

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Die gesetzliche Verankerung des Tarifvorbehalts
3. Die praktische Bedeutung des Tarifvorbehalts
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 An- und Abfahrtszeiten
 - 4.2 Betriebliche Entlohnungsgrundsätze
 - 4.3 Gewerkschaftlicher Unterlassungsanspruch
 - 4.4 Günstigere Regelungen
 - 4.5 Günstigkeitsprinzip
 - 4.6 Öffnungsklausel
 - 4.7 Regelungsabrede
 - 4.8 Regelungssperre - 1
 - 4.9 Regelungssperre - 2
 - 4.10 Sonstige Arbeitsbedingungen
 - 4.11 Sperrwirkung
 - 4.12 Tarifbindung des Arbeitgebers
 - 4.13 Tariflich geregelt
 - 4.14 Tarifüblichkeit - 1
 - 4.15 Tarifüblichkeit - 2
 - 4.16 Tarifüblichkeit - 3
 - 4.17 Tarifvorbehalt vs. Tarifvorrang - 1
 - 4.18 Tarifvorbehalt vs. Tarifvorrang - 2
 - 4.19 Tarifvorrang
 - 4.20 ver.di-Betriebsräte
 - 4.21 Vergütungsgrundsätze
 - 4.22 Vergütungsordnung
 - 4.23 vs. erzwingbare Mitbestimmung?
 - 4.24 Wegfall der Tarifgebundenheit
 - 4.25 Zusätzliche Entgeltbestandteile

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber ist häufig an individuellen - betriebsbezogenen - Lösungen mit seinem Betriebsrat interessiert. Die tariflichen Regelungen sind manchmal etwas starr und berücksichtigen auch nicht die **Eigenarten der tarifgebundenen Betriebe**. Das Betriebsverfassungsgesetz sieht für Abmachungen mit dem Betriebsrat **Betriebsvereinbarungen** vor. Sie sind von Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam zu beschließen und schriftlich niederzulegen. Vom **Grundsatz** her kann in einer Betriebsvereinbarung **alles geregelt** werden, was betrieblich von Belang ist. Mit einer wichtigen **Ausnahme** in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG : "Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein." § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG will zugunsten der Tarifautonomie ein Nebeneinander konkurrierender Kollektivnormen - Tarifvertrag hier, Betriebsvereinbarung da - verhindern.

Praxistipp:

Tarifverträge gelten von Gesetzes wegen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG zwischen den beiderseits Tarifgebundenen. Der Tarifvorbehalt greift daher nicht, wenn bestimmte Tarifverträge nur einzelvertraglich in Bezug genommen worden sind. Auf der anderen Seite werden auch Betriebsvereinbarungen von OT-Arbeitgebern von der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erfasst (s. dazu BAG, 10.10.2006 - 1 ABR 59/05).

Tariflich geregelt i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG heißt, dass der Gegenstand der beabsichtigten Betriebsvereinbarung bereits in einem Tarifvertrag vereinbart und geregelt ist. **Üblicherweise** wird eine Arbeitsbedingung durch Tarifvertrag **geregelt**, wenn sie zurzeit zwar ungeregelt ist, etwa weil der Tarifvertrag gekündigt wurde oder auslief, aber zu erwarten ist, dass die Tarifpartner diese Materie wieder regeln werden. Machen die Tarifvertragsparteien deutlich, dass sie die in Frage stehende Arbeitsbedingung zukünftig nicht mehr tariflich regeln wollen, steht das einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht entgegen. Eine **wichtige Ausnahme vom Tarifvorbehalt** des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG enthält § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG. Der Tarifvorbehalt steht einer betrieblichen Regelung nicht entgegen, "wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt." In diesem Fall lassen die Tarifpartner einen Gestaltungsspielraum, den Arbeitgeber und Betriebsrat selbst ausfüllen dürfen (= Öffnungsklausel).

2. Die gesetzliche Verankerung des Tarifvorbehalts

§ 77 Abs. 3 BetrVG sagt, dass

- Arbeitsentgelte und
- sonstige Arbeitsbedingungen,

die

- durch **Tarifvertrag** geregelt sind oder
- üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden,

nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können.

Beispiel:

Der Branchen-Entgelttarifvertrag sieht Gehalts- und Lohngruppen sowie die dazu gehörenden Tätigkeitsmerkmale mit den entsprechenden Bruttoentgelten vor. Die Regelung des Arbeitsentgelts ist abschließend. Die Betriebspartner können hier nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG keine Betriebsvereinbarung treffen.

Eine **Ausnahme** vom Tarifvorbehalt liefert § 77 Abs. 3 BetrVG in Satz 2 mit:

"Die gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt."

