ECONSTOR
*Make Your Publications Visible.*

A Service of

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Klocke, Daniel

**Book**

# Tarifvorrang und Tarifvorbehalt: Die Grenzen der Ablösung tariflicher Leistungen durch Betriebsvereinbarungen

HSI-Schriftenreihe, No. 59

**Provided in Cooperation with:**
Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

*Suggested Citation:* Klocke, Daniel (2025) : Tarifvorrang und Tarifvorbehalt: Die Grenzen der Ablösung tariflicher Leistungen durch Betriebsvereinbarungen, HSI-Schriftenreihe, No. 59, ISBN 978-3-7663-7609-1, Bund-Verlag, Frankfurt a. M.

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/328274

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

HSI
Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 59
HSI-SCHRIFTENREIHE

# Tarifvorrang und Tarifvorbehalt

## Die Grenzen der Ablösung tariflicher Leistungen durch Betriebsvereinbarungen

Daniel Klocke

BUND
VERLAG

Daniel Klocke

**Tarifvorrang und Tarifvorbehalt**
**Die Grenzen der Ablösung tariflicher Leistungen durch Betriebsvereinbarungen**

HSI
Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

**Band 59**
HSI-Schriftenreihe

# Tarifvorrang und Tarifvorbehalt

**Die Grenzen der Ablösung tariflicher Leistungen durch Betriebsvereinbarungen**

Daniel Klocke

BUND
VERLAG

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© Bund-Verlag GmbH, Emil-von-Behring-Straße 14, 60439 Frankfurt am Main, 2026

Umschlaggestaltung: A&B one Kommunikationsagentur GmbH, Berlin
Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld
Druck: Druckerei C.H. Beck, Berger Str. 3-5, 86720 Nördlingen

ISBN 978-3-7663-7609-1

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Speicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Die Inhalte dürfen nicht zur Entwicklung, zum Training und/oder zur Anreicherung von KI-Anwendungen, insbesondere von generativen KI-Anwendungen verwendet werden. Dies umfasst auch jede Verwendung der digitalen Inhalte in KI-Anwendungen. Die Nutzung der Inhalte für Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG ist ausdrücklich vorbehalten und damit verboten.

**kontakt@bund-verlag.de**
**www.bund-verlag.de**

# Vorwort

Das Verhältnis der beiden kollektivarbeitsrechtlichen Rechtskreise, der Betriebsverfassung und des Tarifvertrags, ist komplex, rechtspolitisch kontrovers und rechtswissenschaftlich ein Dauerbrenner. Die Prärogative der Tarifautonomie muss gewahrt werden, schon aus verfassungsrechtlichen Gründen – auch vor Versuchen, sie mittels betrieblicher Regelungen auszuhöhlen. Gerade nach Umstrukturierungen und Betriebsübergängen werden Betriebsvereinbarungen bisweilen für Versuche genutzt, Entgeltbestandteile abzusenken. In Fällen wiederum, in denen kein Tarifvertrag greift, können wenigstens Betriebsvereinbarungen Rechte der Belegschaft regeln. Prof. Dr. Daniel Klocke, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, entwickelt im vorliegenden Band ein überzeugendes und praktisch handhabbares Konzept für das Zusammenspiel von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen.

Eine erkenntnisreiche Lektüre wünscht

Frankfurt a.M. im September 2025 Ernesto Klengel

# Inhaltsverzeichnis

**Vorwort** 5

**Einleitung** 11

**A. Normative Vorgaben für die Regelungskompetenzen** 15

I. Die Tarifautonomie 15

1. Normative Grundlagen der Tarifautonomie 15

2. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Tarifvertragssystems 16

II. Die Betriebsautonomie 16

1. Normative Grundlagen der Betriebsautonomie 16

2. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Betriebsverfassung 17

III. Die Normsetzungsprärogative der Koalitionen 18

IV. Zwischenergebnisse 19

**B. Der Tarifvorrang nach § 77 Abs. 3 BetrVG** 20

I. Die Sperre nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG 20

1. Die dogmatische Einordnung durch das BAG 20

2. Sinn und Zweck der Regelung 21

3. Der Bezugspunkt des § 77 Abs. 3 BetrVG 22

a) Betriebsvereinbarungen 22

b) Regelungsabreden 22

c) Arbeitsentgelte und Arbeitsbedingungen 23

4. Die tarifliche Regelung (§ 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG) 24

a) Die Wirksamkeit der tariflichen Regelung 24

b) Die Regelung des Tarifvertrags 24

aa) Die positive Sachregelung 24

bb) Die Nicht-Regelung 25

cc) Die negative Sachregelung 25

c) Die Eröffnung des Geltungsbereichs 26

d) Insbesondere: die Nachwirkung 27

e) Die Tarifbindung des Arbeitgebers 29
f) Insbesondere: die OT-Mitgliedschaft 30
5. Die Tarifüblichkeit (§ 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BetrVG) 31
a) Die Bestimmung der Üblichkeit 31
b) Das Ende der Tarifüblichkeit 32
c) Keine Unterscheidung bei Haus- und Verbandstarifverträgen 32
6. Keine Geltung des Günstigkeitsprinzips (Verhältnis zu § 4 Abs. 3 TVG) 33
a) Grundlagen 33
b) Sonderfall: ablösende Betriebsvereinbarungen 34
II. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes nach § 77 Abs. 3 BetrVG 34
1. Die Unwirksamkeit der verstoßenden Regelungen 35
2. Die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung 35
3. Auslegung und Umdeutung 36
III. Die Zulassung nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG 36
1. Ausdrückliche Regelung 36
2. Ergänzende Regelungen 37
IV. Zwischenergebnisse 37

**C. Die Regelungssperre nach § 87 Abs. 1 ES BetrVG** 39

I. Sinn und Zweck der Regelungssperre 39
II. Die tarifliche Regelung (Normgeltung) 40
1. Der Geltungsbereich des Tarifvertrags 40
2. Die Tarifbindung 41
a) Tarifbindung des Arbeitgebers 41
b) Tarifbindung der Arbeitnehmer 42
c) Gewerkschaftliche Präsenz 42
d) Die Nachbindung des Arbeitgebers 43
e) Die allgemeine Anwendung eines tariflichen Entgeltsystems im Betrieb 43
3. Die Reichweite der tariflichen Regelung 44
4. Konsequenzen aus der Erfüllung des Tarifvorrangs 45
III. Zwischenergebnisse 45

**D. Das Konkurrenzverhältnis von § 87 Abs. 1 BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG** 47

I. Die Problemlage 47

II. Das grundsätzliche Nebeneinander von § 87 BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG 47

III. Der Vorrang von § 87 BetrVG bei Nichteingreifen des Tarifvorbehalts 48

1. Die sog. Zwei-Schranken-Theorie 48

2. Die sog. Vorrangtheorie 49

3. Stellungnahme 50

IV. Konsequenz der Vorrangtheorie 51

V. Die Einhegung der Vorrangtheorie 52

VI. Zwischenergebnisse 53

**E. Teilmitbestimmte Regelungen** 54

I. Zum Begriff 54

II. Bedeutung für den Tarifvorbehalt 54

III. Konsequenzen 55

IV. Teilmitbestimmte Betriebsvereinbarungen zu Lohn und Lohngestaltung 56

1. Sinn und Zweck von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG 56

2. Lohnhöhe und Gestaltung des Lohns 56

a) Lohn 56

b) Lohngestaltung 57

c) Konsequenzen für die erzwingbare Mitbestimmung 57

d) Kollektiver Tatbestand 58

3. Das Zusammenspiel von §§ 87, 77 Abs. 3 BetrVG bei vorhandener Tarifbindung 58

4. Das Zusammenspiel von §§ 87, 77 Abs. 3 BetrVG bei fehlender Tarifbindung 60

a) Gemischte Betriebsvereinbarung Entgelt und Lohngrundsätze) 60

b) Erhöhung des Entgelts durch Betriebsvereinbarung 60

c) Zulagen wie Weihnachtsgeld oder Urlaubsgeld 61

V. Zwischenergebnisse 62

**F. Die Ablösung von Bezugnahmeklauseln** 63

I. Das allgemeine Problem 63

II. Betriebsvereinbarungsoffene Bezugnahmeklauseln 64

1. Auslegung von Vertrag und Betriebsvereinbarung 64

2. Sperre durch § 77 Abs. 3 BetrVG 65

3. Ausnahme nach § 87 BetrVG 65

III. Zwischenergebnisse 66

**G. Besonderheiten bei einem Betriebsübergang** 67

I. Auswirkungen des Betriebsübergangs auf die tariflichen Normen 67

II. Die Wirkung von § 77 Abs. 3 und § 87 BetrVG nach Betriebsübergang 68

III. Die Überkreuzablösung 69

1. Das Ablösungsprinzip nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB 69

2. Die Ablösung von transformierten, tarifvertraglichen Regelungen 70

3. Die Ablösung durch Betriebsvereinbarung 70

4. Die Ablösung transformierter tariflicher Bestimmungen durch Betriebsvereinbarung 70

a) Grundsätze der Rechtsprechung 70

b) Überkreuzablösung im Anwendungsbereich von § 87 BetrVG 72

IV. Betriebsvereinbarungsoffene transformierte Normen? 73

V. Die Fortgeltung der Vergütungsordnung i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG 73

VI. Zwischenergebnisse 74

**H. Tarifmehrheiten** 75

I. Überschneidungen des Geltungsbereichs 75

II. Tarifkollision 76

1. Die Sperrwirkung des Minderheitstarifvertrags 76

2. Gewillkürte Tarifpluralität 77

III. Mehrere Tarifverträge und § 87 Abs. 1 BetrVG 77

IV. Zwischenergebnisse 78

**Zusammenfassung und Ergebnisse** 79

**Literaturverzeichnis** 83

# Einleitung

Die Regelungen scheinen auf den ersten Blick zu harmonieren: Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nach § 77 Abs. 3 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Nach dem Einleitungssatz (ES) des § 87 BetrVG scheidet ein Mitbestimmungsrecht aus, wenn eine tarifliche Regelung besteht. Doch bei näherer Betrachtung unterscheiden sich die beiden Normen nicht nur, sie begründen auch ein komplexes Konkurrenzverhältnis, das bekanntlich im Streit zwischen der sog. Zwei-Schranken-Theorie und der sog. Vorrangtheorie mündete.

Insgesamt soll die vorliegende Arbeit die wesentlichen Rechtsfragen im Zusammenspiel des sog. Tarifvorrangs (§ 77 Abs. 3 BetrVG) und des sog. Tarifvorbehalts (§ 87 Abs. 1 ES BetrVG) illustrieren und diskutieren. Die Probleme reichen dabei bis in das Konkurrenzverhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, eine Kernfrage des kollektiven Arbeitsrechts, und werden durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) weiter verschärft, weil das BAG insbesondere aus §§ 87, 88 BetrVG von einer weitreichenden Betriebsautonomie ausgeht.[1] Hinsichtlich der Tarifautonomie ist diese Frage unumstritten: Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) setzt im kollektiven Arbeitsrecht die Maßstäbe.[2]

Obgleich die Zweigleisigkeit von Tarifvertragsrecht und Betriebsverfassung stets betont wird,[3] klärt § 77 Abs. 3 BetrVG das Konkurrenzverhältnis sehr deutlich zugunsten des Tarifvertrags. Nicht einmal eine günstigere Betriebsvereinbarung ist zulässig.[4] § 4 Abs. 3 Alt. 2 Tarifvertragsgesetz (TVG) ist weitgehend marginalisiert. Folgt man indes der mit dem Schutz der Arbeitnehmer begründeten sog. Vorrangtheorie, kommt § 77 Abs. 3 BetrVG im Geltungsbereich des § 87 BetrVG erst gar nicht zur Anwendung. Damit sind im Bereich der zwingenden Mitbestimmung Betriebsvereinbarungen immer dann möglich, wenn eine tarifliche Regelung nicht besteht i.S.v. § 87 Abs. 1 ES BetrVG. Dass die Regelungen üblicherweise durch Tarifvertrag festgelegt werden, bleibt ohne Belang. Dieser Vorrang gegenüber dem Schutz des Art. 9 Abs. 3

1 BAG 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816, 818, unter Verweis auf BAG 16.3.1956 – GS 1/55, NJW 1956, 1086.

2 Jüngst wieder: BAG 15.11.2023 – 10 AZR 163/23, BeckRS 2023, 40409.

3 Vgl. MünchArbR-*Fischinger*, § 4 Rn. 19 ff.

4 BAG 30.5.2006 – 1 AZR 111/05, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 23 Rn. 27.

GG wird damit zum Ankerpunkt für die betriebliche Mitbestimmung und begründet mitunter problematische Konstellationen.

Besonders problematisch können etwa sog. teilmitbestimmte Regelungen sein. Denn es kann sein, dass ein und dieselbe Betriebsvereinbarung teils durch § 87 BetrVG legitimiert ist, teils aber gegen den in § 77 Abs. 3 BetrVG normierten Tarifvorrang verstößt. Ordnet etwa eine Betriebsvereinbarung – wie ein Entgelttarifvertrag – Gruppen einem konkreten Gehalt zu, legitimiert § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nur die Lohngestaltung, nicht aber die Festlegung des konkreten Lohns. Fällt der Betrieb in den Geltungsbereich eines Entgelttarifvertrags, ist die Bestimmung der Höhe des Entgelts nach § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam.[5]

Ein weiteres Problem stellt sich bei Bezugnahmeklauseln. Hier dreht sich nämlich das Verhältnis um. Da die Bezugnahme nur vertraglich wirkt, gehen Betriebsvereinbarungen vor (§ 77 Abs. 4 BetrVG). Da das BAG zudem vertritt, dass Betriebsvereinbarungen AGB ablösen können,[6] ohne dass es auf die Günstigkeit ankommt, steht die Anwendung tarifvertraglicher Inhalte zur Disposition der Betriebsparteien, wenn der Arbeitgeber nicht oder nicht mehr tarifgebunden ist. Hier zeigt sich abermals das diffizile Zusammenwirken von §§ 77 Abs. 3 und § 87 BetrVG. Im Anwendungsbereich von § 87 BetrVG ist eine Ablösung oftmals einfach zu gestalten, während § 77 Abs. 3 BetrVG einer Ablösung deutliche Grenzen aufzeigt. Die eine Norm legitimiert Betriebsvereinbarungen, die andere verbietet sie und damit eine Ablösung.

Der vom BAG betonte Arbeitnehmerschutz kann insbesondere bei Betriebsübergängen leerlaufen. Ist der Betriebserwerber nicht tarifgebunden, lebt nach der Vorrangtheorie § 87 Abs. 1 BetrVG auf und sperrt § 77 Abs. 3 BetrVG, ohne dass eine Betriebsvereinbarung bestehen muss. Ehemals bestehende tarifliche Regelungen werden nach § 613a Abs. 1 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nur noch Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Wegen § 87 Abs. 1 ES BetrVG wird der Betriebsrat beim alten Inhaber in aller Regel keine Betriebsvereinbarung geschlossen haben. Nunmehr sperrt aber die plötzliche Eröffnung des § 87 Abs. 1 BetrVG den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG. Die zuvor ausgeübte und aktualisierte Tarifautonomie verfängt nicht, obgleich es keinen anderen kollektivrechtlichen Schutz gibt. Damit läuft der vorherige Schutz des Tarifvertrags leer und es liegt an den Betriebsparteien, eine Regelung zu schaffen, die nur so lange Gültigkeit hat, bis der Erwerber möglicherweise wieder tarifgebunden ist – wenn es nicht zu einem weiteren Betriebsübergang kommt.

5 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383.
6 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916.

Das BAG hat hier eine Minimallösung entwickelt. Es leitet aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG in Verbindung mit dem Tarifvorbehalt die Fortgeltung der Vergütungsordnung ab.[7] Bislang hat das Gericht diese Lösung aber nur für diesen einen Mitbestimmungstatbestand anerkannt.

Schließlich soll noch auf die Frage eingegangen werden, wie sich §§ 77 und 87 BetrVG zu dem Fall verhalten, dass mehrere Tarifverträge für einen Betrieb Geltung beanspruchen. Die h.M. will insbesondere dem Minderheitstarifvertrag eine Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG zubilligen.

Dieser kurze Überblick über die zahlreichen Rechtsfragen im Zusammenspiel der tariflichen und betriebsverfassungsrechtlichen Regelungskompetenz sollte deutlich machen, dass die Fragen nur mit einem einheitlichen Blick gelöst werden sollten, und zwar ausgehend von den Vorgaben des Grundgesetzes. Die sich aktuell stellenden Fälle sind in aller Regel von dem Zusammenspiel einer Vielzahl dieser Probleme gekennzeichnet.[8]

Dogmatisch begründen die geschilderten Rechtsprobleme eine ganze Reihe von Konkurrenz- und Systemfragen. Rein praktisch werden diese Fragen aber auch dadurch aufgeladen, dass die betriebsverfassungsrechtliche Ebene und die tarifliche Ebene unterschiedlicher Qualität sein können. Die Vorrangtheorie kann sich allerdings nur dann praktisch legitimieren, wenn eine betriebliche Ebene existiert, die qualitativ mit der tariflichen Ebene mithalten kann. Mit dem Argument „Schutz der Arbeitnehmer“ ist wenig gewonnen, wenn dieser Schutz praktisch leerläuft.

7 BAG 20.2.2018 – 1 ABR 53/16, NZA 2018, 954.

8 Besonders deutlich ist die Darstellung bei: *Annerfelt/Engelmann*, AuR 2023, 389.

# A. Normative Vorgaben für die Regelungskompetenzen

Um die §§ 77, 87 BetrVG justieren zu können, sollen im ersten Teil zunächst die normativen Grundlagen des Konkurrenzverhältnisses von Tarifvertrag und Betriebsverfassung mit Blick auf die unterschiedlichen Regelungskompetenzen dargestellt werden.

## I. Die Tarifautonomie

### 1. Normative Grundlagen der Tarifautonomie

Die Tarifautonomie bezeichnet die rechtliche Kompetenz, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen.[9] Heute wird sie durch die h.M. als kollektiv ausgeübte Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen verstanden („kollektive Privatautonomie“)[10] und ist nach der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und BAG bereits durch Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich verbürgt.[11] Nach Ansicht des BAG steht die Tarifautonomie dabei im Zentrum der Befugnisse aus Art. 9 Abs. 3 GG.[12] Sie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Vergütungen und sonstigen Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.[13]

Da die Norm unmittelbare Drittwirkung hat, folgt die Kompetenz zum Abschluss von Tarifverträgen nicht erst aus dem TVG, sondern bereits aus Art. 9 Abs. 3 GG.[14] Das TVG setzt insofern den rechtlichen Rahmen und die Ausgestaltung der Tarifautonomie.[15] Das BAG spricht auch davon, dass § 4 TVG als staatlicher Geltungsbefehl die Tarifautonomie trägt.[16]

---

9 BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513, 513; BeckOK-*Cornils*, GG, Art. 9 Rn. 61.

10 BAG 23.8.2023 – 10 AZR 384/20, NZA 2024, 487, 489.

11 BVerfG 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19, NZA 2020, 1118, 1119; BAG 13.5.2020 – 4 AZR 489/19, NZA 2020, 1487, 1489.

12 BAG 13.10.2021 – 4 AZR 403/20, NZA 2022, 416, 420.

13 So BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 195; BAG 23.8.2023 – 10 AZR 384/20, NZA 2024, 487, 489.

14 Zur unmittelbaren Drittwirkung: *Klocke*, SR 2020, 17.

15 Vgl. BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, NZA 2017, 915, 918 f.

16 BAG 23.8.2023 – 10 AZR 384/20, NZA 2024, 487, 489.

### 2. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Tarifvertragssystems

Aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG die Gewährleistung eines gesetzlich geregelten Tarifvertragssystems, damit die Koalitionen ihre Funktion, in dem von der staatlichen Rechtsetzung frei gelassenen Raum das Arbeitsleben im Einzelnen durch Tarifverträge zu ordnen, sinnvoll erfüllen können.[17] Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, die Funktionsbedingungen des Tarifvertragssystems sicherzustellen.[18]

Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG beschränkt sich nach mittlerweile allgemeiner Meinung nicht mehr nur auf einen Kernbereich, sondern bezieht sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen.[19] Das BVerfG hat daher insbesondere den Bestand und – weitgehend – die Anwendung eines einmal abgeschlossenen Tarifvertrags in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG einbezogen.[20] Diesen Ergebnissen spricht bereits das BVerfG und nicht erst das BAG eine Richtigkeitsvermutung zu, wobei das Gericht insbesondere betont, dass ein objektiver Maßstab für das Richtige nicht bestehe.[21] Ähnlich formuliert das Gericht auch, dass ein objektiver Maßstab, nach dem sich die Richtigkeit besser beurteilen ließe, nicht existiere.[22] Insofern nimmt das BVerfG an, dass das von den Tarifvertragsparteien erzielte Ergebnis das richtige Ergebnis ist. Davon ausgehend unterstellt das Gericht, dass diese Ergebnisse auch für die Arbeitnehmer interessengerecht sind, weil sie insbesondere die Interessen von Außenseitern, nicht außer Betracht lassen.[23]

## II. Die Betriebsautonomie

### 1. Normative Grundlagen der Betriebsautonomie

Ob der Betriebsrat eine umfassende Regelungskompetenz für die betrieblichen Fragen in der Gestaltungsform von Betriebsvereinbarungen hat, wird in der

17 BVerfG 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, NJW 1966, 2305; BVerfG 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253, 254.
18 BVerfG 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253, 255.
19 BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, NZA 1996, 381 Ls.; BAG 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125.
20 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, NJW 2017, 2523, 2524; BAG 20.09.2017 – 6 AZR 143/16, NZA 2018, 112.
21 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, 113.
22 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, 113.
23 BVerfG 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112, 113.

Literatur verbreitet infrage gestellt.[24] Das BAG (in ständiger Rechtsprechung) und ein Teil der Literatur gehen hingegen von einer weitreichenden Betriebsautonomie aus.[25] Danach besitzen die Betriebsparteien eine umfassende Kompetenz, durch freiwillige Betriebsvereinbarungen Regelungen über den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu treffen. Dies wird überzeugend einmal mit dem System der §§ 87 und 88 BetrVG begründet und durch den Umkehrschluss aus § 77 Abs. 3 BetrVG abgesichert.[26]

Die Betriebsautonomie folgt aus dem einfachen Recht. Sie wird durch das BetrVG verliehen. Der Betriebsrat wird insofern auch nicht individuell legitimiert, sondern durch die Wahl nach den §§ 7 ff. BetrVG. Insofern nimmt er keine private Autonomie auf, sondern regelt betriebliche Fragen im Interesse der Belegschaft.[27]

## 2. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Betriebsverfassung

Das einfachgesetzlich ausgestaltete Betriebsverfassungsrecht wird nach der Rechtsprechung des BAG verfassungsrechtlich durch das Sozialstaats- und das Demokratieprinzip geschützt.[28] Der Betriebsrat soll die Gelegenheit erhalten, die kollektiven Interessen der Belegschaft gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen. Insofern impliziert Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nur die Möglichkeit eines Betriebsverfassungsrechts, schützt aber nicht zugleich dessen Existenz.

Die weit verstandene Betriebsautonomie hat das BAG 2006 weitreichender fundiert.[29] Es verstand das BetrVG als Akt der Autonomieverleihung und zog ergänzend das Rechtsstaatsprinzip heran. Die Gesamtheit der mit der Betriebsautonomie verbundenen Vorgaben und Beschränkungen werde den sich aus den Prinzipien des Rechtsstaats und der Demokratie ergebenden Erfordernissen gerecht. Es würden nur Arbeitsbedingungen geregelt und die Tarifautonomie werde durch § 77 Abs. 3 BetrVG geschützt. Hinzu kämen Binnenschran-

24 Eine exemplarische Übersicht zum unübersichtlichen Streitstand findet sich etwa bei: GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 94.

25 Vgl. BAG 7.11.1989 – GS 3/85, NZA 1990, 816, 818, unter Verweis auf BAG 16.3.1956 – GS 1/55, NJW 1956, 1086; BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 94. GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 96.

26 BAG 24.4.2013 – 7 AZR 523/11, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 63; gegen diese Argumente: *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211, 214 f.

27 Richardi-*Richardi*, BetrVG, Einleitung Rn. 104.

28 BAG 1.2.2011 – 1 ABR 79/09, NZA 2011, 703, 705; BAG 22.5.2012 – 1 ABR 7/11, NZA–RR 2013, 78, 79; ausführlich zum verfassungsrechtlichen Fundament der betrieblichen Mitbestimmung: DKW-*Trümner*, BetrVG, § 1 Rn. 4 ff.

