff auf § 305 c Abs. 2 eine statische Verweisung anzunehmen, da der **TVöD** (z. B. durch Abschaffung der Lebensalterstufen und des Schutzes vor außerordentlichen betriebsbedingten Kündigungen) im Ver-

¹⁹⁸ Zu weiteren „Problemfällen“ s. Bayreuther, FS Kreuzt, S. 34 ff.

¹⁹⁹ Zur unechten Rückwirkung im Tarifrecht s. Däubler-Deinert § 4 TVG Rn 26 ff.

²⁰⁰ Bayreuther, FS Kreuzt, S. 33; Preis, Arbeitsvertrag, II V 40 Rn 77 und 80.

²⁰¹ BAG 16. 12. 2009 NZA 2010, 401; Hümmelich/Mäßen NZA 2005, 961 ff.; Möller/Welkoborsky NZA 2006, 1382 ff.

²⁰² Überzeugend Fieberg NZA 2005, 1226.

gleich zum BAT **viele Verschlechterungen** gebracht hat. Angesichts einer gleichzeitig vereinbarten **Bestandsschutzbestimmung** wirken sich diese allerdings erst im Laufe der Jahre aus. Da die „Vergütung nach BAT“ nicht mehr weiterentwickelt wird, ist die Bezugnahme-Klausel lückenhaft geworden. Insoweit müssen die neuen Tarifwerke eingreifen.²⁰³ Wird im Arbeitsvertrag auf Regelungen aus verschiedenen Tarifen verwiesen und werden aus dem BAT nur die familienbezogenen Vergütungsbestandteile übernommen, bleibt es insoweit bei der Verweisung auf den BAT.²⁰⁴

(8) Gleichstellungsabrede oder wirkliche Verweisung auf Tarifverträge? Bei der Bezugnahme auf Branchentarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung wurde nicht nur die beschriebene korrigierende Erweiterung, sondern auch eine den Wortlaut korrigierende Einengung vorgenommen. Dabei war nach der **bisherigen Rechtsprechung** zu differenzieren. War der **Arbeitgeber** seinerseits **tarifgebunden**, so hatte die Bezugnahme-Klausel lediglich die Funktion einer **Gleichstellungsabrede**.²⁰⁵ Organisierte und nicht-organisierte Arbeitnehmer sollten gleichbehandelt werden. Dies bedeutete, dass bei einem Austritt des Arbeitgebers aus dem Arbeitgeberverband und bei Branchenwechsel des fraglichen Betriebs eine **Entkoppelung von der weiteren Tarifentwicklung** eintrat.²⁰⁶ Da die Tarifbindung der Organisierten endete und die bisherige Tarife nur noch nachwirkten, galt für die von der Klausel Erfassten dasselbe. Anders stellte sich die Situation dar, wenn nicht einschlägige Tarifverträge in Bezug genommen waren²⁰⁷ oder wenn der **Arbeitgeber** bei Abschluss des Arbeitsvertrags **selbst nicht tarifgebunden** war.²⁰⁸ In diesen Fällen nahmen die betroffenen **Arbeitnehmer an der Tarifentwicklung** so lange **teil**, wie die Tarifverträge (oder ihre Nachfolgeregelungen) existierten. In der Literatur überwog die **Kritik** an dieser Rechtsprechung.²⁰⁹ Unverständlich war, dass ein und dieselbe Klausel je nach Verbandszugehörigkeit des Arbeitgebers einen völlig unterschiedlichen Inhalt haben sollte. Weiter stellte es ersichtlich die **Unklarheitenregelung** des § 305 c Abs. 2 auf den Kopf, wenn eine vom Wortlaut her eindeutige Regelung (nämlich die fort-dauernde Partizipation an der Tarifentwicklung) im Verhältnis zum organisierten Arbeitgeber **in ihr schlichtes Gegenteil verwandelt** wurde (Abkoppelung von der Tarifentwicklung). Dabei wurde nicht einmal erwogen, die Tarifparteien hätten ja auch das wollen können, was sie tatsäch-

²⁰³ BAG 16. 12. 2009 NZA 2010, 401; vgl. auch ArbG Freiburg 21. 10. 2008 AuR 2009, 57 (LS) und juris Tz 57

²⁰⁴ BAG 10. 6. 2009 DB 2010, 116.

²⁰⁵ BAG 26. 9. 2001, NZA 2002, 634 = DB 2002, 1005 mit krit. Anm. Bayreuther; BAG 19. 2. 2003, NZA 2003, 1207.

