



MALTE CROME  
RECHTSANWALT

**Vortrag anlässlich der Trägertagung des Deutschen Caritasverbandes am 28.10.2004 in Berlin**

**Die Öffnungsklauseln der AVR:**

**Bisherige Anwendung und Möglichkeiten der aktuellen Öffnungsklauseln**

*Von Malte Crome, Justitiar des Diözesan-Caritasverbandes Fulda und Dienstgebervertreter in der Arbeitsrechtlichen Kommission*

Guten Tag meine Damen und Herren,

Öffnungsklauseln in den AVR, wenn man sich dieses Themas annimmt, muss man zunächst einen Blick zurückwerfen, auf die Entwicklung der Öffnungsklauseln in der AVR, von der Öffnungsklausel für Notsituationen im Jahre 1998 und den Härtefallklauseln für die Vergütung im Jahre 2000, zu den Öffnungsklauseln für die Vergütung 2003 bis 2005.

Ich hatte das Glück, 1998 im Frühsommer bei der „Zeugung“ der ersten Öffnungsklausel in Bad Honnef mit dabei gewesen zu sein. Das war damals eine ad hoc, in der Sitzung der Arbeitsrechtlichen Kommission entstandene Idee. Die so wie ich es jedenfalls erlebt habe, entsprechend sofort kontrovers diskutiert wurde. Es gab dann auch in dieser Sitzung noch kein Ergebnis. Nach einer angemessenen Zeit der Gravität kreiste dann der Berg und – gebar eine Maus.

Wir hatten die erste Öffnungsklausel, die erste Möglichkeit, die Arbeit partiell zu verändern für Einrichtungen, in denen das für nötig erachtet wurde.

Allerdings waren die formalen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Öffnungsklausel so schwierig gestaltet oder man kann auch sagen so hochgeschraubt, dass es bis zum Jahr 1998, als auch für die Härtefallklausel aus dem Jahr 2000, nach meiner Kenntnis überhaupt keinen einzigen Anwendungsfall gegeben hat.

Das muss man wissen, wenn man die Öffnungsklausel betrachtet, die im Oktober 2003 vereinbart wurde; bei der modifizierten Übernahme der Tarifergebnisse für den öffentlichen Dienst. Es war im Juli 2003 und im Oktober 2003, über zwei Sitzungen der AK hat sich die Tarifübernahme ja hingezogen.

Ein schwieriges Unterfangen, so wie ich es verfolgen konnte und der Baustein Öffnungsklausel war für die Dienstgeberseite ein ganz wesentliches Element, um zu dem Ergebnis zu gelangen, das wir alle kennen, dass sich dann in einer stufenweisen Tarifierhebung vom Oktober letzten Jahres bzw. stufenweise vom März letzten Jahres bis in den Oktober diesen Jahres hinein entwickelt hat, mit einer linearen Tarifierhebung von insgesamt 2,4 Prozent.

Das Neue an dieser Öffnungsklausel, die quasi, wie ich schon sagte, für die Dienstgeberseite eine *conditio sine qua non* war, im Hinblick auf die Tarifübernahme, war, das erstmals jetzt keine Stundung, sondern ein echter Verzicht auf Gehaltsbestandteilen im Wege einer Dienstvereinbarung abgemacht werden konnte und ein weiteres *Novum* war die Rolle, die der Wirtschaftsprüfer im Rahmen des Abschlusses einer Dienstvereinbarung nach den Regelungen für die Öffnungsklauseln jetzt spielen sollte.

Fachanwalt für Sozialrecht  
zugelassen an den Land- und Amtsgerichten

Wilhelmshöher Allee 201 · 34121 Kassel  
Telefon 05 61/3 16 22 45 · Fax 05 61/3 16 22 46 · info@anwalt-crome.de  
Kasseler Bank e.G. · Konto-Nr. 4 116 704 · BLZ 520 900 00



MALTE CROME  
RECHTSANWALT

Ich hatte vorhin schon gesagt, die ersten Öffnungsklauseln waren extrem schwierig zu handhaben und einer der Gründe war das aufwendige Prüfungsverfahren.