29 BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 94.

ken wie § 75 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG. Insofern sei der Prüfungsmaßstab für Betriebsvereinbarungen strenger als bei Tarifverträgen.[30]

## III. Die Normsetzungsprärogative der Koalitionen

Diese kurze Gegenüberstellung der beiden Systeme macht bereits deutlich, dass eine Differenzierung angezeigt ist und für das System des BAG eine tragende Bedeutung hat. Die Tarifautonomie ist bereits in formeller Hinsicht gegenüber der Betriebsautonomie hervorgehoben. Zwar bleibt es stets bei der Vorgabe praktischer Konkordanz, jedoch kann bereits den systematischen Vorgaben der Verfassung ein Primat tariflicher Lösung entnommen werden.

Das Konkurrenzverhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen vorgezeichnet. Bereits 1977 sprach das Gericht von einer Normsetzungsprärogative, entwarf diese aber gegenüber dem Gesetzgeber.[31] 1993 musste das Gericht über eine Verfassungsbeschwerde entscheiden, der die Entscheidung des BAG zur sog. Vorrangtheorie zugrunde lag – also die Demarkation von Betriebsverfassung und Tarifvertrag. In dieser Entscheidung betonte das Gericht, dass die angegriffene Entscheidung Tarifverträgen nicht die grundsätzliche Normsetzungsprärogative gegenüber Betriebsvereinbarungen abspreche.[32] Das BAG hat diese Vorgabe in der Folge negatorisch abgesichert.[33]

Es fällt nicht schwer, § 77 Abs. 3 BetrVG im Lichte dieser Vorgaben als Element der objektiven Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 GG einzuordnen.[34] Die Norm stützt und sichert zum einen objektiv das Tarifvertragssystem. Zum anderen schützt die Norm aber zugleich auch jede einzelne tarifliche Regelung und sichert daher unmittelbar auch den subjektiven Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG. Das BAG erblickt denn auch in konkurrierenden betrieblichen Normenverträgen eine Gefahr für das Tarifvertragssystem und die Aufgabe, die Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme zu gestalten.[35]

30 BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 94 Rn. 25.
31 BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, AP TVG § 5 Nr. 15.
32 BVerfG 29.6.1993 – 1 BvR 1916/91, NZA 1994, 34; vgl. auch schon früher: BAG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, AP TVG § 5 Nr. 15; DKW-*Berg*, BetrVG, § 77 Rn. 132.
33 Unterlassungsanspruch: BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NJW 1999, 3281; Beseitigungsanspruch: BAG 17.5.2011 – 1 AZR 473/09, NJW 2012, 250.
34 Zögernd: BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NZA 1996, 1157.
35 BAG 13.3.2012 – 1 AZR 659/10, NZA 2012, 990, 991 f.

Insgesamt kann es heute als gesichert gelten, dass ein Vorrang der Normsetzung durch Tarifvertrag gegenüber der Normsetzung durch Betriebsvereinbarung gilt. Die Literatur entnimmt dies bereits der Wertung des Art. 9 Abs. 3 GG.[36] § 77 Abs. 3 BetrVG soll daher auch im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG ausgelegt werden.[37] Dieses Konzept wird in der Literatur auch damit erklärt, dass § 77 Abs. 3 BetrVG den Vorrang des freiwilligen kollektiven Verbundes vor den normativen Regelungen der betrieblichen Zwangsgemeinschaft sichere.[38]

Zwar wurde gerade in den Anfangsjahren die Verfassungsgemäßheit des § 77 Abs. 3 BetrVG infrage gestellt.[39] Wirklich wahrnehmbar oder neu fundiert ist diese Position nicht mehr geworden. Das dürfte auch an der Interpretation von § 77 Abs. 3 BetrVG durch die Rechtsprechung liegen. Letztendlich muss bei der Anwendung von § 77 Abs. 3 BetrVG stets im Hintergrund der Grundsatz der praktischen Konkordanz Beachtung finden. Eine restriktive Interpretation folgt hieraus allerdings nicht.[40]

## IV. Zwischenergebnisse

Während die Tarifautonomie unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG erwächst, folgt die Betriebsautonomie aus dem BetrVG und somit aus dem einfachen Gesetzesrecht. Damit korreliert, dass Art. 9 Abs. 3 GG in seiner objektiven Dimension die Gewährleistung des Tarifvertragssystems ausstrahlt, während das Sozialstaats- und das Demokratieprinzip die Vorgaben des BetrVG und etwaige Kollisionen mit Gütern von Verfassungsrang rechtfertigen können. Systematisch ist damit bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene die Normsetzungsprärogative vorgezeichnet. Diese ist nicht absolut. Art. 9 Abs. 3 GG muss aber zum Ausgangspunkt jedweder Prüfung gemacht werden und sodann anhand des Grundsatzes der praktischen Konkordanz zusammen mit dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip auch in den Betrieben verwirklicht werden.

36 *Greiner* AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125.
37 *Schwarze*, RdA 2005, 159, 164.
38 Henssler/Willemsen/Kalb-*Hergenröder*, GG, Art. 9 Rn. 122.
39 Zuletzt: *Hablitzel*, NZA 2001, 467, 470.
40 A.A.: *Hablitzel*, NZA 2001, 467, 470 ff.

# B. Der Tarifvorrang nach § 77 Abs. 3 BetrVG

Die soeben dargestellte Normsetzungsprärogative der Tarifvertragsparteien wird maßgeblich durch § 77 Abs. 3 BetrVG verwirklicht: Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG erlaubt nur dann eine Abweichung, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt.

## I. Die Sperre nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG

Geht man von einer weiten Betriebsautonomie aus, ist die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG grundsätzlich ebenso weit.

### 1. Die dogmatische Einordnung durch das BAG

Die Tarifsperre gemäß § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG ist ein spezieller Ausdruck des in § 2 Abs. 3 BetrVG zum Ausdruck kommenden Regelungsansatzes, dass das BetrVG die Arbeit der Koalitionen nicht berührt.[41] § 77 Abs. 3 BetrVG spezifiziert diesen Ansatz konkret auf den Ausbau der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen in Form von Tarifverträgen.[42]

Das BAG ordnet § 77 Abs. 3 BetrVG nicht in die Riege von Regelungen ein, die die arbeitsrechtlichen Rechtsquellen ordnen; die Norm ist keine Konkurrenznorm. Vielmehr sperrt § 77 Abs. 3 BetrVG nach Ansicht des Gerichts die Betriebsautonomie und ist daher eine Kompetenznorm.[43] Gemeint ist damit die Befugnis, eine Regelungsfrage mit normativer Kraft auszugestalten. Folglich ist die Betriebsvereinbarung als Gestaltungsmittel der Regelungskompetenz der Betriebsparteien entzogen. Begrifflich ist die Formulierung des BAG unglücklich, weil der Betriebsautonomie als zentraler Kompetenz der Betriebspartner nur ein Aspekt genommen wird, eine schuldrechtliche Rege-

41 GK-*Wiese*, BetrVG, § 77 Rn. 86.

42 Richardi-*Richardi/Picker*, BetrVG, § 77 Rn. 255 f.

43 BAG 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, NZA 2018, 1150, 1152; BAG 25.2.2015 – 5 AZR 481/13, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 129; ebenso: *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit, 330; *Hoffmann/Köllmann*, NZA 2020, 914, 916.

lungsabrede aber weiterhin möglich bleibt. Insofern bezieht sich § 77 Abs. 3 BetrVG auf die Regelungs*form*kompetenz.

Bereits hier zeigt sich ein wichtiger Unterschied zum Tarifvorbehalt des § 87 BetrVG, auf den unter C. noch gesondert eingegangen werden soll. Dort führt die Existenz eines Tarifvertrags dazu, dass das Mitbestimmungsrecht im Rahmen des Geltungsbereichs des normativen Teils des Tarifvertrags gar nicht erst besteht.[44]

## 2. Sinn und Zweck der Regelung

Im Spannungsfeld der konkurrierenden Regelungskompetenzen stellt § 77 Abs. 3 BetrVG eine eindeutige und weitreichende Wertung zugunsten des Vorrangs der tariflichen Regelungsmacht dar.[45] Der Norm kommt somit auch die Funktion zu, die Betätigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG zu schützen.[46] Die Tarifautonomie soll nicht beeinträchtigt oder gar durch betriebliche Regelungen ausgehöhlt werden.[47] Vielmehr soll der Tarifvertrag einen unbedingten Vorrang genießen[48] und § 77 Abs. 3 BetrVG ein Nebeneinander von tariflichen bzw. tarifüblichen Regelungen und betrieblichen Regelungen ausschließen.[49]

Das BAG spricht unter Referenz auf das BVerfG insofern davon, dass die Norm geeignet und erforderlich ist, die Tarifnormen der vorrangig zur Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen aufgerufenen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberkoalitionen gegen eine konkurrierende betriebliche Rechtsetzung abzusichern. Diese würde den Bestand des Tarifvertragssystems gefährden und zugleich die den Koalitionen durch Art. 9 Abs. 3 GG zugewiesene Aufgabe, die Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme zu gestalten, infrage stellen.[50]

Auch wenn § 77 Abs. 3 BetrVG auf den ersten Blick einen abstrakten Schutz vermittelt, muss sich der Schutz der Tarifautonomie aktualisieren. Die Norm dient nach der Rechtsprechung des BAG und der Literatur zufolge der Sicherung der *aktualisierten und ausgeübten Tarifautonomie* sowie der Erhaltung und

44 DKW-*Klebe*, BetrVG, § 87 Rn. 36; Richardi-*Richardi/Maschmann*, BetrVG, § 87 Rn. 144. Dazu noch ausführlich S. 40ff.

45 Zur überkommenen Diskussion um die Vorgängerregelung: Richardi-*Richardi/Picker*, BetrVG, § 77 Rn. 259.

46 DKW-*Klebe*, BetrVG, § 77 Rn. 126; *Kissel*, NZA 1986, 73, 76; ErfK-*Kania*, BetrVG, § 77 Rn. 43.

47 *Thon*, NZA 2005, 858, 859.

48 So *Kissel*, NZA 1986, 73, 76.

49 GK-*Wiese*, BetrVG, § 77 Rn. 86.

50 BAG 13.3.2012 – 1 AZR 659/10, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 27.

Stärkung der Funktionsfähigkeit der Koalitionen.[51] § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG soll verhindern, dass Gegenstände, derer sich die Tarifvertragsparteien angenommen haben – selbst, wenn sie inhaltsgleich sind – in Betriebsvereinbarungen geregelt werden.[52] Zur Verwirklichung dieses Zwecks soll jede Normsetzung ausgeschlossen sein, die inhaltlich in Konkurrenz zur tariflichen Normsetzung treten würde.[53] Die Betriebspartner sollen gar nicht erst Konkurrenten der Tarifvertragsparteien werden.[54]

## 3. Der Bezugspunkt des § 77 Abs. 3 BetrVG

§ 77 Abs. 3 BetrVG richtet sich unmittelbar gegen Betriebsvereinbarungen, die Arbeitsentgelte oder sonstige Arbeitsbedingungen zum Gegenstand haben.

### a) Betriebsvereinbarungen

Von seinem Wortlaut aus betrachtet, sperrt § 77 Abs. 3 BetrVG Betriebsvereinbarungen. Der Begriff ist grundsätzlich formal zu verstehen. Gemeint ist nicht jede Abrede im Betrieb, sondern eine Regelung, die nach § 77 Abs. 4 BetrVG wie Tarifverträge normative Wirkung für die Arbeitsverträge entfaltet. Eine Ausnahme gilt jedoch für die Regelungen in einem Sozialplan. Nach § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG findet § 77 Abs. 3 BetrVG auf die Bestimmungen im Sozialplan keine Anwendung. Ein (qualifizierter) Interessenausgleich unterfällt hingegen im Grundsatz der Tarifsperre.[55] Bei § 87 BetrVG bestehen ebenfalls Besonderheiten, auf die unter D. gesondert eingegangen werden soll.

### b) Regelungsabreden

Nach heute h.M. sind Regelungsabreden nicht durch § 77 Abs. 3 BetrVG gesperrt.[56] Dieses Ergebnis wird unmittelbar aus dem Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG abgeleitet. Ferner wird angeführt, dass eine Regelungsabrede keinen unmittelbaren Zugriff auf den Arbeitsvertrag eröffne und somit die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers nicht erweitere.[57] Insofern besteht keine Konkurrenz von Normenverträgen, vor der § 77 Abs. 3 BetrVG gerade schützen soll.

---

51 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125; Däubler-*Zwanziger/Däubler*, TVG, § 4a Rn. 168.

52 BAG 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, NZA 2018, 1150, 1152; BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125.

53 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 78.

54 ErfK-*Kania*, BetrVG, § 77 Rn. 43; MünchArbR-*Arnold*, § 315 Rn. 65.

55 *Thon*, NZA 2005, 858, 859.

56 BAG 25.9.2002 – 10 AZR 554/01, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 241; ErfK-*Kania*, BetrVG, § 77 Rn. 130; *Benecke*, RdA 2020, 148, 151.

57 *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit, 332.

Gegen die h.M. wird angeführt, dass durch die Umsetzung der Regelungsabrede in die Individualverträge eine vergleichbare Gefahr für die Gewährleistung der Tarifautonomie geschaffen werde.[58] Das BAG hat diese Bedenken ernst genommen, sie aber nicht über § 77 Abs. 3 BetrVG gelöst, sondern bereits Art. 9 Abs. 3 GG zugeordnet. Durch die unmittelbare Drittwirkung der Regelung können betriebliche Gestaltungen verhindert werden, die auf die Beseitigung tariflicher Vorgaben im Betrieb gerichtet sind.[59] In diesem Fall folgt für die Regelungsabrede nicht die Nichtigkeit gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG, sondern den Koalitionen steht ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zu. Insofern haben es auch die durch Art. 9 Abs. 3 GG Geschützten in der Hand, ob die Regelungsabrede aus ihrer Sicht eine Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG darstellt, gegen die sie vorgehen möchten. Ist das nicht der Fall, gibt es auch keinen Grund, diese Gestaltungsform zu verhindern. Geht man diesen Gedanken konsequent weiter, müsste die Unwirksamkeit eigentlich aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG (ggf. i.V.m. § 134 BGB) folgen.[60] Eines Rückgriffs auf § 77 Abs. 3 BetrVG bedarf es nicht.

Umstritten innerhalb der h.M. ist, ob auch eine Regelungsabrede zugunsten Dritter (m.a.W.: Arbeitnehmern) möglich ist. Das BAG hat im Rahmen einer isoliert gebliebenen Entscheidung betont, dass Betriebsrat und Arbeitgeber eine solche Regelung nicht abschließen könnten.[61] Dem Betriebsrat komme im Rahmen seiner begrenzten Teilrechtsfähigkeit nur die Kompetenz zu, Betriebsvereinbarungen zu schließen, um Ansprüche von Arbeitnehmern zu begründen. Richtigerweise wird man diese Bedenken ebenfalls in die Rechtsprechung des BAG überführen können, die immer dann einen Angriff auf Art. 9 Abs. 3 GG annimmt, wenn versucht wird, die tarifliche Ordnung als solche zu beseitigen. Im Übrigen ist diese Rechtsprechung wenig überzeugend, weil sie voraussetzt, was sie begründen müsste. Zu unterschiedlich sind Betriebsvereinbarung und Regelungsabrede.

### c) Arbeitsentgelte und Arbeitsbedingungen

Der sachliche Anwendungsbereich des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG bezieht sich auf Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen. Das BAG versteht dieses unechte Begriffspaar – Entgelte sind Arbeitsbedingungen – weit und erfasst mate-

58 Däubler-*Zwanziger/Däubler*, TVG, § 4a Rn. 171.

59 BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NJW 1999, 3281; BAG 17.5.2011 – 1 AZR 473/09, NJW 2012, 250; vgl. auch *Friese*, Kollektive Koalitionsfreiheit, 154.

60 Hierzu m.w.N.: *Klocke*, SR 2020, 17, 22.

61 BAG 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, NZA 1998, 661, 663; ErfK-*Kania*, BetrVG, § 77 Rn. 132.

rielle wie formelle Arbeitsbedingungen.[62] Insofern sind alle Regelungen denkbar, die das Arbeitsverhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gestalten.[63]

Der Begriff „Entgelte" erfasst jede in Geld zahlbare Vergütung oder Sachleistung. Insbesondere werden auch Prämien, Gratifikationen oder Deputate von der Sperre erfasst.[64] Die Sperre bezieht sich somit auf die Vergütungsbestandteile selbst, die Höhe und die Anspruchsberechtigten.[65]

## 4. Die tarifliche Regelung (§ 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG)

Neben einer inhaltlichen Regelung durch eine Betriebsvereinbarung muss ein Tarifvertrag eine Regelung zu diesem Inhalt enthalten. Sowohl Verbands- als auch Haustarifverträge können die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG entfalten.[66]

### a) Die Wirksamkeit der tariflichen Regelung

§ 77 Abs. 3 BetrVG setzt zunächst voraus, dass überhaupt eine tarifliche Regelung besteht bzw. bestand. Die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG setzt daher voraus, dass der Tarifvertrag und die betreffende Regelung des Tarifvertrags wirksam sind. Damit sind insbesondere Tarifverträge von nicht tariffähigen Verbänden und Schein- bzw. Gefälligkeitstarifverträge nicht geeignet, eine Sperrwirkung zu entfalten.[67]

### b) Die Regelung des Tarifvertrags

Für die Sperrwirkung lassen sich drei unterschiedliche Formen von tariflichen Regelungen unterscheiden.

#### aa) Die positive Sachregelung

Die Sperrwirkung greift ein, wenn der Tarifvertrag eine positive, inhaltliche Sachregelung enthält.[68] Die Reichweite der Regelung ist – wie üblich – durch Auslegung zu gewinnen, wobei die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG gerade mit Blick auf die tarifliche Regelung anzuwenden ist. Die Betriebsvereinba-

62 BAG 20.2.2001 – 1 AZR 233/00, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 15; BAG 25.2.2015 – 5 AZR 481/13, NZA 2015, 943, 946; GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 93; ebenso: *Thon*, NZA 2005, 858, 859.

63 MünchArbR-*Arnold*, § 315 Rn. 68; in der Literatur wird vereinzelt geltend gemacht, dass Abschlussnormen nicht erfasst seien, vgl. *Thon*, NZA 2005, 858, 859.

64 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 70; MünchArbR-*Arnold*, § 315 Rn. 68.

65 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 70.

66 GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 119.

67 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 79.

68 BAG 29.10.2002 – 1 AZR 573/01, NZA 2003, 393, 395; Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 84; *Thon*, NZA 2005, 858, 859.

rung darf die Antwort auf die Frage, derer sich die Tarifvertragsparteien angenommen haben, nicht verändern oder gar anders beantworten.[69] Umgekehrt muss durch Auslegung geklärt werden, inwieweit die Tarifvertragsparteien die Sachfrage abschließend regeln wollten.[70]

### bb) Die Nicht-Regelung

Das BAG verknüpft die Wirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG mit der ausgeübten und aktualisierten Koalitionsfreiheit.[71] Insofern ist es konsequent, für den Fall, dass der Tarifvertrag keine Regelung zu einer Frage enthält, die Sperrwirkung nicht anzuwenden.[72] Das gilt jedenfalls für die Fälle, in denen die Tarifvertragsparteien eine Fragestellung nicht geregelt haben oder ungeregelt lassen wollten (sog. Negativregelung).[73] Der ausdrückliche Verzicht auf eine Sachregelung begründet somit keine Sperrwirkung.[74] Diese Fallgruppe ist insbesondere für übertarifliche Zulagen besonders wichtig und legitimiert diese praktisch bedeutsamen Arbeitsbedingungen.

Aus der Vorgabe, die ausgeübte Tarifautonomie zu schützen, hat das BAG weitergehend abgeleitet, dass die Tarifvertragsparteien ohne eigene Regelung nicht einfach die Betriebsautonomie beschränken dürfen.[75] Insofern hat das Gericht eine Regelung in einem Tarifvertrag, die eine einzelvertragliche Regelung zuließ, nicht als Sperre einer Betriebsvereinbarung angesehen.[76] Insgesamt lässt bereits § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG einen gewissen Spielraum für die Betriebsparteien erkennen, wenn bestimmte Fragen ausgeklammert wurden und auf die Ebene des Arbeitsvertrags delegiert wurden.

### cc) Die negative Sachregelung

Anders zu beurteilen ist jedoch die Konstellation, in der die Tarifvertragsparteien bewusst von einer Regelung abgelassen haben, weil die Nichtregelung Teil des Tarifwillens war. Augenscheinlich wird dies bei Verhandlungen, die bestimmte Forderungen etwa als Gegenleistung streichen. Wollen die Tarifvertragsparteien, dass eine bestimmte Regelung mit kollektivrechtlicher Wirkung nicht existieren soll, handelt es sich hierbei auch um durch Art. 9 Abs. 3 GG, § 77 Abs. 3 BetrVG geschützte ausgeübte Tarifautonomie. Dazu muss der tarif-

69 BAG 29.10.2002 – 1 AZR 573/01, NZA 2003, 393, 395.
70 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 84; *Hoffmann/Köllmann*, NZA 2020, 914, 915.
71 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125.
72 BAG 1.12.1992 – 1 AZR 234/92, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 3.
73 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 85.
74 BAG 1.12.1992 – 1 AZR 234/92, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 3.
75 BAG 1.12.1992 – 1 AZR 234/92, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 3.
76 BAG 1.12.1992 – 1 AZR 234/92, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 3.

lichen Regelung durch Auslegung entnommen werden können, dass sie hinsichtlich der fraglichen Bestimmung abschließend konzipiert war.[77]

Für die Praxis ist nicht immer leicht zu erkennen, ob eine bloße Nichtregelung oder eine negative Regelung getroffen wurde. Insofern misst die h.M. Tarifforderungen keine Bedeutung für die Sperrwirkung bei.[78] Eine einfache Tarifforderung begründet noch keinen Tarifvertrag. Gleiches gilt für Arbeitskämpfe über eine tarifliche Forderung. In diesen Konstellationen fehlt ein übereinstimmender Wille der Tarifvertragsparteien, dass eine solche Regelung nicht bestehen soll. Maßgeblich muss somit ein feststehender, übereinstimmender Wille der Tarifvertragsparteien sein, dass eine bestimmte Regelung nicht für die Arbeitsverträge existieren soll.

### c) Die Eröffnung des Geltungsbereichs

Geht man hiervon aus, liegt eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen nach der ständigen Rechtsprechung des BAG vor, wenn diese in einem nach seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich einschlägigen Tarifvertrag enthalten ist und der Betrieb in den Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt.[79] Damit ist zugleich gesagt, dass die Tarifvertragsparteien durch ihre Regelungen im Tarifvertrag über die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG bestimmen. Denn sie legen den Geltungsbereich in räumlicher und betrieblicher Hinsicht fest.[80] Auch personelle Festlegungen und Ausnahmen sind zu berücksichtigen.[81]

Das bedeutet, dass ein räumlich beschränkter Flächentarifvertrag eben auch nur auf diese Fläche beschränkt ist und keine Sperrwirkung in anderen Gebieten entfaltet.[82] Wird umgekehrt auf eine Beschreibung des betrieblichen Geltungsbereichs verzichtet, stellen die Bestimmungen nach dem Rechtsgedanken der §§ 4, 3 TVG lediglich auf die Mitgliedschaft ab und sperren somit Regelungen für sämtliche Tätigkeitsfelder der Mitglieder für Betriebsvereinbarungen.[83]

77 GK-*Wiese*, BetrVG, § 77 Rn. 126; zu § 87 BetrVG: BAG 3.12.1991 – GS 2/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51.
78 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 86.
79 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22 NZA 2023, 979, 985; BAG 15.11.2023 – 10 AZR 288/22, NZA 2024, 400, 404; BAG 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, NZA 2018, 1150, 1152; *Thon*, NZA 2005, 858, 859; *Hoffmann/Köllmann*, NZA 2020, 914, 914.
80 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 75.
81 GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 113.
82 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 76.
83 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 76.

Gilt ein Tarifvertrag nach seinem Geltungsbereich nicht für einen Betrieb, führt selbst der massenhafte Einsatz von Bezugnahmeklauseln nicht zur Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG.[84] Der Tarifvertrag gilt auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Tarifüblichkeit.