§ 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ist eine **Öffnungsklausel**. Sie ermöglicht Betriebsvereinbarungen trotz tariflicher oder tarifüblicher Regelungen, verlangt aber, dass der Tarifvertrag dazu eine "ausdrückliche" Regelung enthält.

§ 77 Abs. 3 BetrVG dient u.a. dem **Schutz der Tarifautonomie**. Er will ein Nebeneinander konkurrierender - kollektiver - Regelungen in

- Tarifverträgen und
- Betriebsvereinbarungen

verhindern (s. dazu auch das Stichwort Tarifvertrag - Tarifautonomie).

3. Die praktische Bedeutung des Tarifvorbehalts

§ 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat keinen von der tariflichen/betrieblichen Praxis losgelösten Zweck. Er schränkt die Mitbestimmung des Betriebsrats ebenso ein wie die Bestimmung des Arbeitgebers. Betroffen sind - so der Gesetzeswortlaut - aber nur "Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen".

Praxistipp:

Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG will nicht generell betriebliche Lösungen verhindern. Sie wendet sich allerdings gegen betriebliche Regelungen, die gegen bestehende oder übliche Tarifregelungen verstoßen. Ob das der Fall ist, muss individuell durch Auslegung ermittelt werden. So verhindert § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG beispielsweise nicht die Vereinbarung betriebsbezogener Prämien und Leistungszulagen - auch wenn die monatlichen Arbeitsentgelte bereits tariflich geregelt sind. Es ist immer auf die ganz konkrete Regelungsmaterie abzustellen.

Der Begriff "**Arbeitsentgelt**" in § 77 Abs. 3 BetrVG ist leicht auszulegen Arbeitsentgelt ist die Vergütung, die der Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Leistung Arbeit bekommt. "**Sonstige Arbeitsbedingungen**" gibt es viele und sie müssen nicht unbedingt das Verhältnis Leistung/Gegenleistung ansprechen. Hierunter sind "alle Regelungen" zu verstehen, "die als Gegenstand tarifvertraglicher Inhaltsnormen nach § 1 TVG den **Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen**" (BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 377/08).

Beispiel:

Der Branchentarifvertrag sieht Kündigungsfristen vor, die kürzer als die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 622 Abs. 2 BGB sind. Die tarifliche Regelung ist wegen der gesetzlichen Öffnungsklausel in § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB zulässig - auch wenn sie die Arbeitnehmer benachteiligt. Verlangt der Betriebsrat vom Arbeitgeber, mit ihm eine Betriebsvereinbarung zu schließen, die längere Kündigungsfristen vorsieht, kann der Arbeitgeber nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf die tarifliche Regelung verweisen. Die "sonstigen Arbeitsbedingungen" Kündigungsfristen sind eindeutig tariflich geregelt (abgesehen davon ist die Regelung von Kündigungsfristen kein Gegenstand zwingender Mitbestimmung, sodass ohnehin nur eine freiwillige Betriebsvereinbarung in Betracht käme).

Ob "Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen" **tariflich geregelt** sind, lässt sich schnell feststellen. Dafür genügt ein Blick in den maßgeblichen Tarifvertrag. Schwieriger ist es dagegen, festzustellen, ob Arbeitsbedingungen - zu denen natürlich auch die Arbeitsentgelte gehören, "**üblicherweise**" **durch Tarifvertrag "geregelt** werden."

Beispiel:

Es gibt in vielen Branchen Tarifverträge, die das automatische Ende von Arbeitsverhältnissen bei Erreichen der Altersgrenze für die gesetzliche Regelaltersrente vorsehen. In der Branche von Arbeitgeber A sind nur Kündigungsfristen tariflich geregelt , kein automatisches Ausscheiden mit 65+. A schlägt Betriebsrat B den Abschluss einer "Betriebsvereinbarung Ausscheiden mit 65+" vor. B lehnt die Aufnahme von Verhandlungen mit Hinweis auf § 77 Abs. 3 BetrVG und eine "Tarifüblichkeit" entsprechender Regelungen ab.

Und was bedeutet "**Tarifüblichkeit**"? Nun, tarifüblich sind Regelungen, die

- in der Vergangenheit schon einmal tariflich geregelt waren, die im Augenblick - z.B. wegen Ablauf, Kündigung oder Nachwirkung - aber nicht tariflich geregelt sind,
- zurzeit Gegenstand von Tarifverhandlungen sind oder
- zukünftig Gegenstand von Tarifverhandlungen sein werden oder

- nach der bisherigen Tarifpraxis den Eindruck vermitteln, dass die Tarifpartner diese Angelegenheit künftig wieder regeln wollen.