Es musste seinerzeit ein externer Wirtschaftsprüfer herangezogen werden, der quasi die in Frage kommende Einrichtung noch einmal von vorne bis hinten durchprüfte, als handelte es sich um einen testierten Jahresabschluss.

Das war zeitintensiv, das war kostenintensiv und nicht zuletzt deshalb sind die in Frage kommenden Dienstgeber wohl zurückgeschreckt, diese Möglichkeit anzuwenden. Jetzt aber sehen die neuen Öffnungsklauseln hier ein Verfahren vor, dass den Wirtschaftsprüfer, der der Einrichtung schon bekannt ist, der die Einrichtung schon kennt, der die Einrichtung ggf. auch schon testiert hat, in die Beratungen mit einbezogen werden kann. Der zeitliche und finanzielle Aufwand im Zusammenhang mit der Verhandlung von Öffnungsklauseln reduziert sich hier also um ein Vielfaches.

Ein weiteres Novum, das man im Zusammenhang mit den neuen Öffnungsklauseln unbedingt erwähnen muss, ggf. Gehaltsbestandteile zu kürzen, sondern auch, wenn es die Verhältnisse der Einrichtung erlauben, Verbesserungen im Gehaltsbereich für die Mitarbeiter herbeizuführen. Das ist sicherlich zukunftsweisend und das sollte etwas sein, an dem unbedingt auch festgehalten wird, egal in welcher Form. Leider sind die Rahmenbedingungen derzeit nicht solche, dass Gehälter erhöht werden könnten, linear oder im Zusammenhang mit dem Weihnachtsgeld oder dem Urlaubsgeld.

Ich darf mich deshalb auch jetzt auf den Abschnitt „A“ der Anlage 1. Abschnitt 2b konzentrieren, das ist der Bereich in den AVR, in denen die verschiedenen Kürzungsmöglichkeiten aufgeführt sind.

Es gibt fünf Möglichkeiten, auf die Gehälter einzuwirken. Dies ist zwar nicht ganz umstritten; dies werde ich jedoch gleich erläutern.

Die erste Möglichkeit ist die Erhöhung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit auf 40 Stunden ohne Lohnausgleich. Die zweite Möglichkeit, die Absenkung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit bei gleicher Lohnkürzung.

Die zweite Möglichkeit funktioniert nur dann, wenn ein Unternehmen, eine Einrichtung, ein Betrieb zu wenig Aufträge hat und entsprechend das zur Verfügung stehende Arbeitszeitvolumen herunterfahren muss.

Die erste Möglichkeit würde nur dann etwas bringen, das muss man so hart sagen, wenn durch das Mehr der zur Verfügung stehenden Arbeitszeit an anderer Stelle dann eingespart wird, d. h., auch Stellen abgebaut werden könnten.

Die dritte Möglichkeit ist eine Kürzung oder Streichung des Urlaubsgeldes und die vierte Möglichkeit ist die Kürzung oder Streichung des Weihnachtsgeldes und zwar für das Jahr 2004 und das Jahr 2005. Wer jetzt natürlich noch Öffnungsklauseln vereinbaren will, kann nur noch über das Weihnachtsgeld 2004 und das Urlaubsgeld und Weihnachtsgeld 2005 verfügen;

Fachanwalt für Sozialrecht  
zugelassen an den Land- und Amtsgerichten

Wilhelmshöher Allee 201 · 34121 Kassel  
Telefon 05 61/3 16 22 45 · Fax 05 61/3 16 22 46 · info@anwalt-crome.de  
Kasseler Bank e.G. · Konto-Nr. 4 116 704 · BLZ 520 900 00



MALTE CROME  
RECHTSANWALT

ggf. aber auch noch die fünfte Möglichkeit zur Anwendung bringen, von der ich vorhin schon angedeutet habe, dass sie etwas umstritten ist.