Jenseits des in der Regel deutlich größeren Anwendungsbereichs des Flächentarifvertrags bestehen hinsichtlich der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG im Ausgangspunkt keine Unterschiede. Auch wenn einmal der Versuch unternommen wurde, § 77 Abs. 3 BetrVG nicht für Firmentarifverträge zur Anwendung zu bringen,[85] entspricht es der Rechtsprechung des BAG, auch in diesem Fall von einer Sperrwirkung auszugehen.[86] Denn richtigerweise geht es bei § 77 Abs. 3 BetrVG nicht um den Schutz einer überbetrieblichen Ordnung, sondern um den Schutz jeder ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie.[87]

Für Gemeinschaftsbetriebe ist zu differenzieren.[88] Die Sperrwirkung soll nicht notwendigerweise für den gesamten Betrieb gelten, sondern nur insoweit eine Konkurrenz mit dem Anwendungsbereich des Tarifvertrags besteht. Das ermöglicht Differenzierungen gerade hinsichtlich bestimmter Betriebsteile oder bestimmter Arbeitnehmergruppen im Tarifvertrag.[89]

### d) Insbesondere: die Nachwirkung

Schwierig zu beurteilen ist die Konkurrenzsituation, wenn der Tarifvertrag zeitlich abgelaufen ist.[90] Für die Normwirkung ordnet § 4 Abs. 5 TVG die sog. Nachwirkung an, um tariflose Zustände zu verhindern.[91] Die Nachwirkung hat somit sowohl eine Überbrückungs- als auch eine Konservierungsfunktion.[92] Die Nachwirkung hat allerdings zur Konsequenz, dass das unmittelbar geltende und zwingende Tarifrecht dispositiv wird. Denn nunmehr kann der Tarifvertrag durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Umgekehrt erwei-

84 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 82; *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 24 mit dem Hinweis, dass die vertragliche Bezugnahme nicht zu einer Geltung des Tarifvertrags im Betrieb i.S.v. § 77 Abs. 3 BetrVG führt.

85 *Worzalla* in: Hess/Worzalla/Glock u.a., BetrVG Kommentar, § 77 Rn. 131; *Worzalla* sieht eine Unwucht zugunsten der Gewerkschaften, weil nur diesen und nicht den Arbeitgeberverbänden ein Monopol gewährt würde. Mit § 2 Abs. 1 TVG ist diese Differenzierung nicht zu vereinbaren.

86 BAG 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097.

87 GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 119; Richardi-*Richardi/Picker*, BetrVG, § 77 Rn. 273.

88 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 79a.

89 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 79a.

90 Die Frage stellt sich ebenso, wenn die Nachbindung eingetreten ist, aber der Tarifvertrag geändert wurde. Dann greift nach der Rechtsprechung § 4 Abs. 5 TVG ebenfalls ein (BAG 7.11.2001 – 4 AZR 703/00, AP TVG § 3 Verbandsaustritt Nr. 11).

91 BAG 4.7.2007 – 4 AZR 439/06, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 48: „Überbrückung".

92 ErfK-*Franzen*, TVG, § 4 Rn. 51.

tert § 4 Abs. 5 TVG die Regelungsmacht der Betriebsparteien aber grundsätzlich nicht.[93]

Ganz generell herrscht Einigkeit, dass auch eine Betriebsvereinbarung eine solche „andere Abmachung" sein kann.[94] Allerdings entfaltet auch hier § 77 Abs. 3 BetrVG Geltung – was häufig übersehen wird.

Insofern muss die betriebliche Regelung sich daran messen lassen, ob eine tarifliche Regelung besteht. Die nachwirkende tarifliche Regelung soll es nach h.M. allerdings nicht sein.[95] Als Grund wird etwa angeführt, dass dem Tarifvertrag in diesem Stadium keine zwingende Wirkung mehr zukomme und er durch andere Abmachungen ersetzt werden könne. Das Argument löst das Problem aber nur vordergründig über das Wesen der Nachwirkung. Stärker wird die Position, wenn man sich vor Augen führt, dass der durch die Tarifvertragsparteien festgelegte zeitliche Geltungsbereich überschritten ist und somit die Normsetzung selbst keinen eigenen Regelungsanspruch mehr formuliert, sondern qua Gesetz fortwirkt.

Darüber hinaus kann es allerdings vorkommen, dass trotz des Endes des Tarifvertrags der Betrieb noch in den Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags fällt. So ist es etwa denkbar, dass ein spezieller Firmentarifvertrag ausläuft und ein Verbandstarifvertrag im Hintergrund nunmehr die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG auslöst. Insofern sollte man über diesen Punkt nicht vorschnell hinweggehen.

Selbst wenn kein Tarifvertrag mehr nach seinem Geltungsbereich eröffnet ist, kann § 77 Abs. 3 BetrVG einer Betriebsvereinbarung entgegenstehen, wenn eine tarifliche Regelung üblich ist.[96] Mit anderen Worten müssen nach Ende des Tarifvertrags Verhandlungen durchgeführt oder anvisiert worden sein. Dies dürfte der Regelfall sein, sodass § 77 Abs. 3 BetrVG auch im Falle der Nachwirkung oftmals eine Sperrwirkung entfalten wird. Haben die Tarifparteien hingegen ausnahmsweise von einer Regelung Abstand genommen, dann ist sie nach zu § 77 Abs. 3 BetrVG h.M. nicht mehr üblich.[97]

---

93 Däubler-*Bepler*, TVG, § 4 Rn. 982

94 ErfK-*Franzen*, TVG, § 4 Rn. 62; Wiedemann-*Bayreuther*, TVG, § 4 Rn. 233.

95 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 83; DKW-*Berg*, BetrVG, § 77 Rn. 146; *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 24; GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 121.

96 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 83; in diese Richtung auch Däubler-*Bepler*, TVG, § 4 Rn. 982; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 4 Rn. 847.

97 Dazu oben S. 31ff.; vgl. auch Däubler-*Bepler*, TVG, § 4 Rn. 982.

Diese Lösung kann gerade bei Umstrukturierungen zu Problemen und insbesondere zu Lücken für den Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG führen. Denn wenn der Betrieb auf einen Rechtsträger übertragen wird, der bislang nicht am Tarifvertrag beteiligt war, besteht nach h.M. keine Üblichkeit. Insofern gilt weder ein Tarifvertrag zwingend noch ist eine Üblichkeit begründet. Dann wäre Raum für eine Betriebsvereinbarung, obgleich, wäre alles so geblieben wie sonst, der Schutz der tariflichen Regelung über § 77 Abs. 3 BetrVG gewährleistet worden wäre. Diesem Punkt soll später unter G. nachgegangen werden und einer Lösung jenseits der Nachwirkung zugeführt werden. Das BAG hat bei Vergütungsordnungen einen Weg entwickelt, der Art. 9 Abs. 3 GG im Ansatz Rechnung trägt.

### e) Die Tarifbindung des Arbeitgebers

Weiterhin stellt sich die Frage, ob § 77 Abs. 3 TVG voraussetzt, dass der Arbeitgeber des Betriebs überhaupt tarifgebunden sein muss, um von der Sperrwirkung erfasst zu werden.

In der Literatur ist diese Frage immer noch umstritten. Die weit überwiegende Auffassung sieht von diesem Erfordernis ab.[98] Nur eine Minderheit verlangt eine Tarifbindung.[99] So wird etwa darauf hingewiesen, dass nur bei Tarifbindung die Normsetzungsprärogative betroffen sei.[100]

Nach Ansicht des BAG kommt es auf die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nicht an.[101] Das Gericht hat diese These mit dem Normzweck begründet.[102] Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie werde auch dann gestört, wenn die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber „Konkurrenzregelungen" in Form von Betriebsvereinbarungen erreichen könnten. Es solle vorrangig Aufgabe der Tarifvertragsparteien sein, Arbeitsbedingungen festzulegen. Dies müsse nicht über Verbandstarifverträge erfolgen, sondern könne auch über Firmentarifverträge erreicht werden. Betriebsvereinbarungen seien in diesem System nicht ausgeschlossen, sondern könnten über Öffnungsklauseln ermöglicht werden.

---

98 *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 24; DWK-*Berg* BetrVG § 77 Rn. 140; ErfK-*Kania*, BetrVG, § 77 Rn. 45; Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 78; MünchArbR-*Arnold*, § 315 Rn. 72; Richardi-*Richardi/Picker*, BetrVG, § 77 Rn. 274.

99 GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 116; *Hablitzel*, NZA 2001, 467, 471; *Ehmann/Schmidt*, NZA 1995, 193, 196: kein „Regelungsmonopol".

100 GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 116.

101 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22 NZA 2023, 979, 985; BAG 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, NZA 2018, 1150, 1152; BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383; BAG 25.2.2015 – 5 AZR 481/13, NZA 2015, 943, 946; BAG 15.11.2023 – 10 AZR 288/22, NZA 2024, 400, 404; BAG 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 11; grundlegend: BAG 24.1.1996 – 1 AZR 597/95, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 8.

102 BAG 24.1.1996 – 1 AZR 597/95, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 8.

In der Tat geht die Norm des § 77 Abs. 3 BetrVG in ihren Gewährleistungen über die bloße Auflösung von konkreten Kollisionslagen hinaus. Da sie auf die Sicherung von Art. 9 Abs. 3 GG ausgerichtet ist, kommt ihr auch die Funktion zu, das Tarifvertragssystem zu schützen.[103] Dieses Ergebnis hat zur Konsequenz, dass allein die Möglichkeit der Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband und der damit einhergehenden Möglichkeit der Tarifwirkung ausreicht, um die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG zu begründen. Daher erfasst § 77 Abs. 3 BetrVG insbesondere auch Fälle, in denen ein Betrieb auf einen nicht tarifgebundenen Rechtsträger ausgegliedert wird.[104] Auch auf diese Weise wird verhindert, dass eine betriebliche Konkurrenzordnung erzeugt wird. Vor diesem Hintergrund transportiert der weite Wortlaut des § 77 Abs. 3 BetrVG ein klares Ergebnis: Es genügt die Existenz einer einschlägigen tariflichen Regelung.

### f) Insbesondere: die OT-Mitgliedschaft

Unter denen, die die Tarifbindung grundsätzlich für entbehrlich halten, ist weiterhin umstritten, ob nicht eine Ausnahme von der Sperrwirkung für sog. OT-Mitglieder („ohne Tarifbindung") der Arbeitgeberverbände zu machen sei.

Grundsätzlich ist der Wechsel in die OT-Mitgliedschaft nicht anders zu bewerten als der Austritt aus dem Verband. Eine Tarifbindung ist wie soeben geschildert für § 77 Abs. 1 BetrVG nicht erforderlich. Das Problem wird nur dann virulent, wenn der Geltungsbereich des Tarifvertrags lediglich auf ordentliche Verbandsmitglieder entworfen ist und insbesondere Mitglieder in der OT-Mitgliedschaft nicht erreichen soll.[105] In der Literatur wird hierzu vertreten, dass diese Frage wertungsgemäß wie eine Frage der Tarifbindung zu lösen sei.[106] Das BAG hat diese Frage differenziert gelöst. Eine solche Gestaltung schließt danach die Sperrwirkung nicht allgemein aus.[107] Denn die Gestaltung könne so verstanden werden, dass der Tarifvertrag sich auf potenzielle Mitglieder des tarifschließenden Verbands erstrecke. Insofern ist das Problem über die Auslegung eines jeden entsprechend formulierten Tarifvertrags zu lösen.[108]

103 BAG 24.1.1996 – 1 AZR 597/95, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 8; DKW-*Berg*, BetrVG, § 77 Rn. 127.
104 DKW-*Berg*, BetrVG, § 77 Rn. 140.
105 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 386; ErfK-*Kania*, BetrVG, § 77 Rn. 46.
106 DKW-*Berg*, BetrVG, § 77 Rn. 142.
107 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 387 m.w.N.
108 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 387.

## 5. Die Tarifüblichkeit (§ 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BetrVG)

Während das Merkmal der Tarifüblichkeit nach alter Rechtslage von größerer Bedeutung war, kommt dem Tatbestand heute eher eine Auffangfunktion zu.[109] Früher wurde stärker auf die Repräsentativität einer tariflichen Regelung im Wirtschafts- oder Gewerbezweig abgestellt.[110] Inwieweit eine Regelung in Tarifverträgen üblich ist, wird heute hingegen aus der einschlägigen Tarifpraxis gefolgert.[111]

### a) Die Bestimmung der Üblichkeit

Ob eine Regelung vorliegt, die üblicherweise in Tarifverträgen enthalten ist, bestimmt das BAG im Ausgangspunkt vergangenheitsbezogen. Entscheidend ist, dass der Regelungsgegenstand in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Parteien aktuell über ihn Verhandlungen führen.[112] Dahinter steht die Perspektive, dass zeitliche Geltungslücken zwischen altem und neuem Tarifvertrag nicht zum Wegfall der Sperrwirkung führen sollen.[113]

Verhandeln die Tarifvertragsparteien hingegen zum ersten Mal überhaupt über den Regelungsgegenstand, begründet eine anvisierte Regelung noch keine Tarifüblichkeit.[114] Daran ändert auch der Stand der Verhandlungen nichts.[115]

Davon ausgehend stellt sich die Frage, wie der Fall zu behandeln ist, wenn nach Ende des erstmaligen Tarifvertrags verhandelt wird. Es ließe sich erwägen, aus einem einmaligen Tarifabschluss noch keine Üblichkeit i.S.v. § 77 Abs. 3 BetrVG abzuleiten. In der Literatur wird betont, dass die Sperrwirkung frühestens mit dem erstmaligen Abschluss eintreten könne.[116] Nach heute h.M. genügt bereits ein einmaliger Tarifvertragsabschluss, wenn er von gewisser Dauer war.[117] Das überzeugt, weil der Grund für die Üblichkeit nicht allein der Tarifabschluss, sondern auch die danach eintretende Tarifgeltung ist. Hat ein Tarifvertrag nach dem Abschluss die Arbeitsverhältnisse geprägt, war eine entsprechende Regelung daher auch üblich.

---

109 Zu diesem Punkt: GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 129.
110 BAG 16.9.1960 – 1 ABR 5/59 = juris; hierzu: *Thon*, NZA 2005, 858, 860.
111 BAG 26.8.2008 – 1 AZR 354/07, NZA 2008, 1426, 1427; Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 90; *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 27.
112 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 917; *Hoffmann/Köllmann*, NZA 2020, 914, 915.
113 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 917.
114 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 917.
115 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 917.
116 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 91; *Thon*, NZA 2005, 858, 860.
117 Richardi-*Richardi/Picker*, BetrVG, § 77 Rn. 291 m.w.N.

Für Tarifverträge, die auf einmalige, nicht wiederkehrende Situationen bezogen sind, kann eine Üblichkeit hingegen bezweifelt werden. Da BAG und BVerfG bereits das Aushandeln von Tarifverträgen dem Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG unterstellen,[118] ergibt es Sinn, hier ein einheitliches Schutzniveau zu erschaffen und keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Bei einem Sanierungstarifvertragsplan mit Beschäftigungsgarantien kommt es ohnehin auf die Laufzeit und somit die Tarifgeltung an.

### b) Das Ende der Tarifüblichkeit

Schwieriger zu bestimmen ist, wann eine einmal begründete Tarifüblichkeit enden kann. Der Begriff der Tarifüblichkeit steht nicht in einer Wechselbeziehung zur Nachwirkung. Vielmehr ist der Begriff losgelöst von der Regelungsidee des § 4 Abs. 5 TVG zu entwickeln. Insofern lässt sich die Üblichkeit nicht durch andere Abmachungen ausschließen.[119] Die Tarifüblichkeit kann vielmehr erst dann entfallen, wenn die Tarifvertragsparteien in Zukunft keine entsprechende Regelung mehr treffen wollen.[120] Eine Üblichkeit kann auch dann nicht bestehen, wenn einer der beiden Tarifpartner wegfällt, etwa weil der Verband sich aufgelöst hat oder sich nunmehr für unzuständig erklärt hat.[121]

### c) Keine Unterscheidung bei Haus- und Verbandstarifverträgen

Im Ausgangspunkt macht es keinen Unterschied, ob Verbände die Tarifüblichkeit begründen oder die Üblichkeit nur via Haustarifvertrag begründet wird. Maßgeblicher Ausgangspunkt der Tarifüblichkeit ist stets ein in der Vergangenheit abgeschlossener Tarifvertrag und dessen Geltungsbereich.

Von der h.M. wird angenommen, dass eine Vielzahl von Haustarifverträgen keine Tarifüblichkeit für die gesamte Branche begründen kann.[122] Der Geltungsanspruch eines Firmentarifvertrags erstreckt sich von vornherein nicht über die Betriebe der an ihn gebundenen Unternehmen hinaus.[123]

Im Falle eines Branchentarifvertrags hat das BAG betont, dass die Regelung der betreffenden Materie in Form eines Tarifvertrags in der entsprechenden Branche üblich sein muss.[124] Dieser Ansatz folgt wiederum aus dem Gedanken, dass die nicht gebundenen Unternehmen jederzeit Mitglieder des Verbands

118 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915, 917; BAG 22.6.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575, 581.
119 GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 133.
120 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 93.
121 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 94.
122 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 92; DWK-*Berg*, BetrVG, § 77 Rn. 148.
123 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 386.
124 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 386 f.

werden können. Ist der Geltungsbereich daher nicht auf die aktuellen Mitglieder beschränkt, folgt auch die Ermittlung der Üblichkeit diesem Ansatz.

Schließt hingegen ein verbandsangehöriger Arbeitgeber nach Ablauf eines Tarifvertrags einen Haustarifvertrag, so beendet dieser nicht die Tarifüblichkeit des Verbandstarifvertrags *in toto*, sondern für den Arbeitgeber gilt nunmehr originär nur der Haustarifvertrag. Für die übrigen Arbeitgeber bleibt es bei der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG.[125]

## 6. Keine Geltung des Günstigkeitsprinzips (Verhältnis zu § 4 Abs. 3 TVG)

Der weitreichende und rigorose Mechanismus des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG wirft die Frage auf, ob günstigere Regelungen in Form von Betriebsvereinbarungen zulässig sind.

### a) Grundlagen

In der Literatur wird immer wieder erwogen, § 77 Abs. 3 BetrVG für günstigere Betriebsvereinbarungen nicht zur Anwendung zu bringen.[126] Von der heute h.M. wird dies hingegen abgelehnt.[127] Das BAG hat diesen Ansatz 2006 bestätigt.[128] In der Literatur wird insbesondere die Sorge akzentuiert, die Zulassung des Günstigkeitsprinzips könne dazu führen, dass die Betriebsparteien die tariflichen Regelungen überbieten könnten.[129] Diesen Ansatz allein mag man nicht überzeugend finden. Von der Warte des Arbeitsrechts aus ist die Lösung nicht misslich. Es ist vielmehr das Wesen des Günstigkeitsprinzips, bessere Arbeitsbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer zur Geltung zu bringen.

Hinter dem Argument steht jedoch ein anderer, wichtigerer Punkt. § 77 Abs. 3 BetrVG sichert die Arbeit der Koalitionen, d.h. die Ergebnisse aller Tarifpartner. Folgt man dem Sachgruppenvergleich oder dem Einzelvergleich, würde je nach Günstigkeit das tarifliche Regelungswerk durch betriebliche Lösungen durchbrochen. Das Problem der Anwendung des Günstigkeitsprinzips liegt daher in der Gefahr der Verzerrung der tariflichen Verhandlungsarchitektur, die die Grundlage des Tarifvertrags bildet. Die Tarifverhandlungen stünden unter keinem guten Stern, könnten zuweilen hart erkämpfte Kompromisse durch betriebliche Lösungen verzerrt werden. Genau hierfür gibt es vielmehr

125 GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 137.
126 *Hablitzel*, NZA 2001, 467, 470; *Ehmann/Schmidt* NZA 1995, 193, 200; *Blomeyer*, NZA 1996, 337, 345.
127 MünchArbR-*Arnold*, § 315 Rn. 70.
128 BAG 30.5.2006 – 1 AZR 111/05, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 23 Rn. 27.
129 GK-*Wiese*, BetrVG, § 77 Rn. 86.

die Öffnungsklauseln. Insofern überzeugt es, das Günstigkeitsprinzip nicht zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag wirken zu lassen. Die Prämisse ist die Einordnung von § 77 Abs. 3 BetrVG als Lex specialis gegenüber § 4 Abs. 3 TVG. Während § 4 Abs. 3 TVG eine allgemein gehaltene Norm ist, regelt § 77 Abs. 3 BetrVG speziell den Vorrang des Tarifvertrags, ohne – was angesichts § 4 Abs. 3 TVG nahegelegen hätte – auch auf das Günstigkeitsprinzip zu referieren.

### b) Sonderfall: ablösende Betriebsvereinbarungen

Das BAG vertritt die Auffassung, dass vorformulierte arbeitsvertragliche Regelungen durch Betriebsvereinbarungen abgelöst werden können.[130] Dies ist nicht der Ort, um die Richtigkeit dieser abzulehnenden Rechtsprechung eingehend zu erörtern.[131] Legt man die Rechtsprechung zugrunde, stellt sich die Frage, ob ausnahmsweise auf das Günstigkeitsprinzip zurückgegriffen werden kann, weil dieses für die abgelöste vertragliche Regelung gelten würde.

Das Problem stellt sich zweimal: sofern man annimmt, dass die Betriebsvereinbarung wirksam ist, oder – was überzeugender ist –, wenn die Betriebsvereinbarung gleichwohl nach § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam ist. Im zweiten Fall könnte nämlich die Betriebsvereinbarung nach § 140 BGB noch in eine Gesamtzusage umgedeutet werden. Diese individualvertragliche Lösung wäre dann aber wiederum vom Günstigkeitsprinzip erfasst. Dieser Punkt wird umfassend gesondert unter F. diskutiert.

## II. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes nach § 77 Abs. 3 BetrVG

Auf der Rechtsfolgenseite ist § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG unbestimmt. Nach Ansicht des BAG sind Betriebsvereinbarungen, die gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßen, unwirksam.[132] Die Sperrwirkung soll bereits verhindern, dass einzelne Regelungsgegenstände, derer sich die Tarifvertragsparteien angenommen haben, konkurrierend in Betriebsvereinbarungen geregelt werden.[133]

130 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916.
131 *Waltermann*, RdA 2016, 296; *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211, 223 f.
132 BAG 15.11.2023 – 10 AZR 288/22, NZA 2024, 400, 404.
133 BAG 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, NZA 2018, 1150.

## 1. Die Unwirksamkeit der verstoßenden Regelungen

Schließen Betriebsrat und Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung ab, die eine oder mehrere Regelungen enthält, entfalten diese Regelungen mangels Regelungskompetenz keine Wirksamkeit. Der Tarifvorbehalt nach 77 Abs. 3 BetrVG führt auf diese Weise zur Unwirksamkeit der Regelungen in der Betriebsvereinbarung.[134] Diese Unwirksamkeit ist aber nach h.M. keine absolute, sondern nur eine schwebende.[135] Denn sobald die Sperrwirkung mangels zukünftiger Regelung endet, kann die Betriebsvereinbarung wieder in Geltung gesetzt werden.

Für die Einordnung als Kompetenznorm ist dann der Fall problematisch, dass zunächst keine tarifliche Regelung bestand, diese aber später geschlossen wurde. Bei Abschluss der Betriebsvereinbarung hatten die Betriebspartner somit noch die Betriebsvereinbarungskompetenz. Trotzdem macht es nach h.M. keinen Unterschied, ob der Tarifvertrag bei Abschluss der Betriebsvereinbarung bereits bestand oder erst später geschlossen wird. Im zweiten Fall wird die Betriebsvereinbarung ab Wirksamwerden des Tarifvertrags *ex nunc* unwirksam.[136] Dieses Ergebnis lässt sich in der Tat auf zwei Weisen begründen. Dogmatisch bricht mit der fehlenden Kompetenz die Grundlage der normativen Regelung weg. Wertungsgemäß kann der Zeitpunkt für den Schutz der Geltung der tariflichen Regelung keine Bedeutung haben. Auch in diesem Fall besteht die Gefahr, dass die tarifliche Regelung unterlaufen wird – zumal sie schon in der Welt ist.

## 2. Die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung

Das BAG wendet den Rechtsgedanken des § 139 BGB auf die nicht betroffene Betriebsvereinbarung an.[137] Dies kann im Extremfall dazu führen, dass die gesamte Betriebsvereinbarung unwirksam ist.[138] Das gilt insbesondere, wenn der verbleibende Teil ersichtlich keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung darstellt.[139]

134 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22 NZA 2023, 979, 985.
135 Däubler-*Zwanziger/Däubler*, TVG, § 4a Rn. 188 unter Verweis auf BAG 20.4.1999 – 1 AZR 631/98, AP BetrVG 1972, § 77 Tarifvorbehalt Nr. 12.
136 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, AP TVG § 4 Geltungsbereich Nr. 26; Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 83; *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 28.
137 BAG 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, NZA 2018, 1150, 1153.
138 BAG 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, NZA 2018, 1150, 1153.
139 BAG 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, NZA 2018, 1150, 1153.