²⁰⁶ Schliemann ZTR 2004, 502, 510 sprach von einer „wohlwollenden Auslegung“ zugunsten des Arbeitgebers.

²⁰⁷ BAG 25. 10. 2000, NZA 2002, 100, 103.

²⁰⁸ BAG 13. 11. 2002, NZA 2003, 1039; BAG 1. 12. 2004, NZA 2005, 478.

²⁰⁹ Annuß AuR 2002, 362; Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn. 229f.; Thüsing/Lambrich RdA 2002, 193; Kempen/Zachert-Stein § 3 Rn. 186ff.

lich erklärt haben.²¹⁰ Mit Urteil vom 14. 12. 2005²¹¹ hat das **BAG deshalb einen Wandel seiner Rechtsprechung angekündigt**: In Zukunft soll für alle Verträge, die nach dem 31. 12. 2001 abgeschlossen wurden, § 305c Abs. 2 voll zur Geltung kommen. Dies bedeutet, dass die **Ankoppelung an die Tarifverträge** bei Verbandsaustritt oder Betriebsübergang **nicht mehr** in Korrektur des Wortlauts **beendet** wird. Diese Wirkung der Bezugnahmeklausel tritt auch gegenüber organisierten Arbeitnehmern ein.²¹² Verträge, die vor dem genannten Stichtag geschlossen wurden, sind weiter nach der bisherigen Rechtsprechung zu behandeln, doch wird sich in der Praxis eine Anpassung an die Neuverträge ergeben.²¹³ Mit Entscheidung vom 18. 4. 2007 hat das **BAG seine Ankündigung in die Tat umgesetzt**.²¹⁴ Diskutiert wird, ob die Bezugnahme auch für den Fall gelten soll, dass der Arbeitgeber **den fachlichen Geltungsbereich der Tarifverträge verlässt**. Dies wird zum Teil abgelehnt,²¹⁵ doch lässt sich diese Beschränkung nicht auf den üblichen Wortlaut der Klauseln stützen. Gegenüber einer dauerhaften Bindung stellt dies für den Adressaten der Klauseln, d. h. den Arbeitnehmer, die eindeutig schlechtere Lösung dar. Würde also um Falle der Uneindeutigkeit ein solches Ergebnis befürwortet, wäre § 305c Abs. 2 verletzt.

- 47 In der Literatur wurde die Frage aufgeworfen, ob sich der Arbeitgeber durch **Änderungskündigung der ihm lästig gewordenen Klausel entziehen** kann.²¹⁶ Zum Teil wurde sie mit dem Argument bejaht, ohne eine solche Lösungsmöglichkeit sei er in seiner negativen Koalitionsfreiheit verletzt, da er sich ja nur zu einer Gleichbehandlung der Nichtorganisierten verpflichten wollte.²¹⁷ Die koalitionsrechtliche und die vertragsrechtliche Seite seines Tuns lassen sich jedoch nicht vermischen: Wer sich als Arbeitgeber durch eine arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel an die weitere Tarifentwicklung ankoppelt, tut dies aufgrund seiner **privatautonomen Entscheidung**. Dass er einen möglichen Verbandsaustritt damit relativ „uninteressant“ macht, verletzt nicht sein Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG. **Abhilfe** kann er allenfalls **vom Vertragsrecht** erwarten. Dieses lässt jedoch eine Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung nur unter ganz engen Voraussetzungen zu; die Beseitigung der Dynamik kommt aber mittel- bis langfristig einer Absenkung gleich.²¹⁸ In der Praxis ist dieser Weg daher fast immer versperrt; eine Berufung auf den **Wegfall der Ge-**

²¹⁰ Thüsing NZA 2006, 473. Ähnlich Bayreuther DB 2007, 166.

²¹¹ BAG NZA 2006, 607 = DB 2006, 1322.

²¹² Bayreuther DB 2007, 166.

²¹³ Ebenso die Einschätzung bei Bayreuther DB 2007, 166.

²¹⁴ NZA 2007, 965.

²¹⁵ Clemenz NZA 2007, 772; vorsichtige Eventualerwägungen in diese Richtung bei Beppler, FS 25 Jahre ARGE Arbeitsrecht im DAV, S. 791, 805f. Dazu auch Rieble/Klebeck BB 2006, 885, 890.

²¹⁶ Bayreuther DB 2007, 166; Giesen NZA 2006, 625, 631.

²¹⁷ Bayreuther DB 2007, 166, 167.

²¹⁸ Ebenso Möller NZA 2006, 579, 583; ähnlich Klebeck NZA 2006, 15, 21.