Es ist vorgekommen, schon gleich in der ersten Sitzung in der der Ausschuss der AK, der sich mit den Öffnungsklauseln befasst, Dienstvereinbarungen vorgelegt bekommen hatte, dass ein Träger, kein kleiner Träger, ein durchaus größerer Träger, die Variante „A“ und „B“, die gerade vorgetragen habe, miteinander kombiniert hat. D. h., die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit würde zunächst auf 40 Stunden erhöht, ohne Lohnausgleich und dann wieder auf 38,5 Stunden abgesenkt mit gleichzeitiger Lohnkürzung.

Das führt zu einer linearen Gehaltskürzung von 3,75 % und ist vielleicht für manche Mitarbeiter die leichter zu schluckende Kröte, als die Streichung des Weihnachtsgeldes, welches übrigens prozentual natürlich höher zu Buche schlägt.

Es gibt Streit darüber oder zumindest verschiedene Meinungen, ob die zuletzt genannte Kombinationsmethode überhaupt anwendbar sei. Man ist sich darüber einig, dass man nicht gesehen hat, dass es diese Möglichkeit gibt bzw. geben könnte, als man die Öffnungsklauseln verhandelt hat und als man auch den Beschluss darüber gefasst hat.

Rechtlich verhält es sich so, dass es bisher noch keinerlei Angriffe auf diese Möglichkeit gegeben hat. Es wäre dies ein Fall für das individuelle Arbeitsrecht. Ein Mitarbeiter, den eine entsprechende Dienstvereinbarung betrifft, müsste klagen, dass diese Möglichkeit widerrechtlich wäre.

Dies ist, wie gesagt, bisher nicht vorgekommen.

Politisch ist klar, insbesondere auf Mitarbeiterseite, dass auf Grund des Nichtsehens dieses Problems diese Kombination an und für sich nicht gewollt war.

Ein Einwand ist jedoch gemacht worden, der vielleicht gravierender Art ist, nämlich, dass die kombinierte Anwendung aller fünf Möglichkeiten auf keinen Fall möglich sein dürfte, das ginge schon in den Bereich der Sittenwidrigkeit.

Ich hatte mich in meinem ersten Staatsexamen bereits mit der Problematik der Sittenwidrigkeit von Verträgen intensiv zu befassen und bin immer noch firm in der Materie. Ich glaube nicht, dass das Argument der Sittenwidrigkeit hier ziehen kann.

Lohnwucher wäre ja im Grunde genommen der Ansatzpunkt. Da könnte man nur hinkommen, glaube ich, wenn die Absenkung, die dann tatsächlich in einer Einrichtung vorgenommen würde, soweit ginge, dass das Lohnniveau doch gravierend unter das Lohnniveau vergleichbarer Einrichtungen gesenkt würde, die etwa nicht tarifgebunden wären, die nicht AVR-gebunden wären. Also man muss sicherlich einen objektiven Maßstab nehmen für das Argument der Sittenwidrigkeit, der sich nicht einzig und allein in der absoluten Höhe der Absenkung allein im Bereich der AVR festmachen lässt, sondern da muss man durchaus auch private Einrichtungen mit in den Vergleich hinzuziehen, von denen wir ja wissen, dass sie ein durchschnittlich

Fachanwalt für Sozialrecht  
zugelassen an den Land- und Amtsgerichten

Wilhelmshöher Allee 201 · 34121 Kassel  
Telefon 05 61/3 16 22 45 · Fax 05 61/3 16 22 46 · info@anwalt-crome.de  
Kasseler Bank e.G. · Konto-Nr. 4 116 704 · BLZ 520 900 00



MALTE CROME  
RECHTSANWALT

wesentlich niedrigeres Gehaltsniveau als wir in unseren Einrichtungen fahren können (ohne dass dies sittenwidrig wäre).