### 3. Auslegung und Umdeutung

Nach der Rechtsprechung ist es möglich, im Falle einer gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksamen Betriebsvereinbarung auf die Umdeutung nach § 140 BGB zurückzugreifen.[140] Dabei soll nicht die Betriebsvereinbarung als solche umgedeutet werden, vielmehr bezieht sich die Umdeutung auf besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen, der Arbeitgeber habe sich unabhängig von der Betriebsvereinbarung auf jeden Fall verpflichten wollen, seinen Arbeitnehmern die in dieser vorgesehenen Leistungen zu gewähren. Richtigerweise handelt es sich um eine ergänzende Auslegung des Verhaltens des Arbeitgebers. In der Sache ist freilich so oder so zu untersuchen, ob sich der Arbeitgeber unabhängig von der Betriebsvereinbarung auf jeden Fall verpflichten wollte, seinen Arbeitnehmern die in dieser Vereinbarung vorgesehenen Leistungen zu gewähren.[141]

## III. Die Zulassung nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG

Die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG kann durch sog. Öffnungsklauseln ausgeschlossen werden. Dazu muss ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulassen (§ 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG). Das BAG hat auch die Öffnung des Tarifvertrags als eine durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Entscheidung eingeordnet.[142] Damit bestätigt § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG die Normsetzungsprärogative, indem es den Koalitionen vorbehalten sein soll, ob sie ergänzende Betriebsvereinbarungen zulassen oder nicht.[143]

### 1. Ausdrückliche Regelung

Der Gesetzeswortlaut spricht davon, dass die Öffnung ausdrücklich erfolgen muss. Die Rechtsprechung verlangt an dieser Stelle allerdings keinen reinen Wörter-Formalismus, sondern lässt es genügen, wenn die Zulassung im Tarifvertrag deutlich zum Ausdruck kommt.[144] Ob und inwieweit ein Tarifvertrag Betriebsvereinbarungen zulässt, ist daher regelmäßig erst durch Auslegung zu

140 BAG 23.1.2018 – 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871, 874.
141 Hierzu ausführlich: Däubler-*Zwanziger/Däubler*, TVG, § 4a Rn. 190.
142 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125.
143 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125 Rn. 42.
144 BAG 24.1.2024 – 10 AZR 33/23, NZA 2024, 562; BAG 29.10.2002 – 1 AZR 573/01, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 18.

ermitteln.[145] Jüngst hat das BAG etwa einer tariflichen Bestimmung, wonach ein aufgrund betrieblicher Regelung gewährtes Urlaubsgeld auf die tarifliche Leistung anzurechnen sein sollte, auch die Gestattung entnommen, eine übertarifliche Leistung durch Betriebsvereinbarung zu regeln.[146]

### 2. Ergänzende Regelungen

Der Begriff der ergänzenden Betriebsvereinbarung wird heute allgemein weit ausgelegt.[147] Da die Tarifvertragsparteien Betriebsvereinbarungen gänzlich sperren können, ist ihre Regelungsmacht für die Ergänzungen und Abweichungen durch Betriebsvereinbarungen sehr weit. Anders gewendet haben die Tarifvertragsparteien darüber zu entscheiden, ob und inwieweit sie den Betriebsparteien die diesen durch § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG entzogene Gestaltungsmacht zurückgeben.[148] Sie können daher nicht nur inhaltliche Vorgaben machen, sie können auch Vorgaben für das Verfahren als solches machen.[149] Das BAG lässt es insbesondere zu, dass die Tarifvertragsparteien nicht nur ergänzende Regeln erlauben, sondern sogar auch abweichende.[150] In diesem Fall entnimmt das Gericht dem Gebot der Normenklarheit, dass diese Öffnung mit der gebotenen Deutlichkeit erfolgen muss.[151] Anerkannt ist mittlerweile auch, dass ein Tarifvertrag eine Betriebsvereinbarung, die eigentlich gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßen hat, – unter Beachtung des Vertrauensschutzes – rückwirkend zulassen kann.[152]

## IV. Zwischenergebnisse

§ 77 Abs. 3 BetrVG sichert den Geltungsanspruch tariflicher Regelungen gegenüber Betriebsvereinbarungen. Im Geltungsbereich eines Tarifvertrags oder bei entsprechender Tarifüblichkeiten können die Betriebsparteien keine Betriebsvereinbarungen abschließen. Nur wenn der Tarifvertrag selbst eine solche Gestaltung zulässt, greift die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG nicht ein. Bei Verstößen gegen den Tarifvorrang ist eine Betriebsvereinbarung unwirksam und kann nur durch eine nachträgliche Zulassung im Tarifvertrag geheilt werden. Insgesamt bildet § 77 Abs. 3 BetrVG ein engmaschiges Netz,

145 *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 31.
146 BAG 24.1.2024 – 10 AZR 33/23, NZA 2024, 562.
147 ErfK-*Kania*, BetrVG, § 77 Rn. 60.
148 BAG 13.8.2019 – 1 AZR 213/18, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 117.
149 BAG 13.8.2019 – 1 AZR 213/18, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 117.
150 BAG 12.3.2019 – 1 AZR 307/17, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 116.
151 BAG 12.3.2019 – 1 AZR 307/17, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 116.
152 BAG 13.8.2019 – 1 AZR 213/18, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 117.

um die Normsetzungsprärogative (dazu bereits A.) einfachgesetzlich abzusichern. Am deutlichsten wird die Reichweite des § 77 Abs. 3 BetrVG daran, dass das Verbot des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht einmal die Tarifbindung des Arbeitgebers voraussetzt, sondern allein durch die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Festlegung des Geltungsbereichs des Tarifvertrags ausgelöst wird.

# C. Die Regelungssperre nach § 87 Abs. 1 ES BetrVG

Neben § 77 Abs. 3 BetrVG enthält auch § 87 BetrVG eine Aussage zur Rechtsstellung des Betriebsrats für den Fall, dass bereits eine tarifliche Regelung besteht: Die Norm regelt das zentrale Mitbestimmungsrecht bei sozialen Angelegenheiten und steht nach § 87 Abs. 1 ES BetrVG unter dem Vorbehalt einer gesetzlichen oder einer tariflichen Regelung.

## I. Sinn und Zweck der Regelungssperre

Während es beim Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG um die gleichberechtigte Teilhabe der Arbeitnehmer an der Gestaltung der sozialen Tatbestände geht,[153] ist unklar, welchen Zweck genau der sog. Tarifvorbehalt des Mitbestimmungsrechts verfolgt. Von der Warte des Art. 9 Abs. 3 GG aus sichert der Tarifvorbehalt den Regelungsanspruch der Tarifvertragsparteien für diese Fragen nach § 87 Abs. 1 Nr. 1–14 BetrVG. Von der Warte des § 87 BetrVG aus soll der Vorbehalt überprüfen, ob nicht bereits eine Regelung zur Sicherung der Interessen der Arbeitnehmer besteht. Insofern wäre das Eingreifen des Tarifvorbehalts weniger der Normsetzungsprärogative zugeordnet als vielmehr allein der Regelungsbedürftigkeit im Interesse der Arbeitnehmer im Betrieb. Die Zweckbestimmung des Tarifvorbehalts steht somit unmittelbar zwischen Tarifautonomie und Betriebsautonomie.

Im Ausgangspunkt herrscht Einigkeit darüber, dass der Einleitungssatz jedenfalls im Interesse der Arbeitnehmer besteht. Danach beschränkt § 87 BetrVG im Interesse der Arbeitnehmerschaft die Gestaltungsmöglichkeit des Arbeitgebers und sichert durch die Gewährleistung der Mitbestimmung eine gleichberechtigte Teilhabe bei der Gestaltung der Themenbereiche der Nr. 1–14.[154] Hinter der Sperre des Einleitungssatzes steht insofern die gesetzgeberische Erwartung, dass eine tarifliche Regelung im Betrieb Schutz genug ist und eine betriebliche Regelung damit entbehrlich.[155] Des Weiteren hat der Arbeitgeber, der bereits durch Tarifvertrag (oder Gesetz) gebunden ist, keinen Spielraum mehr, über den der Betriebsrat mitbestimmen kann.[156]

153 BAG 18.10.2011 – 1 ABR 25/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 141.
154 GK-*Wiese*, BetrVG, § 87 Rn. 56.
155 BAG 18.10.2011 – 1 ABR 25/10, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125; DKW-*Klebe*, BetrVG, § 87 Rn. 36.
156 GK-*Wiese*, BetrVG, § 87 Rn. 57.

Unklar ist aber, ob § 87 BetrVG auch – wie § 77 Abs. 3 BetrVG – die Tarifautonomie schützt. Dieser Ansatz findet sich immer wieder in der Rechtsprechung. Das BAG betont zuweilen, dass § 87 BetrVG auch den Schutz der Tarifautonomie bezwecke und das Rangverhältnis von Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag voraussetze.[157] In einer anderen Entscheidung sprach das Gericht davon, dass § 87 BetrVG den Zweck habe, den Vorrang der ausgeübten Tarifautonomie vor betrieblichen Regelungen zu sichern.[158]

Hiergegen wird in der Literatur vorgebracht, dass § 87 BetrVG nur einen Tarifvorbehalt als Grenze des § 87 BetrVG statuiere.[159] Dass der Tarifvertrag höherrangig sei, folge bereits aus dem Rangverhältnis der Rechtsquellen.[160] Es wäre auch verfehlt, § 87 BetrVG blindlings an § 77 Abs. 3 BetrVG anzudocken. § 87 BetrVG setzt nämlich die Tarifgeltung im Betrieb voraus, während § 77 Abs. 3 BetrVG keine Tarifbindung erfordert.[161] Allerdings sollte nicht übersehen werden, dass, sofern man der sog. Vorrangtheorie folgt,[162] die Sicherung der Normsetzungsprärogative im Wesentlichen über § 87 BetrVG erfolgt. Insofern lässt es sich nicht verneinen, dass § 87 Abs. 1 ES BetrVG auch den Zweck hat, die Tarifautonomie zu sichern, wenn § 77 Abs. 3 BetrVG nicht einschlägig ist.[163]

## II. Die tarifliche Regelung (Normgeltung)

§ 87 BetrVG setzt voraus, dass die tarifliche Regelung gilt. Der Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 ES BetrVG greift nur ein, wenn die Regelung die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit selbst abschließend und zwingend im Betrieb regelt.[164] Damit knüpft § 87 Abs. 1 ES BetrVG unmittelbar an § 4 Abs. 1 TVG und die darin genannten Voraussetzungen an.[165]

### 1. Der Geltungsbereich des Tarifvertrags

Erforderlich ist zunächst, dass der Betrieb in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt. Um das Mitbestimmungsrecht auszuschließen, muss der Tarifver-

157 BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, AP GG Art. 9 Nr. 140 Rn. 75.
158 BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79.
159 GK-*Wiese*, BetrVG, § 87 Rn. 57.
160 Fitting, BetrVG, § 87 Rn. 41.
161 Dazu sogleich S. 40 ff.
162 Dazu S. 29 f.
163 Richardi-*Richardi/Maschmann*, BetrVG, § 87 Rn. 143.
164 BAG 21.9.1993 – 1 ABR 16/93, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 62.
165 BAG 27.11.2002 – 4 AZR 660/01, AP BetrVG 1972 § 87 Tarifvorrang Nr. 34.

trag sachlich, räumlich und fachlich für die Arbeitnehmer des Betriebs gelten.[166]

Eine Tarifüblichkeit wie in § 77 Abs. 3 BetrVG genügt nicht.[167] Die gesetzlichen Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 BetrVG sind jedoch nicht ausgeschlossen, falls gerade die tarifliche Regelung selbst ihre weitere Ausgestaltung und Konkretisierung durch die Betriebspartner vorsieht (Öffnungsklausel).[168]

Insofern ist weitgehend anerkannt, dass eine nachwirkende tarifliche Regelung die Regelungsmacht der Betriebsparteien nicht sperrt.[169] Begründet wird dies damit, dass § 4 Abs. 5 TVG eine vorübergehende Ordnungsfunktion habe. Eine Konkurrenzsituation zwischen einer zwingenden tariflichen Regelung und der Betriebsvereinbarung liegt nicht vor. Zudem führt § 4 Abs. 5 TVG dazu, dass der Tarifvertrag dispositiv wird. Folgt man der sog. Vorrangtheorie,[170] findet § 77 Abs. 3 BetrVG auf diese Betriebsvereinbarung keine Anwendung. Insofern schlägt auch hier durch, dass die Tarifüblichkeit nicht beachtlich ist.[171]

## 2. Die Tarifbindung

Ein erster großer Unterschied gegenüber § 77 Abs. 3 BetrVG besteht in der Forderung nach einer Tarifbindung des Arbeitgebers.

### a) Tarifbindung des Arbeitgebers

Nach der Rechtsprechung des BAG bedarf es der Tarifbindung des Arbeitgebers im betroffenen Betrieb.[172] Auch wenn die normative Bindung grundsätzlich nicht nur die Geltung des Tarifvertrags und die kongruente Tarifbindung voraussetzt, genüge es für die Sperrwirkung des § 87 Abs. 1 ES BetrVG, wenn nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Die Tarifbindung kann danach entweder unmittelbar wie beim Haustarifvertrag oder kraft Mitgliedschaft in einem

166 ErfK-*Kania*, BetrVG, § 87 Rn. 15.
167 BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639; Däubler-*Zwanziger/Däubler*, TVG, § 4a Rn. 175.
168 BAG 21.9.1993 – 1 ABR 16/93, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 62; BAG 22.12.1981 – 1 ABR 38/79, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 7.
169 BAG 27.11.2002 – 4 AZR 660/01, AP BetrVG 1972 § 87 Tarifvorrang Nr. 34; Däubler-*Bepler*, TVG, § 4 Rn. 983; MünchArbR-*Salamon*, § 319 Rn. 18.
170 Dazu noch unten S. 49 ff.
171 BAG 24.2.1987, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21; BAG 24.11.1987, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 31; BAG 10.2.1988, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 33; Richardi-*Richardi/Maschmann*, BetrVG, § 87 Rn. 152.
172 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125; BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639.

Arbeitgeberverband begründet sein.[173] Eine Allgemeinverbindlicherklärung führt ebenfalls zum Eingreifen des Tarifvorbehalts.[174]

### b) Tarifbindung der Arbeitnehmer

Eine Tarifbindung der Arbeitnehmer ist nicht erforderlich, damit der Tarifvorbehalt des Einleitungssatzes eingreift.[175] Das BAG hat dies mit dem Argument begründet, dass eine andere Sichtweise entweder zu einer parallelen Geltung von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung führen würde oder die Beteiligungsrechte nur dann ausgeschlossen wären, wenn sämtliche Arbeitnehmer tarifgebunden wären.[176] Das Gericht entnahm der Nennung von Gesetz und Tarifvertrag im Einleitungssatz die Wertung, dass Arbeitnehmer eines Schutzes nur in dem Maße bedürftig seien, den tarifliche Regelungen bieten können, und genau diesen Schutz könnten Arbeitnehmer durch Beitritt zur Gewerkschaft jederzeit erlangen.[177]

In der Literatur wird dieser Lösung entgegengehalten, dass Privatautonomie voraussetze, dass die Arbeitnehmer selbst entsprechende Verträge schließen können.[178] Danach soll die Tarifbindung aller Arbeitnehmer erforderlich sein, um den Tarifvorbehalt zu erfüllen. Das erscheint nicht nur unpraktikabel. Es wird auch der verfassungsrechtlich fundierten Regelungsidee der Betriebsverfassung im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG nicht gerecht und verengt die Betriebsverfassung. Die Tarifbindung der Arbeitnehmer ist daher nicht erforderlich.

### c) Gewerkschaftliche Präsenz

Ferner betonte das BAG, dass es nicht darauf ankomme, ob und wie viele Arbeitnehmer des Betriebs von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch machen, damit die bestehende tarifliche Regelung, an die der Arbeitgeber gebunden ist, Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ausschließt.[179]

Umstritten ist aber, ob der andere Teil des Tarifvertrags, die Gewerkschaft, eine gewisse Repräsentanz im Betrieb haben muss. Dies wird mit dem Argument abgelehnt, dass auch die Tarifverträge nicht vertretener Gewerkschaften geschützt werden müssten.[180] Zudem erscheint ein vages, quantitatives Kriterium als wenig geeignet, rechtssicher über das Bestehen bzw. Nachstehen von Mit-

173 MünchArbR-*Salamon*, § 319 Rn. 19.
174 MünchArbR-*Salamon*, § 319 Rn. 19.
175 BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21.
176 BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 642.
177 BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 642.
178 MünchArbR-*Salamon*, § 319 Rn. 21.
179 BAG 24.2.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 642.
180 Däubler-*Zwanziger/Däubler*, TVG, § 4a Rn. 175.

bestimmungsrechten zu entscheiden. In letzter Konsequenz gibt der Wortlaut des § 87 BetrVG für ein solche Einengung schlicht zu wenig her.

### d) Die Nachbindung des Arbeitgebers

Von der h.M. wird auch § 3 Abs. 3 TVG ohne Einschränkungen herangezogen.[181] Demnach bleibt die Tarifbindung bestehen, bis der Tarifvertrag endet. Ein Verbandsaustritt ändert somit nichts an der Sperre des § 87 BetrVG durch einen Verbandstarifvertrag. Nichts anderes gilt auch für den Fall, dass der Arbeitgeber in eine OT-Mitgliedschaft wechselt.[182]

### e) Die allgemeine Anwendung eines tariflichen Entgeltsystems im Betrieb

Das BAG konstatiert selbst, dass das geschaffene System mitbestimmungsrechtliche Schutzlücken aufweisen kann. Denn die Tarifbindung aufseiten des Arbeitgebers genügt nur in den Fällen des § 3 Abs. 2 TVG, um auch Außenseiter zu erfassen. Insofern kann die Lösung des BAG dazu führen, dass für tarifgebundene Arbeitnehmer der Tarifvertrag gilt, während Außenseiter keinen Schutz erhalten, obgleich § 87 Abs. 1 BetrVG gerade unabhängig von der Gewerkschaftszugehörigkeit Schutz vermitteln soll.

Dieses Problem soll nach Ansicht des BAG anhand des Sinn und Zwecks des jeweiligen Mitbestimmungstatbestands geschlossen werden.[183] Soweit ersichtlich, spielt diese Frage in der Rechtsprechung hauptsächlich bei Vergütungsordnungen eine Rolle. Dort führt die geschaffene Schutzlücke zur Verpflichtung des Arbeitgebers, das tarifliche Entlohnungssystem auch gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern anzuwenden, soweit dessen Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen.[184] Mit anderen Worten muss der Arbeitgeber nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die tariflichen Vorgaben betriebsverfassungsrechtlich auf die Außenseiter umlegen. Das Gericht verknüpft auf diese Weise den Ausschluss durch den Tarifvorbehalt unmittelbar mit einem Umlegungszwang des Tarifvertrags.[185] Bemerkenswert ist die Rechtsprechung auch deshalb, weil sie vom BAG auf Fälle angewandt wird, in denen nach einem Betriebsübergang keine Tarifbindung mehr besteht (dazu S. 67 ff.).

---

181 BAG 19.10.2011 – 4 ABR 116/09, AP BetrVG 1972 § 87 Tarifvorrang Nr. 36.

182 Richardi-*Richardi/Maschmann*, BetrVG, § 87 Rn. 161.

183 BAG 18.10.2011 – 1 ABR 25/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 141; BAG 21.3.2018 – 7 ABR 38/16, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 155; BAG 23.8.2016 – 1 ABR 15/14, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 148; BAG 14.2.2023 – 1 ABR 9/22, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 180.

184 BAG 18.10.2011 – 1 ABR 25/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 141.

185 BAG 14.2.2023 – 1 ABR 9/22, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 180.

Diese Lösung hat einiges für sich. Sie führt aber auch unmittelbar zu der Frage, was jenseits von § 87 BetrVG gilt. Denn § 77 Abs. 3 BetrVG dient gerade nicht dem Schutz der Arbeitnehmer, sondern schützt allein Art. 9 Abs. 3 GG. Konsequenterweise verlangt die Norm daher mittelbar den Beitritt zur Koalition, um unter den Schutz durch den Tarifvertrag zu fallen. Allerdings stellt die Umlegung des Tarifvertrags auf die Außenseiter keine Betriebsvereinbarung dar. Insofern greift § 77 Abs. 3 BetrVG überhaupt nicht ein. Umgekehrt erscheint es wenig konsequent, nur solche Teile einer tariflichen Vergütungsordnung umzulegen, die von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfasst werden. Insbesondere Entgelttarifverträge fielen streng genommen nicht unter das Umlagegebot, weil sie Regelungen zur Höhe des Entgelts enthielten.[186]

Die Lösung wird somit auf die betriebsverfassungsrechtliche Ebene verlagert. Der Arbeitgeber ist nach § 87 BetrVG unmittelbar verpflichtet, auch den Außenseitern die tariflichen Vorgaben zugutekommen zu lassen. Die Sicherung der Durchführung des Tarifvertrags wird sodann in die Hände des Betriebsrats gelegt. Dieser kann die Durchführung notfalls auch gerichtlich verlangen, ohne dass auf § 77 Abs. 1 BetrVG zurückgegriffen werden muss. Diese Rechtswirkung wird man unmittelbar aus § 87 BetrVG ableiten müssen.

### 3. Die Reichweite der tariflichen Regelung

Der Tarifvorbehalt greift nur dann ein, wenn der Tarifvertrag eine zwingende und abschließende inhaltliche Regelung enthält.[187] Dagegen können die Tarifvertragsparteien das Mitbestimmungsrecht nicht ausschließen, ohne die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit selbst zu regeln.[188] Das BAG betont, dass die Regelung dem Schutzweck des § 87 BetrVG Genüge tun muss.[189] Insofern wird die tarifliche Regelung wiederum an den Inhalten des § 87 BetrVG gemessen. Anders als bei § 77 Abs. 3 BetrVG ist es somit unerheblich, ob die Tarifpartner eine Regelung schlicht unterlassen haben, gar nicht treffen wollten oder negativ regeln wollten, wenn dies mit den Inhalten des § 87 BetrVG nicht vereinbar ist.[190] Inwieweit die Tarifvertragsparteien eine Regelung getroffen haben, ist durch Auslegung zu ermitteln.[191]

186 Zu diesem Punkt noch S. 54 ff.
187 BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79.
188 BAG 17.11.1998 – 1 ABR 12/98, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 79.
189 BAG 9.11.2010 – 1 ABR 75/09, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 126.
190 GK-*Wiese*, BetrVG, § 87 Rn. 81.
191 GK-*Wiese*, BetrVG, § 87 Rn. 74.

### 4. Konsequenzen aus der Erfüllung des Tarifvorrangs

Treffen die Betriebspartner eine betriebliche Regelung, obgleich eine tarifliche Regelung besteht, führt dies zur Unwirksamkeit der betrieblichen Regelung. In einer jüngeren Entscheidung hat das BAG betont, dass § 77 Abs. 3 BetrVG im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG zur Unwirksamkeit einer betrieblichen Regelung führe, wenn dieser eine zwingende tarifliche Regelung entgegenstehe.[192]

Die Aussage wirft eine Reihe von Folgefragen auf. Denn § 77 Abs. 3 BetrVG steht nur einer Betriebsvereinbarung entgegen, einer Regelungsabrede hingegen nicht. Versteht man das Gericht an dieser Stelle so, wäre nicht das Mitbestimmungsrecht, sondern die Regelungsform gesperrt. In derselben Entscheidung betonte das Gericht denn auch, dass dem Betriebsrat wegen der Bindung an einen Tarifvertrag kein Mitbestimmungsrecht zustünde.[193] Es liegt somit nahe, dass eine Betriebsvereinbarung in diesem Fall aus zwei Gründen unwirksam ist: zum einen wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 BetrVG und zum anderen mangels Zuständigkeit.

Besteht bereits bei Abschluss der Betriebsvereinbarung eine tarifvertragliche Regelung, so entfällt das Mitbestimmungsrecht.[194] Die Betriebsvereinbarung hat keine rechtliche Grundlage und ist somit unwirksam. Eine tarifliche Regelung, die einer nach § 87 Abs. 1 BetrVG geschlossenen Betriebsvereinbarung nachfolgt, setzt die Betriebsvereinbarung außer Kraft.[195] Der Tarifvertrag kann jedoch Regelungen zum Schutz vorangegangener Betriebsvereinbarungen vorsehen.

## III. Zwischenergebnisse

§ 87 BetrVG unterscheidet sich von § 77 Abs. 3 BetrVG fundamental. Während § 77 Abs. 3 BetrVG die Tarifautonomie schützt, hat § 87 Abs. 1 BetrVG in erster Linie den Schutz der Arbeitnehmer im Betrieb vor Augen, verwirklicht diesen jedoch nur soweit dies durch Tarifverträge überhaupt zugelassen wird. Insofern erkennt die Norm den Tarifvorrang an und sichert die Tarifgeltung für das zentrale Mitbestimmungsrecht des § 87 BetrVG ausdrücklich. Weiterhin verlangt die Einschränkung des Mitbestimmungsrechts, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist.

192 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125.
193 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125 Rn. 63.
194 Richardi-*Richardi/Maschmann*, BetrVG, § 87 Rn. 150.
195 Fitting, BetrVG, § 87 Rn. 58; GK-*Wiese*, BetrVG, § 87 Rn. 86.

Bemerkenswert ist, dass das BAG den Zweck des § 87 Abs. 1 ES BetrVG auch als Argument für Rechtsfortbildung verwendet. So betont das Gericht im Rahmen seiner Rechtsprechung zur allgemeinen Anwendung von Vergütungsordnungen im Betrieb, dass die Anwendung eines Tarifvertrags auch auf Außenseiter dem Zweck des Tarifvorbehalts entspreche.[196]

196 BAG 18.10.2011 – 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; BAG 20.2.2018 – 1 ABR 53/16, NZA 2018, 954.

# D. Das Konkurrenzverhältnis von § 87 Abs. 1 BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG

Bereits im vorangegangenen Kapitel wurde deutlich, dass § 87 BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG in mehrerlei Hinsicht verzahnt sein können. Im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG stellt sich nunmehr unmittelbar die Frage, wie sich der sog. Tarifvorbehalt zur sog. Tarifsperre verhält.

## I. Die Problemlage

Greift man auf beide Normen zurück, erweitert § 77 Abs. 3 BetrVG die Sperrwirkung, weil die Norm eine deutlich weitreichendere Ausschlusswirkung hat als der Tarifvorbehalt des § 87 BetrVG. Das Problem wird durch mehrere Punkte deutlich:

- § 77 Abs. 3 BetrVG setzt keine Tarifbindung aufseiten des Arbeitsgebers voraus, § 87 BetrVG hingegen schon.
- § 77 Abs. 3 BetrVG sperrt bereits bei Vorliegen einer negativen tariflichen Regelung. Im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG muss diese noch am Schutzweck der Mitbestimmungstatbestände gemessen werden.
- § 77 Abs. 3 BetrVG sperrt bei Tarifüblichkeit, § 87 BetrVG setzt eine konkret geltende und zwingende tarifliche Regelung voraus.

## II. Das grundsätzliche Nebeneinander von § 87 BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG

Im Ausgangspunkt gilt es ein wichtiges Grunddogma voranzustellen. § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 BetrVG schließen einander nicht kategorisch aus, sondern können auf den gleichen Sachverhalt Anwendung finden und zu interessengerechten Ergebnissen führen.

Deutlich wird dies insbesondere, wenn die erzwingbare Mitbestimmung in Form einer Betriebsvereinbarung nach § 87 BetrVG an der Tarifbindung des Arbeitgebers scheitert und die Regelung insoweit zwingend abschließend ist. In dieser Konstellation fehlt es nicht nur an einer Regelungskompetenz aus § 87 BetrVG, sondern auch an der Befugnis, auf die Betriebsvereinbarung zurückgreifen zu können. Darüber hinaus werden freiwillige Betriebsvereinba-

rungen, die sich gerade nicht auf § 87 BetrVG stützen, aber Themen des § 87 BetrVG abbilden, durch § 77 Abs. 3 BetrVG kassiert. Denn da § 87 BetrVG keine Sperrwirkung gegenüber § 77 Abs. 3 BetrVG entfalten kann, ist eine freiwillige Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam.[197] Das gleiche Phänomen wird auch bei sog. teilmitbestimmten Regelungen sichtbar, die noch im Verlauf der Arbeit diskutiert werden sollen (dazu S. 54 ff.).

Dass § 87 BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG grundsätzlich nebeneinanderstehen können, wird schon anhand der Normzwecke sichtbar. Denn dass § 77 Abs. 3 BetrVG die aktualisierte Tarifautonomie sichert, während der Tarifvorbehalt voraussetzt, dass kein anderweitiger Schutz besteht,[198] schließt sich nicht kategorisch aus. Gerade mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben (dazu S. 15 ff.) ist es angezeigt, ein System zu schaffen, das vom Tarifvorrang ausgeht und zugleich im System praktischer Konkordanz verankert bleibt.

## III. Der Vorrang von § 87 BetrVG bei Nichteingreifen des Tarifvorbehalts

Geht man vom prinzipiellen Nebeneinander der Normen aus, kommt eine Sperrwirkung des § 87 BetrVG nur dort in Betracht, wo der Tarifvorbehalt nicht eingreift und die Regelungsmacht sich für die erzwingbare Mitbestimmung öffnet. Das betrifft in erster Linie Fälle fehlender Tarifbindung.

### 1. Die sog. Zwei-Schranken-Theorie

Auch aktuell wird immer noch vertreten, dass im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG die Norm des § 77 Abs. 3 BetrVG Anwendung finden soll.[199] Danach bestehen in gewisser Weise zwei Schranken: § 87 ES BetrVG enthält eine Schranke für die Mitbestimmung, § 77 Abs. 3 BetrVG eine Schranke für die Gestaltungsform „Betriebsvereinbarung".[200] Ist der Arbeitgeber nicht tarifgebunden, bleibt ihm hiernach gleichwohl eine Betriebsvereinbarung verwehrt, wenn die Voraussetzungen des § 77 Abs. 3 BetrVG vorliegen. Arbeitgeber und

197 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125; BAG 29.4.2004 – 1 ABR 30/02, AP BetrVG 1972 § 77 Durchführung Nr. 3; ErfK-*Kania*, BetrVG, § 87 Rn. 55: Zugeständnis an die Zwei-Schranken-Theorie.

198 Vgl. auch *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung, 294.

199 GK-*Wiese*, BetrVG, § 87 Rn. 48; GK-*Kreutz*, BetrVG, § 77 Rn. 155 ff.; *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung, 285 ff.; *Waltermann*, NZA 1995, 1177, 1183.

200 So *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung, 297.

Betriebsrat können dann nur auf eine Gestaltung durch Regelungsabrede zurückgreifen.

Die Zwei-Schranken-Theorie akzentuiert insofern den Tarifvorrang stärker. § 77 Abs. 3 BetrVG diene gerade dem Schutz der Tarifautonomie und sei Ausdruck von deren Geltung in der Betriebsverfassung. Es sei auch nicht erkennbar, warum gerade § 87 BetrVG den Vorrang haben soll, wenn doch in allen anderen Fällen § 77 Abs. 3 BetrVG wirke. Ferner wird angeführt, dass beide Regelungen unterschiedliche Funktionen hätten. § 77 Abs. 3 BetrVG solle das Normsetzungsmonopol schützen, § 87 Abs. 1 ES BetrVG solle hingegen einen Mindestschutz gewährleisten.[201] Die Logik in dem Ausschluss der Betriebsvereinbarung bestünde demnach darin, dass diese nicht bis zum Abschluss des Tarifvertrags die Regelung präjudizieren sollte, sondern allenfalls schuldrechtliche Lösungen via Regelungsabrede bis zur tariflichen Lösung geboten sein sollten.[202]

## 2. Die sog. Vorrangtheorie

Nach der heute h.M.[203] verdrängt § 87 Abs. 1 ES BetrVG im Rahmen der in der Norm verbürgten Regelungskompetenzen das Verbot des § 77 Abs. 3 BetrVG. Der 1. Senat des BAG hat diese Auffassung 1987 übernommen,[204] 1991 hat der Große Senat die sog. Vorrangtheorie bestätigt.[205] Das BAG hat maßgeblich damit argumentiert, dass eine übliche tarifliche Regelung keinen Schutz, wie ihn § 87 BetrVG voraussetzt, bewirken würde.[206] Vielmehr würde der kollektivrechtliche Schutz wegfallen. Insofern sei nicht anzunehmen, dass § 87 BetrVG nur auf Randbereiche beschränkt sein sollte. Ein weiterer Punkt war, dass § 87 Abs. 1 ES BetrVG nicht die Tarifautonomie schützen solle.[207] Ferner gehe die Frage, ob ein Mitbestimmungsrecht besteht, der Frage vor, ob eine Betriebsvereinbarung in dieser Angelegenheit zulässig ist. Insofern setze § 87 BetrVG voraus, dass, sofern seine Voraussetzungen vorlägen, der Betriebsrat auch eine ent-

201 GK-*Wiese*, BetrVG, § 87 Rn. 47 f.
202 GK-*Wiese*, BetrVG, § 87 Rn. 52.
203 Gemeinhin als grundlegend eingeordnet: *Säcker*, ZfA-Sonderheft 1972, 41, 64.
204 BAG, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21; BAG 27.11.2002 – 4 AZR 660/01, AP BetrVG 1972 § 87 Tarifvorrang Nr. 34; BAG 15.5.2018 – 1 ABR 75/16, NZA 2018, 1150, 1152; BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22 NZA 2023, 979, 985.
205 BAG 3.12.1991 – GS 2/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51; BAG 3.12.1991 – GS 1/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 52.
206 BAG, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21.
207 BAG, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21.

sprechende Betriebsvereinbarung abschließen könne. Die Literatur folgt dieser Auffassung mittlerweile überwiegend.[208]

### 3. Stellungnahme

Viele Punkte dieser Argumentation erscheinen heute als überholt oder zumindest als nicht mehr überzeugend. Das BAG selbst hat wiederholt dem Tarifvorbehalt des § 87 BetrVG die Funktion zugeordnet, die Tarifautonomie zu schützen.[209] Zudem wendet das Gericht § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 BetrVG zuweilen parallel an. Die Betriebsvereinbarung ist dann mangels Zuständigkeit und wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam. Eine solche Doppelwirkung[210] im Recht ist nicht unüblich.

Wie auch sonst üblich, können Rechtsnormen nebeneinander bestehen und auf einen Sachverhalt angewendet werden. Von dieser Warte aus stehen auch § 87 BetrVG und § 77 Abs. 3 BetrVG nebeneinander. Die Zwei-Schranken-Theorie beschreibt damit nur den Zustand normaler Normenkonkurrenz. Eine Sperrwirkung einer Norm gegenüber einer anderen muss hingegen besonders begründet werden. Wobei an dieser Stelle anzumerken ist, dass der Lex-specialis-Grundsatz sich nicht darin erschöpft, dass die Spezialregelung ein Tatbestandsmerkmal mehr oder weniger aufweist.[211] Insofern stellt die Zwei-Schranken-Theorie den Normalfall und die Vorrangtheorie eine Einschränkung der Zwei-Schranken-Theorie dar. Anders gewendet beschreibt die Zwei-Schranken-Theorie den theoretischen Normalfall und die Vorrangtheorie den praktischen Normalfall im Zusammenspiel von §§ 87, 77 Abs. 3 BetrVG.

Verfassungsrechtlich wird die Normsetzungsprärogative der Koalitionen eingeschränkt, aber nicht beseitigt. Vielmehr würde ein später abgeschlossener Tarifvertrag zum Fortfall des Mitbestimmungsrechts führen. Das Aushandeln und das Abschließen von Tarifverträgen werden daher nicht unverhältnismäßig eingeschränkt. Vielmehr wirkt die Vorrangtheorie im Abstrakten einschränkend, weil eben nur die Vorrangwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG aufgehoben wird.

---

208 *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 22; Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 111; MünchArbR-*Salamon* § 315 Rn. 81; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 4 Rn. 539; DKW-*Berg*, BetrVG, § 77 Rn. 132; ErfK-*Kania*, BetrVG, § 77 Rn. 53 ff.; *Hoffmann/Köllmann*, NZA 2020, 914, 915; *Meyer*, NZA 2001, 751, 753; *Gooren*, NZA 2022, 444, 449; *Greiner*, RdA 2022, 164.

209 Dazu S. 40.

210 *Kipp*, FS v. Martitz, 211.

211 Vgl. aber *Waltermann*, NZA 1995, 1177, 1183.

Das deckt sich mit den Normzwecken. Der Schutz der Tarifautonomie wird in den weitergehenden Arbeitnehmerschutz eingebettet. Der Schutz ist gerade nicht erforderlich, wenn die Normsetzungsprärogative ausgeübt wurde und alle Arbeitnehmer ausreichend Schutz erhalten. Hierbei gilt es ein wichtiges Dogma herauszuarbeiten. Geht man vom Nebeneinander der Regelungen aus, kann § 87 BetrVG nur dann § 77 Abs. 3 BetrVG verdrängen, wenn der Normzweck es erfordert und verfassungsrechtliche Belange nicht ein anderes Ergebnis erforderlich machen.

Im Übrigen weist bereits der Wortlaut von § 87 von Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG in Richtung der Vorrangtheorie bzw. einer Regelung, die nur dann Sinn ergibt, wenn sie neben bzw. vor § 77 Abs. 3 BetrVG zur Anwendung gelangt. Wenn notfalls die Einigungsstelle entscheiden soll, dann steht am Ende eine Betriebsvereinbarung. Die Regelung der §§ 76, 77 BetrVG stellt gerade im Zusammenspiel mit § 87 BetrVG eine deutliche Wertung dafür dar, dass die betrieblichen Regelungsfragen normativ gelöst werden sollen. Als stärkstes Mitbestimmungsrecht und Zentrum der Betriebsverfassung ist es systematisch geboten, die explizite Regelung eines Tarifvorbehalts gegenüber den anderen Mitbestimmungstatbeständen auch als Wertung zu verstehen, nicht allein auf § 77 Abs. 3 BetrVG zurückzugreifen. Wenn das Mitbestimmungsrecht eröffnet ist, dann muss es seiner Rolle gerecht werden.[212]

Es stimmt zwar, dass die allgemeine Anwendung von § 77 Abs. 3 BetrVG § 87 BetrVG nicht sinnlos zurücklassen würde.[213] Auch die Regelungsabrede kann zur Ausübung des Mitbestimmungsrechts sinnvoll sein und die Rechtsfolgen der Theorie der notwendigen Mitbestimmung abwenden. Die Zwei-Schranken-Theorie nimmt § 87 BetrVG aber das unmittelbar Gestaltende. Damit baut sie den Gedanken der Teilhabe an der Gestaltung der betrieblichen Fragestellungen auf ein rein schuldrechtliches Niveau zurück.

## IV. Konsequenz der Vorrangtheorie

Legt man die Vorrangtheorie zugrunde, entfaltet das Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 1–14 BetrVG eine Sperrwirkung für die Rechtswirkungen des § 77 Abs. 3 BetrVG. In gewisser Weise macht dies § 87

212 Fitting, BetrVG, § 77 Rn. 112.

213 *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung, 297 f.

Abs. 1 BetrVG zu einem negativen Tatbestandsmerkmal des § 77 Abs. 3 BetrVG:[214]

- Bestehen eines Betriebsrats
- keine zwingende tarifliche Regelung
  (keine gesetzliche Regelung)
- Eröffnung eines Mitbestimmungstatbestands nach § 87 Abs. 1 BetrVG.

## V. Die Einhegung der Vorrangtheorie

Durch die Vorrangtheorie gewährt das BetrVG dem Regelungsanliegen der Betriebsparteien Vorrang vor dem abstrakten Schutz der Koalitionsfreiheit. Dies kann nur dann überzeugend sein, wenn auch die dahinterstehenden verfassungsrechtlichen Belange diese Einordnung tragen. Nach den soeben dargestellten Grundsätzen ist die Vorrangtheorie jedoch in einen komplexeren Abwägungsprozess eingebettet. Insofern sollte es nicht kategorisch ausgeschlossen werden, dass, trotz vergleichbarer Ausgangslage, die Vorrangtheorie in bestimmten Konstellationen keine Sperrwirkung entfalten kann. Insofern steht die Vorrangtheorie unter dem Vorbehalt der verfassungskonformen Auslegung des BetrVG im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG.

In der Literatur wurde zur Auflösung des Spannungsverhältnisses gerade darauf hingewiesen, dass der durch § 77 Abs. 3 BetrVG vermittelte Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG voraussetzt, dass die Tarifautonomie auch ausgeübt wurde.[215] Fehle es an einer Aktualisierung der Tarifautonomie, greife der Schutz über § 87 BetrVG. Das wirft aber umgekehrt die Frage auf, was gilt, wenn die Tarifautonomie ausgeübt wurde bzw. wenn die tarifliche Regelung nach § 4 Abs. 1 TVG für den Betrieb bzw. dessen Arbeitsverhältnisse gegolten hat. Gilt sie, greift § 87 BetrVG nicht. Gilt sie hingegen *nicht mehr*, wäre § 87 BetrVG eröffnet und § 77 Abs. 3 BetrVG nach der Vorrangtheorie gesperrt. Die Anwendung der Vorrangtheorie ist daher etwa bei Fällen, in denen die Tarifbindung wegen etwaiger Restrukturierungsprozesse endet, nicht in gleichem Maße fundiert. Dies kann in die Richtung Tarifflucht weisen,[216] stellt aber auch ein allgemeines Problem dar, weil durch den Betriebsübergang die Tarifbindung ganz allgemein enden kann. Dieser Frage soll auf den S. 63 ff. nachgegangen werden.

214 *Hoffmann/Köllmann*, NZA 2020, 914, 915.
215 *Heinze*, NZA 1995, 5, 6.
216 Hierzu: *Annerfelt/Engelmann*, AuR 2023, 389.

## VI. Zwischenergebnisse

§ 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 BetrVG stehen im Ausgangspunkt nebeneinander. Nur diese Prämisse trägt dem Umstand Rechnung, dass die Tarifautonomie und die Betriebsautonomie verfassungsrechtlich verankert sind. Wegen der Normsetzungsprärogative kommt § 77 Abs. 3 BetrVG grundsätzlich ein erhöhter Anwendungsbefehl zu. Das bedeutet für die Vorrangtheorie, dass sie sich in jedem Fall rechtfertigen muss. Sie hat ihre Berechtigung in den Fällen, in denen ansonsten keinerlei Regelung im Betrieb bestehen würde, weil der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist. Dann ist es besser, eine betriebliche Lösung zu haben als gar keine.

# E. Teilmitbestimmte Regelungen

Deutlich wird das Nebeneinander von § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 BetrVG bei sog. teilmitbestimmten Regelungen. Denn das Zusammenspiel von Vorrangtheorie und Tarifsperre nach § 77 Abs. 3 BetrVG führt praktisch gerade bei solchen Regelungen zu großen Problemen, die teilweise unter § 87 Abs. 1 BetrVG fallen und gemäß der Vorrangtheorie ebenfalls nur teilweise von § 77 Abs. 3 BetrVG erfasst werden.

## I. Zum Begriff

Grundsätzlich unterscheidet man in der Betriebsverfassung zwischen mitbestimmten, teilmitbestimmten und (rein) freiwilligen Betriebsvereinbarungen.[217] Die Differenzierung basiert aus betriebsverfassungsrechtlicher Perspektive auf der Erzwingbarkeit einer entsprechenden Regelung. Mitbestimmte Betriebsvereinbarungen können über die Einigungsstelle geregelt werden, freiwillige nicht. Teilmitbestimmte Regelungen sind praktisch schwierig zu gewährleisten, weil sie einen Teil haben, der über die Einigungsstelle realisierbar ist, und einen Teil, der dies gerade nicht ist. Ähnliche Probleme stellen sich auch bei der Nachwirkung, die nach der Rechtsprechung des BAG nur für den mitbestimmten Teil gilt.[218] Lässt sich die Regelung allerdings nicht sinnvoll in einen nachwirkenden und einen nachwirkungslosen Teil aufspalten, entfaltet nach der Rechtsprechung die gesamte Betriebsvereinbarung zur Sicherung der Mitbestimmung Nachwirkung.[219]

## II. Bedeutung für den Tarifvorbehalt

Im Anwendungsbereich von § 87 und § 77 Abs. 3 BetrVG haben teilmitbestimmte Regelungen hingegen eine andere Bedeutung. Denn für den freiwilligen Teil der Betriebsvereinbarung gilt § 77 Abs. 3 BetrVG, für den mitbestimmten Teil gilt § 87 BetrVG und verdrängt nach der Vorrangtheorie § 77 Abs. 3 BetrVG.[220] Dies hat das BAG in seiner Entscheidung vom 22.3.2005 be-

217 Hierzu: Henssler/Willemsen/Kalb-*Gaul*, BetrVG, § 77 Rn. 8.

218 BAG 23.6.1992 – 1 ABR 9/92, NZA 1993, 229; BAG 5.10.2010 – 1 ABR 20/09, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 53.

219 BAG 5.10.2010 – 1 ABR 20/09, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 53 = juris, Rn. 18.

220 BAG 5.10.2010 – 1 ABR 20/09, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 53 = juris, Rn. 19.

stätigt.[221] Die Mitbestimmungspflichtigkeit eines Teils der Regelungen einer Betriebsvereinbarung führt nach Ansicht des Gerichts nicht etwa dazu, dass die Sperrwirkung eines Tarifvertrags auch für die mitbestimmungsfreien Regelungen aufgehoben wäre.[222] Vielmehr war der freiwillige Teil der Betriebsvereinbarung von § 77 Abs. 3 BetrVG erfasst und unwirksam. Ein anderes Ergebnis liefe nach Ansicht des Gerichts dem Schutzzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG zuwider.[223] Es wäre auch nicht mit Art. 9 Abs. 3 BetrVG vereinbar. Denn eine freiwillige Betriebsvereinbarung jenseits einer gesetzlichen Regelung ist von sich aus nicht geeignet, den Tarifvorrang zu durchbrechen.

## III. Konsequenzen

Verstößt ein Teil der Betriebsvereinbarung gegen § 77 Abs. 3 BetrVG, muss dies nicht automatisch den Untergang der gesamten Betriebsvereinbarung zur Folge haben. Als Kompetenznorm nimmt § 77 Abs. 3 BetrVG nur die Regelungsbefugnis.[224] Die Bereiche, für die die Regelungskompetenz besteht (§ 87 BetrVG), werden grundsätzlich nicht tangiert. Die Betriebsvereinbarung ist dann nur teilunwirksam.[225]

Die Teilunwirksamkeit der Betriebsvereinbarung kann allerdings auch die Unwirksamkeit der übrigen Bestimmungen zur Folge haben, wenn diese ohne die unwirksamen Teile keine sinnvolle, in sich geschlossene Regelung mehr darstellen.[226] Das BAG hat diese Rechtsprechung aus § 139 BGB abgeleitet.[227] Insofern kann eine Regelung bestehen bleiben, wenn der verbleibende Teil einer Betriebsvereinbarung weiterhin eine sinnvolle und anwendbare Regelung bildet.[228] Die Parteiinteressen hat das Gericht hierbei allerdings wegen des Normcharakters hintangestellt. Dieser gebiete es im Interesse der Kontinuität und Rechtsbeständigkeit einer gesetzten Ordnung, diese so weit aufrechtzuerhalten, wie sie auch ohne den unwirksamen Teil ihre Ordnungsfunktion noch entfalten könne.[229]

221 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383.
222 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383.
223 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 388.
224 BAG 20.4.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059, 1063.
225 BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 388.
226 BAG 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097; BAG 22.3.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383; zu dieser Frage: *Hoffmann/Köllmann*, NZA 2020, 914, 916.
227 BAG 21.1.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097.
228 BAG 21.1. 2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097, 1101.
229 BAG 21.1. 2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097, 1101.

# IV. Teilmitbestimmte Betriebsvereinbarungen zu Lohn und Lohngestaltung

Diese Fälle betreffen insbesondere § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Das BAG betont, dass Betriebsvereinbarungen über finanzielle Leistungen des Arbeitgebers, die dieser ohne eine vertragliche oder sonstige rechtliche Verpflichtung erbringt, regelmäßig teilmitbestimmt sind.[230] Den Dotierungsrahmen könne der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei vorgeben, für die Ausgestaltung bedürfe er hingegen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats.