Immerhin, wenn man alle fünf Möglichkeiten zusammen anwendete, könnte man auf eine lineare Gehaltssenkung von insgesamt über 10 % im Jahr kommen.

Erst wenn man jedoch mit einer Gehaltssenkung wesentlich unter das allgemeine Gehaltsniveau nicht tarifgebundener Mitbewerber gelangen würde, könnte man erwägen, ggf. die Sittenwidrigkeit einer solchen Gehaltsabsenkung zu diskutieren.

Der Ausschuss der AK, der sich mit dieser Problematik und mit den anderen Öffnungsklauseln, die diese Kombinationsvariante nicht beinhalteten zu befassen hatte, hat immerhin in seiner Prüfung die Kombinationslösung, nicht etwa als Kriterium gewertet, zu sagen, die Dienstvereinbarung sei nicht wirksam. Das hängt sicherlich mit der besonderen Rolle und der Aufgabe des Ausschusses zusammen und daher liegt hier die Lösung des Problems, wenn es nicht zu einer politischen Einigung innerhalb der Arbeitsrechtlichen Kommission kommt, im Bereich der weltlichen Gerichte.

Damit habe ich aber auch schon angedeutet, was ein weiteres wichtiges Kriterium für das Funktionieren, für die Anwendbarkeit der Öffnungsklauseln jetzt in dieser laufenden Periode ist, nämlich die Arbeit des Ausschusses der Arbeitsrechtlichen Kommission, der in einem streng formalisierten Verfahren prüft, inwieweit die Vorgaben aus den AVR durch die Parteien, d. h., die Mitarbeiterseite und die Dienstgeberseite in der konkreten Einrichtung eingehalten wurden; inwiefern die Mitarbeiterseite die ihr zustehenden Informationsrechte ausüben konnte, inwiefern sie sich in der rechten Weise beraten lassen konnte, inwiefern Härteausgleich berücksichtigt wurde, inwiefern eine Erfolgsaussicht besteht im Hinblick auf die Sanierungsmaßnahme, die man durchführen will und noch ein, zwei, drei kleinere Punkte mehr. Wenn diese Kriterien alle erfüllt sind, dann macht der Ausschuss der Arbeitsrechtlichen Kommission einen Haken an diese Dienstvereinbarung und sie kann so bestehen, wie sie vereinbart wurde.

Mir ist gesagt worden, dass die Qualität der eingereichten Dienstvereinbarungen sich ständig verbessert, es gibt immer weniger anzumerken; in der Vergangenheit war es so, dass ungefähr zwei Drittel aller eingereichten Dienstvereinbarungen anstandslos passieren konnten und dass es dann noch einen größeren Anteil gab, wo man zurückschreiben musste, „bitte fragen Sie noch ihre Gesamt- MAV, bitte reichen Sie noch dies nach, reichen Sie noch jenes nach“, was immer unproblematisch war, und nur eine kleine Handvoll von Dienstvereinbarungen waren derart, dass sie also den Anforderungen der AVR nicht entsprochen haben und entsprechend zurückgewiesen wurden.

Es gibt eine Musterdienstvereinbarung, die wohl regen Zuspruch findet, die beim Deutschen Caritasverband angefordert werden kann, welche nur um die Kleinigkeit zu ergänzen ist, dass man auch die Härtefallregelung noch mit hinein nimmt und ansonsten sind wir auf einem guten Weg.

Die Dinge funktionieren, die Notöffnungsklauseln, die Öffnungsklausel wird angewandt.