## 1. Sinn und Zweck von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bezweckt die Sicherstellung der gleichberechtigten Teilhabe an Entscheidungen des Arbeitgebers, die ihre Arbeitsvergütung betreffen.[231] Die Mitbestimmung in diesem Bereich soll den Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Unternehmens orientierten oder willkürlichen Lohngestaltung schützen.[232] Dabei bleibt § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG allerdings nicht stehen. Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist es, das betriebliche Lohngefüge angemessen und durchsichtig durch die Betriebspartner zu gestalten und die betriebliche Lohn- und Verteilungsgerechtigkeit zu wahren.[233]

## 2. Lohnhöhe und Gestaltung des Lohns

### a) Lohn

Vom Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfasst werden alle Formen der Vergütung, die der Arbeitgeber aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt. Unerheblich ist es, ob es sich um Geld- oder Sachleistungen handelt und ob diese freiwillig, nur einmalig oder nachträglich für Leistungen des Arbeitnehmers gewährt werden.[234] Auch übertarifliche Zulagen sind Lohn i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.[235] Generell ordnet das BAG Sondervergütungen (Boni) § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu.[236]

230 BAG 5.10.2010 – 1 ABR 20/09, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 53; BAG 10.11.2009 – 1 AZR 511/08, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 48.
231 BAG 27.4.2021 – 1 ABR 21/20, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 158.
232 BAG 17.5.2011 – 1 AZR 797/09, NZA-RR 2011, 644, 645.
233 BAG 29.1.2008 – 3 AZR 42/06, NZA-RR 2008, 469, 472.
234 BAG 29.1.2008 – 3 AZR 42/06, NZA-RR 2008, 469, 472.
235 BAG 3.12.1991 – GS 2/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51.
236 BAG 14.6.1994 – 1 ABR 63/93, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 69 (dort II. 1.).

Allerdings erlaubt es § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nach der Rechtsprechung des BAG nicht, im Wege der erzwingbaren Mitbestimmungen Betriebsvereinbarungen über die konkrete Lohnhöhe zu schließen.[237] Abgeleitet wird dies aus dem Umkehrschluss des § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG. Eine freiwillige Betriebsvereinbarung über die konkrete Lohnhöhe verstößt im Geltungsbereich eines Tarifvertrags oder bei Tarifüblichkeit gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG und ist unwirksam.[238] Außerhalb des Geltungsbereichs steht ihr § 77 Abs. 3 BetrVG nicht entgegen.[239]

### b) Lohngestaltung

Der Betriebsrat kann folglich nur bei der Gestaltung des Lohns mitbestimmen. Die betriebliche Lohngestaltung betrifft nach der Rechtsprechung des BAG die Festlegung abstrakter Kriterien zur Bemessung der Leistung des Arbeitgebers, die dieser zur Abgeltung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers oder sonst mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis insgesamt erbringt.[240] Mitbestimmungspflichtig sind demnach die Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen.[241]

Hierbei hebt § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Einführung, Anwendung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen und Entlohnungsmethoden hervor. Entlohnungsgrundsätze sind die abstrakt-generellen Grundsätze zur Lohnfindung. Sie bestimmen das System, nach welchem das Arbeitsentgelt für die Belegschaft oder Teile der Belegschaft ermittelt oder bemessen werden soll.[242] Zu ihnen zählen neben der Grundentscheidung für eine Vergütung nach Zeit oder nach Leistung die daraus folgenden Entscheidungen über die Ausgestaltung des jeweiligen Systems.[243] Zu den Entgeltfindungsregeln gehören auch der Aufbau von Vergütungsgruppen und die Festlegung der Vergütungsgruppenmerkmale.[244]

### c) Konsequenzen für die erzwingbare Mitbestimmung

Die Vorgaben bedeuten, dass der Arbeitgeber grundsätzlich das gesamte Volumen der von ihm für deren Vergütung bereitgestellten Mittel mitbestimmungsfrei festlegen und für die Zukunft ändern kann.[245] Erst der Verteilungs-

237 BAG 29.1.2008 – 3 AZR 42/06, NZA-RR 2008, 469, 472; BAG 18.2.2015 – 4 AZR 778/13, NJOZ 2015, 1217, 1219.
238 BAG 18.2.2015 – 4 AZR 778/13, NJOZ 2015, 1217, 1219.
239 BAG 26.8.2008 – 1 AZR 354/07, NZA 2008, 1426, 1428 f.
240 BAG 21.2.2024 – 10 AZR 345/22, NZA 2024, 697, 702.
241 BAG 21.2.2024 – 10 AZR 345/22, NZA 2024, 697, 702.
242 BAG 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 142 Rn. 17.
243 BAG 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 142 Rn. 17.
244 BAG 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 142 Rn. 17.
245 BAG 18.10.2011 – 1 AZR 376/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 140.

und Leistungsplan bedarf nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats.[246] Gewährt der Arbeitgeber einen Bonus, ist er frei darin, ob er diese Leistung erbringt, welche Mittel er hierfür zur Verfügung stellt, welchen Zweck er mit ihr verfolgen will und wie der begünstigte Personenkreis abstrakt bestimmt werden soll.[247] Hat der Arbeitgeber diese Parameter festgelegt, müssen er und der Betriebsrat die Kriterien, nach denen sich die Berechnung der Leistungen und ihre Höhe im Verhältnis zueinander bestimmen sollen, gemeinsam festlegen.[248]

#### d) Kollektiver Tatbestand

Eine weitere Einschränkung des Mitbestimmungsrechts folgt aus der Dogmatik des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Das Mitbestimmungsrecht tangiert die individuelle Lohngestaltung nicht. Selbst wenn eine Vielzahl von Arbeitsverträgen abgeschlossen wird, muss § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht eröffnet sein. Entscheidend ist vielmehr, dass ein sog. kollektiver Tatbestand vorliegt.[249] Dabei richtet sich die Abgrenzung zwischen den das Mitbestimmungsrecht auslösenden kollektiven Tatbeständen und Einzelfallgestaltungen danach, ob es um Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen geht. Die Anzahl betroffener Arbeitnehmer kann hierfür aber ein Indiz sein.[250]

### 3. Das Zusammenspiel von §§ 87, 77 Abs. 3 BetrVG bei vorhandener Tarifbindung

§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gilt nach nunmehr ganz h.M. auch, wenn der Arbeitgeber die Zulage von sich aus bzw. freiwillig erbringen möchte.[251] Ist der Arbeitgeber hingegen tarifgebunden, scheidet § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG im Geltungsbereich des Tarifvertrags aus. Das BAG betont daher, dass das Mitbestimmungsrecht dann nur noch für den Bereich der übertariflich gewährten Teile der Vergütung Bedeutung hat.[252] Da der Tarifvertrag gilt und nur der übertarifliche Bereich betroffen ist, hat § 77 Abs. 3 BetrVG keine Auswirkungen auf den übertariflichen Bereich. Im Geltungsbereich des Tarifvertrags führt die Norm hingegen zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung (S. 34 ff.).

246 BAG 18.10.2011 – 1 AZR 376/10, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 140.
247 BAG 14.6.1994 – 1 ABR 63/93, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 69 (dort II. 1.).
248 BAG 14.6.1994 – 1 ABR 63/93, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 69 (dort II. 1.).
249 BAG 3.12.1991 – GS 2/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51.
250 BAG 3.12.1991 – GS 2/90, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51.
251 BAG 31.5.2005 – 1 ABR 22/04, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 125; BAG 29.1.2008 – 3 AZR 42/06, AP BetrVG 1972 § 87 Nr. 13 Rn. 27.
252 BAG 24.1.2017 – 1 AZR 772/14, NZA 2017, 931, 934.

Sehen sowohl Betriebsvereinbarung als auch Tarifvertrag eine Zulage vor, die den gleichen Zwecken folgt, so sperrt die tarifliche Regelung die Betriebsvereinbarung. Das BAG hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der Tarifvertrag und eine Gesamtbetriebsvereinbarung für die Betriebszugehörigkeit einen prozentualen Bonus ausgehend vom monatlichen Normalverdienst festsetzten. Nach Ansicht des Gerichts verfolgten beide Regelungen den Zweck, vergangene und zukünftige Betriebstreue zu belohnen.[253]

Betreffen die Zulagen unterschiedliche Zwecke, ist die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht einfach eröffnet. Jedoch hatte das BAG einen Fall zu entscheiden, in dem der Tarifvertrag im weitesten Sinne die Anrechenbarkeit von Zulagen erklärte. Daraus schloss das Gericht, dass die Zulagen trotz der unterschiedlichen Zweckbestimmung den gleichen Gegenstand betreffen.[254] Da die Regelung zugleich als Öffnungsklausel ausgelegt wurde, wirkte sich die Regelungssperre im Ergebnis jedoch nicht aus.

Eine Tarifbindung muss schließlich nicht dazu führen, dass § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG leerläuft. Neben Öffnungsklauseln kann auch ansonsten Raum für Mitbestimmung bestehen. In einem Fall aus dem Jahr 1985 eines tarifgebundenen Arbeitgebers enthielt der Arbeitsvertrag eine „betriebliche Zulage", die ganz oder teilweise auf tarifliche Umgruppierung oder Erhöhungen angerechnet werden konnte. Daneben bestand ein Tarifvertrag, der fünf Gehaltsgruppen mit Gehaltsstufen enthielt. Nach Ansicht des BAG fehlte es für den Tarifvorbehalt nach § 87 Abs. 1 ES BetrVG an einer zwingenden und abschließenden Regelung.[255] Vielmehr entspreche es dem Wesen des Tarifvertrags, Mindeststandards zu setzen. § 77 Abs. 3 BetrVG war nicht anwendbar, weil es nicht um den tariflich geregelten Bereich ging.

In der Folge stellte das BAG 1997 klar, dass diese Rechtsprechung nicht so verstanden werden könne, dass eine Betriebsvereinbarung nicht übertarifliche Zulagen enthalten dürfe, weil die Zulage gerade nicht tariflich geregelt sei. Vielmehr werde schon in diesem Fall die Normsetzung der Betriebsparteien nach § 77 Abs. 3 BetrVG ausgeschlossen.[256] Dass das Gericht auf § 77 Abs. 3 BetrVG zurückgriff, erklärt sich aus der expliziten Regelung der Lohnhöhe in der Betriebsvereinbarung. Diese Folgeentscheidung ist auch noch aus einem anderen Grund bemerkenswert: § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG war nach Ansicht des Gerichts nicht einschlägig, auch wenn die Anrechenbarkeit grundsätzliche

253 BAG 20.2.2001 – 1 AZR 233/00, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 15.
254 BAG 29.10.2002 – 1 AZR 573/01, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 18.
255 BAG 17.12.1985 – 1 ABR 6/84, NZA 1986, 364.
256 BAG 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 11.

eine Frage der Lohngestaltung sein könne. Entscheidend sei vielmehr, dass hier zugleich die Festlegung des Dotierungsrahmens betroffen gewesen sei.[257]

## 4. Das Zusammenspiel von §§ 87, 77 Abs. 3 BetrVG bei fehlender Tarifbindung

Besteht keine Tarifbindung, kommt es zur Konkurrenz von § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 BetrVG bei der Anwendung auf die jeweilige teilmitbestimmte Regelung.

### a) Gemischte Betriebsvereinbarung (Entgelt und Lohngrundsätze)

Beispielhaft entschied das BAG 1997 einen Fall, in dem eine Betriebsvereinbarung sowohl Entlohnungsgrundsätze als auch Festsetzungen zur Lohnhöhe eines nicht tarifgebundenen Arbeitgebers enthielt. Obgleich das Gericht die Vorrangtheorie anwandte, kam es zu dem Ergebnis, dass die Betriebsvereinbarung unwirksam war.[258] In dem Fall bestimmte die Betriebsvereinbarung den Mittelpunkt der Gehaltsbänder ausgehend vom Tarifabschluss. Dies führte zur Unwirksamkeit nach § 77 Abs. 3 BetrVG. Unklar ist allerdings, ob die gesamte Betriebsvereinbarung unwirksam sein sollte oder nur die Bestimmung zur Entgelthöhe. Die Entscheidungsgründe enthalten keine Ausführungen zu § 139 BGB und gehen dem Duktus der Entscheidung nach von der Totalunwirksamkeit aus.

### b) Erhöhung des Entgelts durch Betriebsvereinbarung

Besonders deutlich werden die Grenzen für teilmitbestimmte Regelungen auch in einem Fall aus dem Jahr 1996.[259] Die Arbeitgeberin war nicht tarifgebunden und regelte die Lohnfragen durch Betriebsvereinbarungen. Allerdings wurden in der einschlägigen Branche die Gehälter durch Tarifverträge geregelt. Das galt sowohl für das Entgelt als auch für das 13. Monatsgehalt. In einer Betriebsvereinbarung wurde sodann eine Entgelterhöhung in Prozentzahlen (4,2 %) geregelt. Auch das Weihnachtsgeld wurde von 50 % auf 55 % erhöht. Nach Ansicht des BAG verstieß die Regelung bereits gegen § 77 Abs. 3 BetrVG.[260] Ein vorrangiges Mitbestimmungsrecht sei ebenfalls nicht gegeben. Die Betriebsvereinbarung enthalte Regelungen zur Lohnhöhe. Alleiniger Zweck der Regelung war es, die Löhne anzuheben. Für § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG war somit kein Platz mehr.

257 BAG 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 11 unter 3. b) cc).
258 BAG 5.3.1997 – 4 AZR 532/95, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 10.
259 BAG 24.1.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948.
260 BAG 24.1.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948, 949.

### c) Zulagen wie Weihnachtsgeld oder Urlaubsgeld

Die Gewährung einer Zulage fällt nicht unter das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, nur ihre Ausgestaltung.[261] Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, dass individualvertraglich eine Zulage gewährt wird. Auf der Grundlage der BAG-Rechtsprechung ist es denkbar, diese Zulage über eine Betriebsvereinbarung abzulösen (dazu S. 63 ff.). Dies hat das BAG für den Fall angenommen, dass ein übertarifliches Urlaubsgeld einen Widerrufsvorbehalt enthielt, tariflich anrechenbar war, prozentual berechnet wurde und die weiteren Details mit dem Betriebsrat abgestimmt werden sollten.[262] Gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstieß die Regelung nicht, weil der Tarifvertrag nach Ansicht des Gerichts eine Betriebsvereinbarung über ein übertarifliches Urlaubsgeld zuließ.

Zu Problemen kann es allerdings kommen, weil die Betriebsparteien eine solche Zulage im Rahmen einer dem objektiven Gepräge nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterfallenden Betriebsvereinbarung ablösen könnten. Dass eine Betriebsvereinbarung aber lediglich abstrakte Vorgaben für die Lohnfindung enthält, ist nicht von Bedeutung, wenn sie zugleich eine fixe und unwiderrufliche Zulage ablöst.[263] Mit der Ablösung der Zulage verändern die Betriebsparteien nicht nur die Entlohnungssystematik, sondern greifen zugleich in einen Teil der absolut fixen Entgelthöhe ein. Wird diese Prämie aufgehoben und abstrakt einem Verteilungsmechanismus zugeordnet, ist der Verteilungsmechanismus nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Die Aufhebung als solche ist jedoch nicht durch das Mitbestimmungsrecht gedeckt. Denn hier würden die Betriebsparteien die Lohnhöhe regeln, indem sie diese, fix festgelegte Zulage einvernehmlich absenken. Dieser Punkt fällt aber nicht mehr in den Anwendungsbereich des § 87 BetrVG, sondern wird von § 77 Abs. 3 BetrVG erfasst und führt zur Unwirksamkeit einer Betriebsvereinbarung. Sperrt nun § 77 Abs. 3 BetrVG eine ablösende Betriebsvereinbarung, bleibt die Zulage bestehen und tritt neben den Verteilungsmechanismus nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG.

Geht man hiervon aus, stellt sich die Frage, wie die Aufhebung einer Zulage zu bewerten ist, die sich nicht absolut, sondern prozentual errechnet. Hierbei wird entscheidend sein, was der Bezugspunkt der Berechnung ist. Wird ein Prozentsatz des Jahres-Grundeinkommens als Vergütung veranschlagt, ist der

261 BAG 14.6.1994 – 1 ABR 63/93, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 69 (dort II. 1.); vgl. auch: BAG 21.2.2024 – 10 AZR 345/22, NZA 2024, 697, 702 f.

262 BAG 24.1.2024 – 10 AZR 33/23, NZA 2024, 562.

263 Vgl. aber: BAG 17.8.2021 – 1 AZR 50/20, AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 59 Rn. 61; hierzu bereits kritisch: *Annerfelt/Engelmann*, AuR 2023, 389; zu Bezugnahmeklauseln und deren Ablösung: S. 63 ff.

Fall nicht anders zu bewerten als der Fall mit einer absolut berechneten Zulage. Es kann keinen Unterschied machen, weil die Höhe zwar mit dem Grundgehalt steigt, aber dennoch eben in der Höhe über einen fixen Bezugspunkt festgelegt wird. Insofern wäre die Aufhebung dieser Regelung eine Mitbestimmung über die Entgelthöhe.

Anders sieht dies aus, wenn der Bezugspunkt der Zulage frei vom Arbeitgeber bestimmt wird, etwa bei einem guten Betriebsergebnis. In diesem Punkt bleibt die Höhe des Entgelts in der Freiheit des Arbeitgebers. Wie diese Zulage dann prozentual verteilt werden kann, ist eine Frage der Lohngestaltung und unterfällt folglich § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Dann wäre – auf der Grundlage der Rechtsprechung – auch eine ablösende Betriebsvereinbarung denkbar.

## V. Zwischenergebnisse

Die Trennung der Tarifsperre nach § 77 Abs. 3 BetrVG gegenüber dem Tarifvorbehalt nach § 87 BetrVG führt gerade bei teilmitbestimmten Betriebsvereinbarungen, wie oftmals im Anwendungsbereich von §§ 87 Abs. 1 Nr. 10, 88 BetrVG, zu einer komplexen Prüfung der Regelungskompetenzen: Sofern § 87 Abs. 1 BetrVG mangels Tarifbindung Anwendung findet, entfaltet die Norm keinen umfassenden Schutz der Betriebsvereinbarung. Vielmehr werden nur – vorbehaltlich einer weiterreichenden Nichtigkeit nach § 139 BGB – die von der Regelungskompetenz geschützten Bestimmungen gegenüber § 77 Abs. 3 BetrVG abgeschirmt. Durch die Rechtsprechung zu ablösenden Betriebsvereinbarungen ist dieser Problemfall noch komplexer geworden, weil eine „an sich" neutrale Betriebsvereinbarung über Lohngestaltung auch die Ablösung von Vorgaben zur Lohnhöhe mit sich bringen kann (dazu sogleich).

# F. Die Ablösung von Bezugnahmeklauseln

Der letzte Punkt leitet unmittelbar zu der Frage über, wie sich Bezugnahmeklauseln in diesem Problemfeld positionieren lassen. Dieses Problem stellt sich auf der Grundlage einer abzulehnenden Rechtsprechung, soll hier aber gleichwohl vertieft werden.[264] Das Rangverhältnis von Betriebsvereinbarungen und dem Arbeitsvertrag ist grundsätzlich gelöst: Die normative Wirkung der Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 4 BetrVG verdrängt den Arbeitsvertrag, soweit dieser nicht günstigere Regelungen enthält.[265]

## I. Das allgemeine Problem

Auch eine Bezugnahmeklausel auf einen Tarifvertrag kann daher nach § 77 Abs. 4 BetrVG durch die Betriebsvereinbarung verdrängt werden. Das gilt allerdings nur dann, wenn § 77 Abs. 3 BetrVG nicht die Betriebsvereinbarung sperrt. Das dürfte bei Bezugnahmeklauseln ein zentraler Punkt sein, weil es oftmals gerade darum geht, eine nicht existente Tarifbindung zu überwinden. Ist demnach der Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrags eröffnet und der Arbeitgeber nicht tarifgebunden, sperrt § 77 Abs. 3 BetrVG die Betriebsvereinbarung. Insbesondere partizipiert die Betriebsvereinbarung nicht am Günstigkeitsprinzip nach § 4 Abs. 3 TVG. Ein Grund, an dieser Stelle von den allgemeinen Lehren[266] abzuweichen, ist nicht ersichtlich.

§ 77 Abs. 3 BetrVG geht allerdings noch weiter, denn es ist nicht erforderlich, dass der in Bezug genommene Tarifvertrag vom Geltungsbereich her eröffnet ist. § 77 Abs. 3 BetrVG lässt es genügen, wenn *ein* Tarifvertrag den Betrieb erfasst.

Im Anwendungsbereich von § 87 BetrVG erhält die Fragestellung wiederum ein anderes Gewand, wenn man der Vorrangtheorie folgt.[267] Ohne Tarifbindung besteht die Betriebsautonomie des § 87 BetrVG. Auf diese Weise würde man dann einen Vorrang der Betriebsvereinbarung gegenüber arbeitsvertraglich vereinbarter Tarifgeltung schaffen.

264 Dazu S. 34.
265 BAG 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, NZA 2016, 1475, 1480.
266 S. 33.
267 S. 48 ff.

Für Bezugnahmen auf Entgelttarifverträge führt diese Frage wiederum in den Problembereich der teilmitbestimmten Regelungen.[268] Bei teilmitbestimmten Regelungen kommen § 77 Abs. 3 und § 87 BetrVG zur Anwendung. Insofern kann die Betriebsvereinbarung wegen § 77 Abs. 3 BetrVG nicht zur Wirksamkeit gelangen. Hier gilt es zu prüfen, wie sich die Unwirksamkeit des einen Teils der Betriebsvereinbarung auf den anderen Teil auswirkt.[269] Insofern kann es sein, dass sich die Frage dann gar nicht mehr stellt. Im Übrigen besteht das Problem nur dann, wenn die Betriebsvereinbarung weniger günstig ist als die in Bezug genommenen tariflichen Regelungen. Denn zwischen Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung gilt das Günstigkeitsprinzip.[270]

## II. Betriebsvereinbarungsoffene Bezugnahmeklauseln

Das Günstigkeitsprinzip wird vom BAG allerdings dann außer Acht gelassen, wenn die vertragliche Regelung betriebsvereinbarungsoffen ist. Das könnte sogar für eine Bezugnahmeklausel auf Tarifverträge gelten.

### 1. Auslegung von Vertrag und Betriebsvereinbarung

In einer Entscheidung vom 11.4.2018 musste das BAG einen Fall entscheiden, in dem der Arbeitsvertrag zeitdynamisch auf den BAT verwies. Dies sollte eine spätere Betriebsvereinbarung abstellen. Das BAG hatte erhebliche Bedenken, in diesem Fall von einer betriebsvereinbarungsoffenen vertraglichen Abrede auszugehen.[271] Die konkludente Vereinbarung einer „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ könne dann nicht angenommen werden, wenn die Arbeitsvertragsparteien explizit Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen.[272]

Geht man von der Lösung des BAG aus, so erscheint die Argumentation konsequent. Es ist für einen redlichen Arbeitnehmer nicht erkennbar, warum die Bezugnahme auf einen allgemein wirkenden Tarifvertrag nunmehr durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst werden soll.[273] Dies kann zwar ein betriebspoli-

268 S. 54 ff..
269 S. 34 ff.
270 BAG 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, NZA 2016, 1475, 1480.
271 BAG 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 143.
272 BAG 11.4.2018 – 4 AZR 119/17, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 143 Orientierungssatz 2 sowie Rn. 57 f.
273 Vgl. auch *Annerfelt/Engelmann*, AuR 2023, 389.

tischer Prozess im Nachhinein sein. Aber bei Abschluss des Arbeitsvertrags ist es für den Arbeitnehmer nicht erkennbar. Wenn sich die Arbeitsvertragsparteien einer Rechtsquelle unterwerfen, bedarf es zur Freischaltung einer anderen, nachteilhaften Rechtsquelle vielmehr der Änderung des Vertrags.

## 2. Sperre durch § 77 Abs. 3 BetrVG

Selbst wenn eine Betriebsvereinbarung einmal eine Bezugnahmeklausel ablösen sollte, muss diese Ablösung wiederum anhand von § 77 Abs. 3 BetrVG gemessen werden. Ist der Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrags für den Betrieb eröffnet, sperrt § 77 Abs. 3 BetrVG diese Konstruktion. Eine ablösende Betriebsvereinbarung ist dann nicht möglich und eine Regelungsabrede kann diese Rechtswirkung nicht erzeugen.

## 3. Ausnahme nach § 87 BetrVG

Nur im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG kann ein anderes Ergebnis angezeigt sein, wenn der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist. Auf der Grundlage der Vorrangtheorie kann § 77 Abs. 3 BetrVG keine Geltung haben. Die Betriebsparteien können eine entsprechende Regelung schaffen. Für teilmitbestimmte Regelungen ist allerdings die strenge Trennung von mitbestimmtem und mitbestimmungsfreiem Raum zu beachten (dazu S. 54 ff.).

Selbstverständlich ist dieses Ergebnis nicht. Denn durch die Bezugnahme auf den Tarifvertrag wurde die aktualisierte und ausgeübte Tarifautonomie für den Betrieb fruchtbar gemacht. Von der Warte des § 87 BetrVG aus besteht somit eine Regelung, die eigentlich als tarifvertragliche Regelung § 87 BetrVG sperren würde. Das Problem verschärft sich, wenn die inhaltliche Gestaltung der Arbeitsverhältnisse zu 100 % den tariflichen Vorgaben folgt. Nach der Logik des § 87 BetrVG ist hier eine teleologische Reduktion angebracht. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass § 87 BetrVG nicht von betrieblichen Einheitsregelungen spricht, sondern nur von Tarifverträgen und Gesetzen. Effektiv werden tarifliche Regelungen eingesetzt. Jedenfalls ist das Argument des Arbeitnehmerschutzes weitgehend obsolet. Man mag einwenden, dass der Arbeitgeber in dieser Konstellation eine Änderungskündigung erwägen könnte. Dann muss er aber den Anforderungen des § 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genügen. Selbst wenn er damit Erfolg hätte, läge dann keine effektive tarifliche Regelung mehr vor und das Mitbestimmungsrecht wäre wieder freigeschaltet. Da die betriebliche Realität oftmals komplexer aussieht als im Rahmen dieser theoretischen Idee, wird sich für diesen Gedankengang freilich selten ein Fall finden.

## III. Zwischenergebnisse

Ist ein Arbeitgeber nicht tarifgebunden, kann es sein, dass dieser gleichwohl auf Tarifverträge Bezug nimmt. Grundsätzlich muss dann das Günstigkeitsprinzip entscheiden, welche Rechtsquelle Anwendung findet. Durch die – abzulehnende – Rechtsprechung zur Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen muss dies aber nicht der Fall sein. Im Anwendungsbereich von § 77 Abs. 3 BetrVG sind derartige Konstruktionen ohnehin nicht zulässig. Etwas anderes gilt nach der Vorrangtheorie allerdings für kollektive Regelungen auf dem Gebiet des § 87 BetrVG. Im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung kommen nach der Rechtsprechung ablösende Betriebsvereinbarungen in Betracht. Bei teilmitbestimmten Regelungen ist wiederum ein strenger Maßstab anzulegen.[274]

274 S. 58 ff.

# G. Besonderheiten bei einem Betriebsübergang

Zu besonderen Problemen kann es kommen, wenn im Falle eines Betriebsübergangs der Veräußerer tarifgebunden war, der Erwerber hingegen nicht an den Tarifvertrag gebunden ist. In der Literatur wurde früh darauf hingewiesen, dass § 613a BGB vielfältige Möglichkeiten biete, Tarifverträge „einzufrieren" oder gar zu beseitigen.[275] Die oftmals problematischen Ergebnisse, die § 613a Abs. 1 S. 2 und 3 BGB für die kollektive Ebene schaffen kann, brechen sich auch hier Bahn. Für das vorliegende Thema ist die Problematik auch deshalb bedeutsam, weil es mit dem Betriebsübergang zugleich zu einem Branchenwechsel kommen kann. In diesem Fall fällt der Betrieb möglicherweise gar nicht mehr in den Geltungsbereich des Tarifvertrags.

## I. Auswirkungen des Betriebsübergangs auf die tariflichen Normen

Wenn Erwerber und Arbeitnehmer an den alten Tarifvertrag gebunden sind, wirkt der Tarifvertrag weiterhin normativ.[276] Das ist bei Fällen der Rechtsnachfolge möglich, wenn der Erwerber als Gesamtrechtsnachfolger an die Stelle des Veräußerers in den Tarifvertrag nachrückt.[277] Ferner kommt etwa eine dreigliedrige Abrede zwischen Gewerkschaft, Veräußerer und Erwerber in Betracht, dass der Haustarifvertrag fortbestehen soll. Insofern herrscht heute Einigkeit, dass § 613a Abs. 1 S. 2 BGB einschränkend ausgelegt werden muss und der kollektivrechtlichen Fortgeltung nicht entgegensteht.[278]

Für den Betriebsübergang bestehen allerdings Besonderheiten, wenn der Erwerber nicht tarifgebunden ist, denn die Tarifbindung des Veräußerers geht hier nicht automatisch auf den nicht tarifgebundenen Erwerber über. § 4 Abs. 1 TVG verfängt nicht mehr und es fehlt an einer allgemeinen, die Tarifgeltung konservierenden Regelung.[279] Eine Tarifbindung kraft Nachbindung ist schwer zu konstruieren. Es tritt auch keine Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG beim Erwerber ein, weil die Tarifbindung und nicht der zeitliche Gel-

275 *Gaul*, NZA 1995, 717.
276 *Wank*, NZA 1987, 505, 505 f.; *Gaul*, NZA 1995, 717, 719.
277 BAG 20.6.2001 – 4 AZR 295/00, NZA 2002, 517, 518.
278 *Wank*, NZA 1987, 505, 505 f.
279 BAG 20.6.2001 – 4 AZR 295/00, NZA 2002, 517; BAG 26.8.2009 – 4 AZR 280/08, NZA 2010, 238; *Wilson*, NZA 2023, 1503, 1507.

tungsbereich endet. Das BAG hat sich bereits 2001 gegen Positionen gewandt, die eine Bindung nach dem Betriebsübergang angenommen hatten.[280] Das Gericht hat aus § 613a Abs. 1 BGB gefolgert, dass der Erwerber „nur" in die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen einrücke und nur insoweit Rechtsnachfolger des Veräußerers werde. Die Tarifgebundenheit hingegen folge aus der Stellung als Tarifvertragspartei, nicht aus der als Partei des Arbeitsvertrags. Die Tarifbindung muss in diesem Fall erst wiederhergestellt werden.

Vielmehr regelt dann § 613a Abs. 1 S. 2 BGB, dass die Regelungen des Tarifvertrags Inhalt des Arbeitsvertrags werden. Nach S. 3 gilt das jedoch nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden.

## II. Die Wirkung von § 77 Abs. 3 und § 87 BetrVG nach Betriebsübergang

Da § 613a BGB den Übergang der wirtschaftlichen Einheit verlangt, wird sich für § 77 Abs. 3 BetrVG wenig ändern. In vielen Fällen wird der Betrieb auch weiterhin in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen, nur dass der Arbeitgeber eben nicht tarifgebunden ist. Dies führt grundsätzlich dazu, dass § 77 Abs. 3 BetrVG hinsichtlich der Betriebsvereinbarung beim neuen Erwerber Sperrwirkung entfaltet.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn man die Vorrangtheorie zugrunde legt. Im Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 BetrVG findet § 77 Abs. 3 BetrVG dann keine Anwendung. Das ist bei Betriebsübergängen i.S.v. § 613a BGB dann allerdings standardmäßig der Fall, weil die Sperre des Einleitungssatzes von § 87 BetrVG voraussetzt, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Auf diese Weise kreiert das Recht einen Mechanismus, der auf die Freischaltung der betrieblichen Mitbestimmung nach Betriebsübergang hinausläuft.

Diese Rechtslage kann ein Problem für die Tarifgeltung als solche darstellen. Das Problem hängt zum einen mit der verkürzten Rechtsfolgenanordnung des § 613a BGB zusammen. Es basiert aber auch auf den Gestaltungsmöglichkeiten im Gesellschaftsrecht, nicht zuletzt bei Umstrukturierungen.

280 BAG 20.6.2001 – 4 AZR 295/00, NZA 2002, 517, 518.

Man kann nun betonen, dass die Arbeitnehmer immerhin den Schutz des § 87 BetrVG erhalten. Die nach § 77 Abs. 3 BetrVG als besonders schützenswert herausgehobene Tarifautonomie bleibt dann jedoch nur eine reagierende Position. Es bedarf der Aufnahme von Tarifvertragsverhandlungen mit dem Erwerber. Das kann erfolgversprechend sein, muss es aber nicht. Augenfällig ist das Problem, wenn der erworbene Betrieb wenig später wiederum übertragen wird. Dann schaltet § 87 Abs. 1 BetrVG konstant die Sperre nach § 77 Abs. 3 BetrVG aus.

## III. Die Überkreuzablösung

Ist die Betriebsvereinbarung wirksam, könnte sie die transformierten tariflichen Regelungen ablösen. § 613a Abs. 1 S. 3 BGB geht offensichtlich davon aus, dass eine transformierte Betriebsvereinbarung durch eine Betriebsvereinbarung abgelöst werden kann. Ob jedoch auch eine Betriebsvereinbarung eine transformierte tarifliche Regelung ablösen kann – gewissermaßen „über Kreuz" –, beantwortet die Norm nur eingeschränkt.

### 1. Das Ablösungsprinzip nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB

Das BAG geht davon aus, dass § 613a Abs. 1 S. 3 BGB das sog. Ablösungsprinzip zugrunde liegt.[281] Arbeitnehmer hätten ein berechtigtes Interesse an der Beibehaltung der bisherigen kollektiven Arbeitsbedingungen, im Interesse des Betriebserwerbers solle es diesem jedoch möglich sein, alte Kollektivvereinbarungen durch die ihm zur Verfügung stehenden kollektiven Lösungswege abzulösen.[282] Das Günstigkeitsprinzip spiele hingegen keine Rolle.[283] Begründet hat das BAG dies mit der kollektivrechtlichen Natur der transformierten Regelung. Da die Regelung ihre kollektivrechtliche Natur behalte, könne sie nur durch eine spätere kollektivrechtliche Bestimmung abgelöst werden.[284] Umgekehrt würde die Regelung auch nicht stärker geschützt, als wenn sie von sich aus fortgegolten hätte.

281 BAG 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, 1203.
282 BAG 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, AP BGB § 613a Nr. 479.
283 BAG 22.4. 2009 – 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, 46 f.
284 BAG 22.4. 2009 – 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41, 47.

## 2. Die Ablösung von transformierten, tarifvertraglichen Regelungen

Nach diesem Grundsatz kann die transformierte tarifliche Bestimmung grundsätzlich durch eine neue tarifliche Bestimmung abgelöst werden. Das setzt wiederum die kongruente Tarifbindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer voraus.[285]

## 3. Die Ablösung durch Betriebsvereinbarung

§ 613a BGB nennt die Betriebsvereinbarung explizit. Der Betriebserwerber soll die Möglichkeit haben, die transformierten Normen mit dem kollektivrechtlichen Gestaltungsmittel der ablösenden Betriebsvereinbarung abzuändern.[286] Im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung kann die Einigung zwischen Erwerber und Betriebsrat auch durch die Einigungsstelle nach § 87 Abs. 2 BetrVG ersetzt werden. Der Spruch führt dann die Ablösung herbei.[287] Bei teilmitbestimmten Regelungen scheidet dieser Weg hingegen aus.

## 4. Die Ablösung transformierter tariflicher Bestimmungen durch Betriebsvereinbarung

Kombiniert man beide Punkte, führt dies zu der Frage, ob Betriebsvereinbarungen transformierte tarifliche Regelungen ablösen können.

### a) Grundsätze der Rechtsprechung

Der 4. Senat des BAG hat diese Frage zunächst offen gelassen,[288] kurze Zeit später aber das Verständnis nahegelegt, dass eine Überkreuzablösung zulässig sein könnte.[289] 2007 lehnte der 1. Senat[290] dann eine Überkreuzablösung in Form der Ersetzung eines Vergütungstarifvertrags durch einen Sozialplan ab. Das gelte jenseits der Norm des § 77 Abs. 3 BetrVG, die mangels Tarifvertrags nicht einschlägig war. Das Gericht begründete seine Position mit der Gesetzesbegründung und verwies auf BT-Drs. 8/3317 S. 7 [11]. Systematisch würde eine solche Möglichkeit eine betriebliche Kompetenz schaffen, tarifvertragliche In-

285 BAG 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, 922, 925.
286 BAG 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, AP BGB § 613a Nr. 479.
287 BAG 19.11.2019 – 1 AZR 386/18, AP BGB § 613a Nr. 479.
288 BAG 1.8.2001 – 4 AZR 82/00, AP BGB § 613a Nr. 225 m. Anm. v. *Gussen*.
289 BAG 29.8.2001 – 4 AZR 332/00, AP TVG § 1 Nr. 17: „Vielmehr können diese aufgrund vormaliger Tarifgeltung anzuwendenden Regelungen ihrerseits auch nach dem Betriebsübergang durch ihrerseits unmittelbar und zwingend geltende Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen abgelöst werden."
290 BAG 6.11.2007 – 1 ZR 862/05, NZA 2008, 542, 546.

halte zu verschlechtern, was außerhalb des Betriebsübergangs aber § 4 Abs. 3 TVG widerspräche. Außerhalb des Bereichs zwingender Mitbestimmung könne keine wirksame Abmachung im Anwendungsbereich des § 4 Abs. 4 TVG geschlossen werden, wenn § 77 Abs. 3 BetrVG einschlägig sei. Insofern flankierte das Gericht den Schutz des § 77 Abs. 3 BetrVG über tarifvertragliche Wertungen und erweiterte in gewisser Weise sogar den Schutz des Tarifvertrags vor Ablösungen durch Betriebsvereinbarungen.

Der 3. Senat trat dieser Rechtsprechung alsbald bei und betonte im Falle einer teilmitbestimmten Regelung die fehlende Kongruenz der Kompetenz des Regelungsgegenstands der Tarifparteien und der Betriebsparteien.[291] Auch der 4. Senat trat dieser Rechtsprechung anhand eines Falles einer teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung bei.[292]

Nach der – facettenreichen – Gegenauffassung besteht die Möglichkeit, eine transformierte tarifliche Regelung durch eine Betriebsvereinbarung abzulösen.[293] So wurden Zweifel erhoben, ob das Verbot der Überkreuzablösung mit dem Sinn und Zweck des § 613a Abs. 1 S. 3 BGB vereinbar ist. Immerhin dränge man dann den Arbeitgeber auf die individualvertragliche Ebene.[294] Für die Überkreuzablösung wird ferner der Wortlaut angeführt.[295] Die Überkreuzablösung trage hingegen dem durch § 613a Abs. 1 S. 3 BGB geschützten Vereinheitlichungsinteresse Rechnung.[296] In der Literatur wurde insbesondere dafür plädiert, im Interesse der Rechtsvereinheitlichung § 77 Abs. 3 BetrVG im Anwendungsbereich des § 613a BGB nicht zur Anwendung zu bringen.[297] § 613a Abs. 1 S. 3 BGB sei eine Lex specialis. Zudem sollen die transformierten Normen bei § 4 Abs. 5 TVG nicht mehr zwingend nachwirken und könnten durch jede andere Abmachung ersetzt werden.[298]

Dagegen wird in der Literatur zu Recht angeführt, dass nur gleichwertige Kollektivverträge einander ablösen können und durch §§ 77 Abs. 3, 87 BetrVG hinreichend zum Ausdruck komme, dass Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nicht gleichwertig seien.[299] Ferner wird betont, dass die begriffliche Trennung in § 613a Abs. 1 S. 3 BGB gerade auch den unterschiedlichen Rechts-

291 BAG 13.11.2007 – 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600 Orientierungssatz 3, zu Orientierungssatz 4 sogleich.
292 BAG 21.4.2010 – 4 AZR 768/08, AP BGB § 613a Nr. 387 Rn. 46.
293 *Meyer*, NZA 2001, 751; *Döring/Grau*, BB 2009, 158; *Bauer/Von Medem*, DB 2010, 2560; Henssler/Willemsen/Kalb-*Müller-Bonnani*, BGB, § 613a Rn. 274.
294 Henssler/Willemsen/Kalb-*Edenfeld/Bieder*, BGB, § 613a Rn. 87.
295 Henssler/Willemsen/Kalb-*Müller-Bonnani*, BGB, § 613a Rn. 274.
296 *Döring/Grau*, BB 2009, 158, 163.
297 *Meyer*, NZA 2001, 751, 752.
298 *Bauer/Von Medem*, DB 2010, 2560, 2562.
299 *Thon*, NZA 2005, 858, 859.

quellen Rechnung trage.[300] Auch das Wortlautargument ist nicht überzeugend. § 613a Abs. 1 S. 3 BGB trägt je nach Lesart und Akzentuierung beide Auffassungen.

Es wäre allerdings ein Bruch mit der gesamten Systematik von Betriebsverfassung und Tarifvertragsrecht, nur wegen eines Betriebsübergangs das Rangverhältnis der beiden Ordnungsebenen mittelbar umzudrehen. Die Wertung des BAG aus § 4 Abs. 5 TVG ist in der Tat das entscheidende Argument. § 613a BGB setzt in dieser Hinsicht keine Wertung, schützt kein genuines Interesse, welches höherwertig ist als die Kernaussagen des TVG. Es wäre auch im Ansatz verfehlt, § 77 Abs. 3 BetrVG zu verdrängen, weil man die dadurch entstehende Lücke des durch Art. 9 Abs. 3 GG vergebenen Schutzauftrags nicht erklären kann.

### b) Überkreuzablösung im Anwendungsbereich von § 87 BetrVG

In der Rechtsprechung zum Verbot der Überkreuzablösung findet sich der Hinweis, dass das Verbot jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs der zwingenden Mitbestimmung gelte.[301] In der Literatur wird daraus gefolgert, dass das Verbot der Überkreuzablösung dem Tarifvorrang des § 77 Abs. 3 BetrVG folgt.[302] Wiederum andere betonen, dass diese Konstellation nur eingeschränkte Bedeutung habe, weil die relevanten Konflikte oftmals aus teilmitbestimmten Regelungen erwüchsen.[303]

Hier dürfen bestimmte Punkte nicht vermischt werden. § 77 Abs. 3 BetrVG kann schon für sich – d.h. in seinem Anwendungsbereich – Betriebsvereinbarungen als Regelungsinstrument kategorisch ausschließen, da § 613a BGB, wie oben dargelegt, keine Spezialregelung ist. Diese Rechtswirkung tritt in jedem Fall ein. Davon zu trennen ist die Frage, ob § 87 BetrVG eine ablösende Betriebsvereinbarung legitimieren kann. Hier liegt es nahe, dass gerade dem Einleitungssatz des § 87 BetrVG diese Rechtswirkung nicht entnommen werden kann. Wenn die transformierte Regelung ihren kollektivrechtlichen Charakter behält, besteht jedenfalls wertungsmäßig eine tarifliche Regelung. § 87 BetrVG erweitert nicht die Befugnisse der Betriebsparteien nur wegen eines Betriebs-

300 Staudinger-*Annuß*, BGB, § 613a Rn. 229.

301 BAG 13.11.2007 – 3 AZR 191/06, NZA 2008, 600 Orientierungssatz 4; BAG 21.4.2010 – 4 AZR 768/08, AP BGB § 613a Nr. 387.

302 *Bauer/Von Medem*, DB 2010, 2560, 2562; in diese Richtung auch: Henssler/Willemsen/Kalb-*Gaul*, BetrVG, § 77 Rn. 48; vgl. aber *Bepler*, RdA 2009, 65, 72, der den Entscheidungen die Tendenz entnimmt, die Überkreuzablösung generell für unzulässig zu erklären.

303 *Bepler*, RdA 2009, 65, 72.

übergangs. Allein auf die fehlende, formale Tarifbindung abzustellen, wird dem Problem nicht gerecht.[304]

## IV. Betriebsvereinbarungsoffene transformierte Normen?

Mit Blick auf die Rechtsprechung des BAG, nach der vorformulierte Vertragsbedingungen durch Betriebsvereinbarung abgelöst werden können,[305] stellt sich die Frage, ob dies auch für tarifliche Bestimmungen gilt, die über § 613a Abs. 1 S. 2 BGB zum Inhalt des Arbeitsvertrags wurden.

Legt man die Grundsätze der Überkreuzablösung zugrunde, muss dies grundsätzlich ausscheiden. Allerdings fußt die Rechtsprechung des BAG zur Betriebsvereinbarungsoffenheit nicht im Normativen, sondern in der Auslegung der Vertragsbestimmungen.[306] Gleichwohl ist kein anderes Ergebnis angezeigt. Transformierten Tarifvertragsbestimmungen muss schon wegen § 77 Abs. 3 BetrVG der Inhalt zugesprochen werden, dass sie nicht durch Betriebsvereinbarungen abgelöst werden sollen. Das ist jedenfalls die typische Interessenlage bei Schaffung der tariflichen Regelung. Das gilt auch im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG, weil auch dort eine tarifliche Regelung grundsätzlich das Mitbestimmungsrecht sperrt.

## V. Die Fortgeltung der Vergütungsordnung i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Bestand vor dem Betriebsübergang eine tarifliche Vergütungsordnung, die bei bestehender Tarifbindung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auf alle betrieblichen Arbeitnehmer umzulegen war, so vertritt die Rechtsprechung, dass diese auch nach dem Betriebsübergang gelten soll.[307] Hintergrund der Umlegung des Tarifvertrags im ursprünglichen Betrieb ist, dass eine betriebsverfassungsrechtliche Lösung wegen des Tarifvorbehalts ausscheidet und auf diese Weise Schutzlücken verhindert werden (dazu S. 43). Dass dieser Schutz aber auch im Falle eines Betriebsübergangs erhalten bleibt,[308] war nicht selbstverständlich – wenn die Tarifbindung durch den Betriebsübergang endete. Die Vergütungsordnung soll dann statisch weitergelten. Ein Fall der Nachbindung liegt gera-

304 So aber *Döring/Grau*, BB 2009, 158, 162.
305 Vgl. BAG 30.1.2019 – 5 AZR 442/17, NZA 2019, 1076.
306 BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 920 f.
307 BAG 20.2.2018 – 1 ABR 53/16, NZA 2018, 954.
308 BAG 8.12.2009 – 1 ABR 66/08, NZA 2010, 404, 406.

de nicht vor.[309] Etwas anderes gilt, wenn der Erwerber seinerseits tarifgebunden ist.[310] Dann liegt eine andere Vergütungsordnung vor.

Für den Fall von Bezugnahmeklauseln geht das BAG ebenfalls davon aus, dass diese einen eigenständigen Geltungsgrund darstellen.[311] In diesem Fall kann die Vergütungsordnung nach Ansicht des BAG sogar dynamisch wirken.

Für gewöhnlich wird die übergehende Vergütungsordnung in der Logik der Betriebsverfassung eine teilmitbestimmte Regelung sein, denn als tarifvertragliche Regelung bestehen nicht die gleichen Probleme wie im Zuständigkeitsdickicht des BetrVG. Nunmehr stellt sich aber die Frage, ob nicht mangels Tarifbindung die Regelung zum einen an § 87 BetrVG und zum anderen an § 77 Abs. 3 BetrVG zu messen ist. Das ist nicht der Fall, wenn die Vergütungsordnung tarifvertraglich wirkt. Das ist aber der Fall, wenn sie wie eine Betriebsvereinbarung wirkt.

Die Rechtsprechung kreiert auf diese Weise ein neues Konstrukt: Eine betriebsverfassungsrechtliche Anwendungspflicht von tarifvertraglichen Normen nach Betriebsübergang. Denn während man die Fortwirkung der Vergütungsordnung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zumindest als konsequent einordnen kann, wird nicht klar, wie der Tarifvertrag jenseits der Rechtswirkungen der §§ 3 und 4 TVG fortwirken soll. Vielmehr erhöht die Rechtsprechung § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu einem Fortwirkungstatbestand für tarifliche Vorgaben.

## VI. Zwischenergebnisse

Führt ein Betriebsübergang zum Fortfall der Tarifbindung, lebt § 87 BetrVG wieder auf und sperrt § 77 Abs. 3 BetrVG. Dieser Mechanismus strapaziert den durch § 77 Abs. 3 BetrVG bezweckten Schutz der Tarifautonomie. Dass diese Lösung nicht optimal ist, zeichnet sich auch in der Rechtsprechung des BAG ab. Denn nach der Rechtsprechung des BAG kann eine tarifliche Vergütungsordnung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG trotzdem fortgelten. Ohne Tarifbindung wäre eine vergleichbare Vergütungsordnung in einer Betriebsvereinbarung wiederum anhand von §§ 77 Abs. 3 und § 87 BetrVG zu messen.

309 BAG 8.12.2009 – 1 ABR 66/08, NZA 2010, 404, 406.
310 So der Fall bei BAG 20.2.2018 – 1 ABR 53/16, NZA 2018, 954.
311 BAG 8.12.2009 – 1 ABR 66/08, NZA 2010, 404, 406.