Fachanwalt für Sozialrecht  
zugelassen an den Land- und Amtsgerichten

Wilhelmshöher Allee 201 · 34121 Kassel  
Telefon 05 61/3 16 22 45 · Fax 05 61/3 16 22 46 · info@anwalt-crome.de  
Kasseler Bank e.G. · Konto-Nr. 4 116 704 · BLZ 520 900 00



MALTE CROME  
RECHTSANWALT

In diesem Zusammenhang, auf Zahlen komme ich am Schluss noch, in diesem Zusammenhang ist noch auf ein weiteres Kriterium einzugehen, welches diese Öffnungsklauseln, wie sie jetzt da stehen, besonders praktikabel, besonders funktionell machen und das ist der zentrale Anknüpfungspunkt am Begriff der Einrichtung, die sich in einer wirtschaftlich schwierigen Situation befindet. Es gibt dazu die Kommentarmeinung bzw. auch Meinung auf Seiten der Mitarbeiterschaft: So schreibt etwa Färber in Arbeitsrecht der Caritas: „Eine wirtschaftlich schwierige Situation liegt nach Sinn und Zweck der Regelung immer dann vor, wenn auf Grund der finanziellen Lage der Einrichtungen vom Dienstgeber betriebsbedingte Kündigungen zur Kosteneinsparung erwogen werden.“

Ich möchte diese Aussage noch ergänzen um den gravierenden Fall, dass ggf. auch die Schließung der Einrichtung erwogen wird, allerdings nicht aus Liquiditätsproblemen heraus, also als Insolvenzproblematik, sondern aus allgemeinen betriebswirtschaftlichen Erwägungen im Bereich des Direktionsrechtes.

Frau Crüwell von der Mitarbeiterseite, hat im AK-Magazin schon im Jahre 2003, also im Oktober 2003 ausgeführt: „Andererseits darf es sich bei der Problemlage der Einrichtung nicht lediglich um eine angespannte Lage handeln und es darf auch noch kein Grund für die Einleitung eines Insolvenzverfahrens vorliegen; wo die Grenzen zwischen wirtschaftlich angespannter und schon schwieriger Situation liegt, können die Parteien der Dienstvereinbarung jedoch selbst bestimmen.“ Und das ist der Punkt, auf den es entscheidend ankommt.

Man hat hier von der Seite der Arbeitsrechtlichen Kommission doch sehr viel in das Ermessen und das Kriterium der Einrichtungen gelegt. Je nachdem, wie sich Dienstgeber und Mitarbeiterseite in einer Einrichtung verständigen können, im Hinblick auf das Vorliegen einer wirtschaftlich schwierigen Situation und die Behebung einer solchen, entsprechend kann auch die Öffnungsklausel angewandt werden. Das muss man so in aller Deutlichkeit auch sagen und hervorheben.

Denn das ist die große Stärke der neuen Regelung.

Ich sagte gerade, auf Zahlen wollte ich gegen Ende des Vortrages zu sprechen kommen.

Stand von gestern, 27.10.2004: 110 Einrichtungen haben bisher Dienstvereinbarungen zur Prüfung dem zuständigen Ausschuss der Arbeitsrechtlichen Kommission eingereicht. Meine persönliche Prognose lautet, wir werden sicherlich bis zum 31.01.2005, das ist die Dead Line, danach können keine Dienstvereinbarungen mehr abgeschlossen werden, die Zahl von 150 Öffnungsklauselvereinbarungen überschreiten, die dann bis maximal 31.12.2005 laufen können. Also über die Laufzeit der eigentlichen Tarifübernahme hinaus.

An dieser Stelle muss man jetzt allerdings auch noch eine kritische Frage stellen oder eine kritische Anmerkung machen.

Vielleicht geht es Ihnen ähnlich, vielleicht haben Sie die Frage schon auf den Lippen.