# H. Tarifmehrheiten

Weitere Probleme treten auf, wenn von ihrem Geltungsbereich her mehrere Tarifverträge einen Betrieb erfassen. Die Frage darf nicht gleichgesetzt werden mit dem Phänomen der gewillkürten Tarifpluralität und der Tarifkonkurrenz, weil § 77 Abs. 3 BetrVG gerade auch Arbeitgeber erfasst, die nicht tarifgebunden sind (vgl. aber § 4a Abs. 2 S. 1 TVG).[312]

## I. Überschneidungen des Geltungsbereichs

Überschneiden sich zwei Tarifverträge in ihrem Geltungsbereich, ohne dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist, gilt § 77 Abs. 3 BetrVG für jeden der Tarifverträge.[313] Insofern kann eine Betriebsvereinbarung nur jenseits des Geltungsbereichs aller Tarifverträge geschlossen werden. Das bedeutet ferner, dass eine Öffnungsklausel in einem Tarifvertrag nicht ausreicht,[314] wenn ein anderer Tarifvertrag eine Regelung enthält.[315] Vielmehr muss die Betriebsvereinbarung durch alle Tarifverträge zugelassen werden.

Im Anwendungsbereich von § 87 Abs. 1 BetrVG hingegen kommt es maßgeblich darauf an, ob ein Tarifvertrag den Arbeitgeber bindet.[316] Ist dies nicht der Fall, tritt nach § 77 Abs. 3 BetrVG gemäß der Vorrangtheorie zurück und die Betriebsparteien können eine Betriebsvereinbarung schließen.[317] Ist der Arbeitgeber hingegen an einen der beiden Tarifverträge gebunden, so sperrt bereits dieser eine Tarifvertrag das Mitbestimmungsrecht.[318]

312 Treffend: *Fitting*, BetrVG § 77 Rn. 81.

313 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125; DKW-*Berg*, BetrVG § 77 Rn. 144; *Fitting*, BetrVG, § 77 Rn. 81; *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 26; DKW-*Berg*, BetrVG, § 77 Rn. 144; *Greiner* RdA 2022, 164, 165; *Jacobs*, NZA 2008, 325, 332.

314 *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 26.

315 A.A. zur Rechtslage vor Schaffung von § 4a TVG: *Franzen*, RdA 2008, 193, 200.

316 S. 42.

317 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125 Rn. 43; instruktiv hierzu: *Greiner*, RdA 2022, 164, 165.

318 Dazu noch unten S. 77.

# II. Tarifkollision

Seit der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit[319] und der Einführung von § 4a TVG kann mit Blick auf den Tarifvorrang gemäß § 77 Abs. 3 BetrVG und den Tarifvorrang nach § 87 BetrVG das Problem dadurch verschärft werden, dass die Mehrheiten in Betriebsräten nicht immer den jeweiligen gewerkschaftlichen Mehrheiten im Betrieb entsprechen müssen. Zudem kennt § 4a TVG nunmehr eine Verdrängungswirkung gegenüber dem sog. Minderheitstarifvertrag, die ebenfalls für §§ 77 Abs. 3, 87 BetrVG Fragen aufwirft.

## 1. Die Sperrwirkung des Minderheitstarifvertrags

Inwieweit der Minderheitstarifvertrag eine Sperrwirkung auslösen kann, ist umstritten. Das BAG hat diese Frage jüngst offen gelassen.[320] Nach der wohl h.M. kann auch ein Minderheitstarifvertrag die Sperrwirkung begründen.[321] Dafür wird angeführt, dass § 4a Abs. 1 S. 2 TVG nicht die normative Geltung des Minderheitstarifvertrags verhindere, sondern nur die Anwendung im Betrieb.[322] Ferner könne der verdrängte Tarifvertrag zumindest die Tarifüblichkeit begründen.[323]

Nach der Gegenauffassung soll die latente Wirkung des verdrängten Minderheitstarifvertrags hingegen nicht ausreichen.[324] Praktisch spielt dies nur dann eine Rolle, wenn der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft im Gegensatz zum Minderheitstarifvertrag keine Regelung enthält. Dann wären Betriebsvereinbarungen als Gestaltungsinstrumente trotz Zulassung durch den maßgeblichen Tarifvertrag versperrt. Zu Recht wurde daher darauf hingewiesen, dass der von § 77 Abs. 3 BetrVG intendierte Schutz der aktualisierten und ausgeübten Tarifautonomie nicht so weit gehen kann, trotz Exklusion Regelungen entgegenzustehen.[325]

Von der h.M. wird hingegen in aller Regel nur auf die allgemeine Wirkung von § 77 Abs. 3 BetrVG hingewiesen. In der Tat läge auf den ersten Blick ein Widerspruch vor, einen nicht anwendbaren, aber von seinem Geltungsbereich her die Sperrwirkung auslösenden Tarifvertrag allgemein zu schützen, einen

319 BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.
320 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125 Rn. 47.
321 *Fitting*, BetrVG, § 77 Rn. 81a f.; *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 26; DKW-*Berg*, BetrVG, § 77 Rn. 145, aber anders für Betriebsnormen.
322 *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 26.
323 *Ahrendt* in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, § 231 Rn. 26.
324 *Greiner*, RdA 2022, 164, 165; Richardi-*Richardi/Picker*, BetrVG, § 77 Rn. 281.
325 *Greiner*, RdA 2022, 164, 165.

nach § 4a Abs. 2 S. 2 HS 1 TVG verdrängten Tarifvertrag hingegen nicht. § 77 Abs. 3 BetrVG geht es ja gerade nicht um die Tarifbindung.[326] In letzter Konsequenz ist dieser Gedanke jedoch nicht überzeugend. Denn § 4a Abs. 2 TVG soll das Tarifwesen ordnen. Mit dem Ausschluss anderweitiger Regelungen verträgt es sich ebenso wenig, diese durch die Hintertür des § 77 Abs. 3 BetrVG eine Sperrwirkung aufbauen zu lassen. In der Literatur wurde daher auch darauf hingewiesen, dass ansonsten etwa Öffnungsklauseln des Mehrheitstarifvertrags leerlaufen könnten.[327] Allein auf die dogmatische Wirkungsweise der Verdrängungswirkung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG abzustellen, löst das Problem nicht. Es handelt sich um eine Konkurrenzfrage von § 4a TVG und § 77 BetrVG. Vom Normalfall des Nebeneinanders mehrerer Tarifverträge unterscheidet sich die Konstellation nicht nur durch das Zurücktreten des Minderheitstarifvertrags, sondern gerade auch durch seine Wertung zugunsten der Gestaltung durch den Mehrheitstarifvertrag.

### 2. Gewillkürte Tarifpluralität

§ 4a Abs. 2 S. 2 TVG muss jedoch nicht das letzte Wort haben. BVerfG und BAG haben mittlerweile herausgearbeitet, dass § 4a TVG disponibel ist. Insofern können sich die Tarifvertragsparteien auch für einen sog. Tarifpluralismus entscheiden.[328] Dann stehen die Tarifverträge nebeneinander und die eingangs dargestellten Grundsätze finden Anwendung.

## III. Mehrere Tarifverträge und § 87 Abs. 1 BetrVG

Nach Ansicht des BAG verdrängt die Bindung des Arbeitgebers an eine zwingende und abschließende tarifliche Norm das Mitbestimmungsrecht, nicht nur gegenüber denjenigen Arbeitnehmern, für die dieser Tarifvertrag gilt, sondern auch für alle anderen Arbeitnehmer, insbesondere auch für jene, die unter einen anderen Tarifvertrag fallen.[329] § 87 BetrVG kenne keine beschränkten Mitbestimmungsrechte und schütze alle Arbeitnehmer gleichermaßen. Sollte eine Schutzlücke entstehen, sei diese nach dem Zweck der betroffenen Regelung zu schließen.[330]

326 S. 29.
327 Eingehend: *Greiner*, RdA 2022, 164, 166 ff.
328 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125 unter Verweis auf BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915.
329 BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125 Rn. 64 ff.
330 Dazu S. 43.

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, wenn sich ein Arbeitgeber – zulässigerweise – an zwei Tarifverträge bindet. Dann muss eine Betriebsvereinbarung beiden Tarifverträgen Rechnung tragen. Überzeugend ist es daher, zu verlangen, dass jeder bindende Tarifvertrag eine Öffnungsklausel enthalten oder zumindest Raum für eine entsprechende Gestaltung lassen muss.[331] Ein anderes Ergebnis würde mittelbar die Gleichrangigkeit der tariflichen Bindung auflösen. Unangetastet bleibt indes die Möglichkeit, die jeweiligen Tarifverträge auf unterschiedliche Arbeitnehmergruppen zu beziehen.[332] Denn dann besteht möglicherweise Regelungsspielraum für die Gruppen, die nicht durch die Tarifverträge erfasst sind. Im Falle des § 4a Abs. 2 TVG hingegen kann der Minderheitstarifvertrag, selbst wenn sich der Arbeitgeber an diesen Vertrag gebunden hat, den Tarifvorbehalt nicht auslösen.[333] Das ist anders als bei § 77 Abs. 3 BetrVG nicht begründungsbedürftig, weil ihm die zwingende Wirkung im Betrieb fehlt.

## IV. Zwischenergebnisse

Überschneiden sich die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, so ist jeder grundsätzlich geeignet,[334] die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auszulösen. Betriebsvereinbarungen sind dann ohne allseitige Zulassung bzw. Öffnungsklauseln nicht mehr möglich.

Im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG tritt zwar § 77 Abs. 3 BetrVG zurück. Jedoch genügt bereits die einseitige Bindung des Arbeitgebers an einen Tarifvertrag, damit das Mitbestimmungsrecht gesperrt sein kann. Bei der Frage, ob der Tarifvertrag Raum für Betriebsvereinbarungen lässt, ist dann nur auf den bindenden Tarifvertrag abzustellen. Ist der Arbeitgeber an mehrere Tarifverträge gebunden, muss jeder tariflichen Regelung entsprochen werden. Insofern müssen alle Tarifverträge Raum für eine betriebliche Gestaltung lassen.

331 *Schnitker/Sittard*, ZTR 2015, 423; ErfK-*Kania*, BetrVG, § 87 Rn. 15.
332 *Koch*, SR 2017, 19, 21.
333 DKW-*Klebe*, BetrVG, § 87 Rn. 38: *Fitting*, BetrVG, § 87 Rn. 46.
334 Zur Sperrwirkung des Minderheitstarifvertrags oben S. 76.

# Zusammenfassung und Ergebnisse

1. Während die Tarifautonomie unmittelbar in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG beheimatet ist, folgt die Betriebsautonomie aus dem BetrVG und somit aus dem einfachen Gesetzesrecht. Systematisch ist bereits auf verfassungsrechtlicher Ebene die Normsetzungsprärogative der Tarifvertragsparteien gegenüber den Betriebsparteien vorgezeichnet. Diese ist nicht absolut. Art. 9 Abs. 3 GG muss aber zum Ausgangspunkt jedweder Prüfung gemacht werden und sodann anhand des Grundsatzes der praktischen Konkordanz zusammen mit dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip, die zugunsten der betrieblichen Mitbestimmung wirken können, auch in den Betrieben verwirklicht werden (dazu S. 15 ff.).

2. § 77 Abs. 3 BetrVG sichert die Normsetzungsprärogative, den Geltungsanspruch tariflicher Regelungen, gegenüber Betriebsvereinbarungen. Im Geltungsbereich eines Tarifvertrags oder bei Tarifüblichkeiten können die Betriebsparteien keine Betriebsvereinbarungen abschließen. Nur wenn der Tarifvertrag selbst eine solche Gestaltung zulässt, greift die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG nicht ein. Bei Verstößen gegen den Tarifvorrang ist eine Betriebsvereinbarung unwirksam. Das Verbot des § 77 Abs. 3 BetrVG setzt dabei nicht einmal voraus, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist (dazu S. 20 ff.).

3. Der Tarifvorbehalt des § 87 BetrVG unterscheidet sich deutlich von § 77 Abs. 3 BetrVG. Während § 77 Abs. 3 BetrVG die Tarifautonomie schützt, hat § 87 Abs. 1 BetrVG in erster Linie den Schutz der Arbeitnehmer im Betrieb vor Augen, schützt aber mittelbar natürlich auch den Vorrang des Tarifvertrags. Insofern erkennt die Norm den Tarifvorrang an und sichert die Tarifgeltung für das zentrale Mitbestimmungsrecht des § 87 BetrVG ausdrücklich. Weiterhin – und hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu § 77 Abs. 3 BetrVG – verlangt die Einschränkung des Mitbestimmungsrechts, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist (dazu S. 39 ff.).

4. Von besonderer Bedeutung bei bestehender Tarifbindung ist, dass das BAG den Zweck des § 87 Abs. 1 ES BetrVG auch als Stütze für eine Rechtsfortbildung verwendet. So betont das Gericht im Rahmen seiner Rechtsprechung zur allgemeinen Anwendung von tariflichen Vergütungsordnungen im Betrieb, dass die Anwendung eines Tarifvertrags auch auf Außenseiter dem Zweck des Tarifvorbehalts entspreche (dazu S. 43). Diese Rechtsprechung ist ein Baustein im System der Bekämpfung von Tarifflucht. Denn im Falle eines Betriebsübergangs geht die Vergütungsordnung jenseits aller Wirkungen von §§ 3, 4 TVG und 613a BGB zunächst auf den Betrieb nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG über (dazu S. 67 ff.).

5. § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 BetrVG stehen im Ausgangspunkt nebeneinander. Wegen der Normsetzungsprärogative kommt § 77 Abs. 3 BetrVG grundsätzlich ein erhöhter Anwendungsbefehl zu. Das bedeutet für die Vorrangtheorie, dass sie sich in jedem Fall rechtfertigen muss. Sie hat ihre Berechtigung in den Fällen, in denen ansonsten gar keine Regelung im Betrieb bestehen würde, weil der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist. Dann kann es besser sein, eine betriebliche Lösung zu haben als keine. Nimmt man die Normsetzungsprärogative ernst, darf die Vorrangtheorie nicht einfach nur betont werden, sie muss vielmehr gerechtfertigt werden (dazu S. 47 ff.).

6. Ist ein Arbeitgeber nicht tarifgebunden, kann es sein, dass dieser gleichwohl über arbeitsvertragliche Klauseln auf Tarifverträge Bezug nimmt. Grundsätzlich muss dann das Günstigkeitsprinzip entscheiden, welche Rechtsquelle Anwendung findet. Durch die – abzulehnende – Rechtsprechung zur Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen muss dies aber nicht der Fall sein. Im Anwendungsbereich von § 77 Abs. 3 BetrVG sind derartige Konstruktionen ohnehin nicht zulässig. Etwas anderes gilt allerdings nach der Vorrangtheorie für § 87 BetrVG. Im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung kommen nach der Rechtsprechung ablösende Betriebsvereinbarungen in Betracht.

7. Bei teilmitbestimmten Regelungen kommt es darauf an, ob der jeweilige Aspekt der Betriebsvereinbarung auf § 87 BetrVG basiert oder im Wege der freiwilligen Mitbestimmung aufgenommen wurde. Die Vorrangtheorie gilt nur für Regelungen, die auf § 87 BetrVG zurückgehen. Im Übrigen schützt § 77 Abs. 3 BetrVG die Normsetzungsprärogative der Tarifvertragsparteien. Die gesamte Regelung kann dann nach § 139 BGB unwirksam sein.

8. Führt ein Betriebsübergang zum Fortfall der Tarifbindung, lebt § 87 BetrVG auf und sperrt § 77 Abs. 3 BetrVG in seinem Anwendungsbereich. Dieser Mechanismus strapaziert den durch § 77 Abs. 3 BetrVG bezweckten Schutz der Tarifautonomie. Denn auf diese Weise wird ein einfacher Weg aufgezeigt, um tarifliche Bindung und tariflich zwingende Wirkung zu beseitigen. Dass diese Lösung nicht optimal ist, zeichnet sich auch in der Rechtsprechung des BAG ab. Denn nach der Rechtsprechung des BAG kann eine tarifliche Vergütungsordnung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG im Falle eines Betriebsübergangs zunächst fortgelten. Ohne Tarifbindung wäre eine vergleichbare Vergütungsordnung in einer Betriebsvereinbarung wiederum anhand von §§ 77 Abs. 3 und § 87 BetrVG zu messen (dazu S. 73). Ferner hat die Rechtsprechung über § 77 Abs. 3 BetrVG hinaus eine Überkreuzablösung abgelehnt und somit den Schutz des Tarifvertrags anlässlich des Betriebsübergangs gestärkt.

9. Überschneiden sich die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, so ist jeder geeignet, die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG auszulösen. Betriebsvereinbarungen ohne allseitige Öffnungsklauseln sind dann nicht mehr möglich. Im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG tritt zwar § 77 Abs. 3 BetrVG zurück. Jedoch genügt bereits die einseitige Bindung des Arbeitgebers an einen Tarifvertrag mit entsprechenden Vorgaben, um die Wirkung zu erzeugen, dass das Mitbestimmungsrecht gesperrt ist. Bei der Frage, ob der Tarifvertrag Raum für Betriebsvereinbarungen lässt, ist dann nur auf den bindenden Tarifvertrag abzustellen (dazu S. 75 ff.).

# Literaturverzeichnis


**Annerfelt, Pascal/Engelmann, Andreas,** Tarifflucht eines Arbeitgebers, AuR 2023, 389–392.

**Bauer, Jobst-Hubertus/Von Medem, Andreas, Betriebsübergang**: Beschränkt kollektivrechtliche Fortgeltung nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB, DB 2010, 2560.

**Benecke, Martina,** Die Regelungsabrede – Absprachen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber im Wandel der Zeit, RdA 2020, 148–155.

**Bepler Klaus,** Tarifverträge im Betriebsübergang, RdA 2009, 65–76.

**Blomeyer, Wolfgang,** Das Günstigkeitsprinzip in der Betriebsverfassung. Die Betriebsvereinbarung zwischen Individual- und Tarifvertrag, NZA 1996, 337–346.

**Däubler, Wolfgang** (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: Däubler-*Bearbeiter*).

**Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter** (Hrsg.), BetrVG. Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 19. Aufl., Frankfurt am Main 2024 (zit.: DKW-*Bearbeiter*).

**Döring, René/Grau, Timon,** Überkreuz mit der Überkreuzablösung. Kein Vorrang von Betriebsvereinbarungen gegenüber „transformierten" tariflichen Ansprüchen beim Betriebsübergang?, BB 2009, 158.

**Ehmann, Horst/Schmidt, Thomas,** Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge. Grenzen des Tarifvorrangs, NZA 1995, 193–203.

**Epping, Volker/Hillgruber, Christian,** BeckOK Grundgesetz, 60. Edition (zit.: BeckOK-*Bearbeiter*, GG).

**Fitting, Karl** (Begr.), Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG, 32. Aufl., München 2024.

**Franzen, Martin,** Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193–205.

**Friese, Birgit,** Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, Berlin 2000.

**Gaul, Björn,** Das Schicksal von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen bei der Umwandlung von Unternehmen, NZA 1995, 717–725.

**Gooren, Paul,** Tarifeinheit und Tarifkollision (§ 4 a TVG) in der Praxis, NZA 2022, 444–452.

**Greiner, Stefan,** Auswirkungen der Tarifeinheit im Betrieb auf Betriebsvereinbarungen, RdA 2022, 164.

**Greiner, Stefan,** Anmerkung zu BAG 25.1.2023 – 4 ABR 4/22, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 125.

**Hablitzel, Hans,** Das Verhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, NZA 2001, 467–472.

**Heinze, Meinhard,** Kollektive Arbeitsbedingungen im Spannungsfeld zwischen Tarif- und Betriebsautonomie, NZA 1995, 5–8.

**Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen,** Arbeitsrecht Kommentar, 11. Aufl., Köln 2024 (zit.: Henssler/Willemsen/Kalb-*Bearbeiter*).

**Hess, Harald/Worzalla, Michael/Glock, Dirk u.a.,** BetrVG Kommentar, 10. Aufl., Köln 2018.

**Hoffmann, Michel/Köllmann, Thomas,** Die „betriebsvereinbarungsoffene" Vertragsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, NZA 2020, 914–918.

**Jacobs, Matthias,** Tarifpluralität statt Tarifeinheit – Aufgeschoben ist nicht aufgehoben!, NZA 2008, 325.

**Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut,** Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, 5. Aufl., München 2022 (zit.: MünchArbR-*Bearbeiter*).

**Kipp, Theodor,** Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, FS v. Martitz, 211.

**Kissel, Rudolf,** Das Spannungsfeld zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag, NZA 1986, 73–112.

**Klocke, Daniel,** Die unmittelbare Drittwirkung der kollektiven Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG, SR 2020, 17–34.

**Koch, Ulrich,** Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Teil 2, SR 2017, 19.

**Löwisch, Manfred/Rieble,** Volker, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017.

**Meyer, Cord,** Modifikation von Tarifrecht durch Betriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, NZA 2001, 751.

**Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid** (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl., München 2025 (zit.: ErfK-*Bearbeiter*).

**Preis, Ulrich/Ulber, Daniel,** Die Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen, RdA 2013, 211–226.

**Richardi, Reinhard,** Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl., München 2022 (zit.: Richardi-*Bearbeiter*).

**Säcker, Franz Jürgen,** Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betrieblicher Vereinbarungsbefugnis, ZFA 1972, Sonderheft, 41–70.

**Schaub, Günther** (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl., München 2023.

**Schnitker, Elmar/Sittard, Ulrich,** Pluralität tariflicher Vergütungsordnungen. Auswirkungen auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrates, ZTR 2016, 423.

**Schwarze, Roland,** Was wird aus dem gewerkschaftlichen Unterlassungsanspruch? RdA 2005, 159–166.

**Staudinger, Julius von** (Begr.), BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin (Stand: 2022).

**Thon, Horst,** Die Regelungsschranken des § 77 III BetrVG im System der tarifvertraglichen Ordnung des TVG. Eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts, NZA 2005, 858.

**Waltermann, Raimund,** 75 Jahre Betriebsvereinbarung, NZA 1995, 1177–1184.

**Waltermann, Raimund,** Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, Tübingen, 1996.

**Waltermann, Raimund,** „Ablösung" arbeitsvertraglicher Zusagen durch Betriebsvereinbarung? RdA 2016, 296–304.

**Wank, Rolf,** Die Geltung von Kollektivvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, NZA 1987, 505–510.

**Wiedemann, Herbert** (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz: TVG, 9. Aufl., München 2023 (zit.: Wiedemann-*Bearbeiter*).

**Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut,** Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 12. Aufl., Hürth 2021 (zit.: GK-*Bearbeiter*).

**Wilson, Michaela,** Das Schicksal der normativen Tarifbindung bei Umstrukturierungen, NZA 2023, 1503.

**In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeits- und Sozialrecht sind zuletzt erschienen:**

Band 58 Wolfram Cremer
**Soziale Kriterien und EU-Beihilferecht – Zugleich zur sozialen Dimension der EU-Verträge**
ISBN 978-3-7663-7607-7

Band 57 Olaf Deinert/Andreas Hofmann/Esra Özen/Philipp Thiel
**Die soziale Dimension des Unionsrechts in der Rechtsprechung des EuGH**
ISBN 978-3-7663-7589-6

Band 56 Reingard Zimmer
**Die Umsetzung und Weiterentwicklung des LkSG**
ISBN 978-3-7663-7582-7

Band 55 Judith Brockmann/Felix Welti (Hrsg.)
**Sozialrecht und Tarifbindung**
ISBN 978-3-7663-7581-0

Band 54 Anneliese Kärcher/Manfred Walser
**Durchsetzung von Arbeitsrecht – das Arbeitsschutzkontrollgesetz als Modell?**
ISBN 978-3-7663-7579-7

Band 53 Olaf Deinert
**Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung**
ISBN 978-3-7663-7399-1

Band 52 HSI
**Gewerkschaftsrechte heute**
ISBN 978-3-7663-7368-7

Band 51 Uwe Fuhrmann
**Frauen in der Geschichte der Mitbestimmung – Pionierinnen in Betriebsräten, Gewerkschaft und Politik**
ISBN 978-3-7663-7344-1

Band 50 Wolfram Cremer/Olaf Deinert
**Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts**
ISBN 978-3-7663-7367-0

Band 49 Wolfgang Däubler
**Klimaschutz und Arbeitsrecht**
ISBN 978-3-7663-7366-3

Weitere Informationen zur Schriftenreihe:
**www.hugo-sinzheimer-institut.de**