110 Einrichtungen und der Crome sagt optimistisch, über 150 sollen es noch werden. Ja, wir haben 25.000 Einrichtungen im Bereich der Caritas. 25.000 Einrichtungen, die ggf. die Notöffnungsklausel anwenden

Fachanwalt für Sozialrecht  
zugelassen an den Land- und Amtsgerichten

Wilhelmshöher Allee 201 · 34121 Kassel  
Telefon 05 61/3 16 22 45 · Fax 05 61/3 16 22 46 · info@anwalt-crome.de  
Kasseler Bank e.G. · Konto-Nr. 4 116 704 · BLZ 520 900 00



MALTE CROME  
RECHTSANWALT

könnten. Haben wir es dann eigentlich mit einem Erfolg zu tun, im Hinblick auf die Anwendung der Notöffnungsklausel insignifikant, sagt das gar nichts aus eigentlich?

Dies ist eine schwierige Frage, dabei muss man sicherlich folgendes berücksichtigen.

Zum einen ist die Öffnungsklausel, so wie sie jetzt vorliegt, sicherlich ein riesen Fortschritt, ja, da liegen Welten dazwischen, zwischen diesen Öffnungsklauseln und den ganz zu Anfang genannten. Daran kommt man nicht vorbei, das sieht man einfach schon an der Akzeptanz, auch wenn sie noch gering ist. Zum anderen muss man die Befürchtung aussprechen, dass ggf. die Beteiligung deshalb relativ gering ist, weil sich doch eine nicht geringe Anzahl von Trägern vielleicht schon für andere Wege entschieden hat, die nicht im Rahmen der Öffnungsklauseln liegen und auch nicht im Rahmen der AVR. Dies ist sicherlich eine Realität, die man nicht aus dem Auge verlieren darf, das ist sicherlich auch eine Aussage, die man nicht so einfach abtun darf. Die gegenwärtige Situation ist sicherlich auch eine Aussage, die man nicht so einfach abtun darf. Die gegenwärtige Situation ist sicherlich prekär für viele Einrichtungen. Mein persönliches Empfinden ist, dass wir uns in einer galoppierenden Verschlechterung der Rahmenbedingungen befinden, wobei natürlich auch hier immer spartenbedingt und regionalbedingt Unterschiede zu machen sind; gerade diese Heterogenität der Situation unserer Einrichtungen macht aber dann auch einen Überblick schwierig und eine einheitliche Bewertung.

Den Preis, den die Dienstgeber für die Anwendung der Öffnungsklausel zahlen müssen, noch ein ganz wichtiger Punkt, ist, dass für die Dauer der Laufzeit keine betriebsbedingten Kündigungen ausgesprochen werden dürfen.

Ausblick:

Ich bin der festen Überzeugung, Öffnungsklauseln wie die, die wir jetzt haben, gerade auch im Hinblick auf eine mögliche Verbesserung der finanziellen Situation der Mitarbeiter, sollten in Zukunft fester Bestandteil der AVR werden, unabhängig von dem, was im Tarifgeschehen miteinander verhandelt wird.

Wir haben sicherlich hierin auch ein Instrument, das den Dritten Weg materiellrechtlich ausfüllen würde, was bisher ja überhaupt noch nicht geschehen ist. Die Solidarität in der Einrichtung hätte hier eine Möglichkeit, sich auszudrücken und zum anderen muss man auch sehen, dass das übrige Instrumentarium der AVR ggf. nicht greifen kann, wenn wir uns jetzt in Situationen befinden, wie z. B. der Ausschreibung eines Dienstes. Wenn wir günstig genug anbieten, bekommen wir den Zuschlag, wenn wir nicht günstig genug anbieten, sind wir weg vom Fenster und zwar nicht nur für eine kurze Weile, sondern für immer und um dieser Situation entgegen zu wirken, dafür ist meiner Meinung nach eine ständige Öffnungsklausel das einzig probate Mittel.

Vielen Dank.

Fachanwalt für Sozialrecht  
zugelassen an den Land- und Amtsgerichten

Wilhelmshöher Allee 201 · 34121 Kassel  
Telefon 05 61/3 16 22 45 · Fax 05 61/3 16 22 46 · info@anwalt-crome.de  
Kasseler Bank e.G. · Konto-Nr. 4 116 704 · BLZ 520 900 00