Beispiel:

Das automatische Ende eines Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Altersgrenze für die Regelaltersrente ist im vorausgehenden Beispielfall bislang nicht geregelt. Ob diese Materie in anderen Branchen geregelt ist, ist für den vorliegenden Fall unerheblich. Selbst wenn die Tarifpartner zukünftig eine entsprechende Regelung ins Auge gefasst haben, reicht das nicht aus, im gegenwärtigen Zeitpunkt eine Tarifüblichkeit und damit eine Sperrwirkung anzunehmen. A hat damit die Möglichkeit, mit B eine "Betriebsvereinbarung Ausscheiden mit 65+" zu schließen. Da hier keine Frage zwingender Mitbestimmung geregelt werden soll, kann A den B nicht auf den Abschluss dieser Betriebsvereinbarung festnageln.

Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wegen Tarifüblichkeit tritt **nicht** ein, wenn

- Arbeitsbedingungen erstmals durch Tarifvertrag geregelt werden sollen,
- die zu regelnden Arbeitsbedingungen bloß in anderen Tarifbereichen normiert sind (BAG, 13.10.2015 - 1 AZR 853/13) oder
- die Tarifparteien zu erkennen geben, dass sie eine bestimmte Materie zukünftig nicht mehr regeln wollen.

Die Sperrwirkung der Tarifüblichkeit wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Tarifvertragsparteien eine einmal bereits geregelte Materie über einen längeren Zeitraum offen lassen (BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 337/08 - zeitliche Geltungslücke).

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Tarifvertrag und Tarifvorbehalt **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

4.1 An- und Abfahrtszeiten

Ist die **Vergütung von Arbeitszeit** – hier: die Vergütung von Servicemonteuren für An- und Abfahrtszeiten zum ersten bzw. vom letzten Kunden – tarifvertraglich abschließend geregelt, ist für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kein Platz mehr. "Eine **tarifliche Regelung** von Arbeitsbedingungen liegt vor, wenn diese in einem nach seinem räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich einschlägigen Tarifvertrag enthalten ist und der Betrieb in den Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt" (s. dazu BAG, 12.03.2019 - 1 AZR 307/17). Die **Sperrwirkung** des § 77 Abs. 3 BetrVG greift nicht erst dann, wenn ein Tarifvertrag insgesamt zum Inhalt einer Betriebsvereinbarung gemacht wird. § 77 Abs. 3 BetrVG soll schon verhindern, "dass auch einzelne Gegenstände, derer sich die Tarifvertragsparteien angenommen haben, konkurrierend - und sei es inhaltsgleich - in Betriebsvereinbarungen geregelt werden" (BAG, 18.03.2020 – 5 AZR 36/19 – mit Hinweis auf BAG, 23.01.2018 - 1 AZR 65/17).

4.2 Betriebliche Entlohnungsgrundsätze

Ein im Betrieb tarifgebundener Arbeitgeber geltender Tarifvertrag stellt gleichzeitig das in diesem Betrieb anzuwendende **System für die Entgeltbemessung** dar. Betriebsverfassungsrechtlich ist der tarifgebundene Arbeitgeber verpflichtet, "die tarifliche Vergütungsordnung ungeachtet der Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer im Betrieb anzuwenden, soweit deren **Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung** des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen." Hier greift der Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG. Danach kann der Betriebsrat nur mitbestimmen, "soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht". **Ausgeschlossen** ist die Mitbestimmung, "wenn [die] Tarifvertragsparteien selbst über die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit eine zwingende und abschließende inhaltliche Regelung getroffen und damit dem Schutzzweck des verdrängten Mitbestimmungsrechts Genüge getan haben" (BAG, 28.03.2017 - 1 ABR 1/16 - mit dem Hinweis, dass für die Anwendung des § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. 1 BetrVG allein die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers genügt).

4.3 Gewerkschaftlicher Unterlassungsanspruch

"Der gewerkschaftliche Anspruch auf Unterlassung **tarifwidriger Regelungsabreden** und deren einzelvertragliche Umsetzung nach § 1004 Abs. 1 , § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG erfordert eine **unmittelbare und zwingende Bindung** des in Anspruch genommenen Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 oder Abs. 3 TVG an die maßgebenden Tarifbestimmungen. Nach Beendigung der Tarifgebundenheit kann das Recht auf koalitionsgemäße Betätigung durch vom Tarifvertrag abweichende betriebliche Regelungen als Voraussetzung eines negatorischen Unterlassungsanspruchs nicht mehr beeinträchtigt werden" (BAG, 07.06.2017 - 1 ABR 32/15 - Leitsatz).

4.4 Günstigere Regelungen

Auch günstigere Betriebsvereinbarungen werden vom **Verbot** des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erfasst. "Eine Betriebsvereinbarung soll weder als normative Ersatzregelung für nicht organisierte Arbeitnehmer noch als Grundlage für übertarifliche Leistungen dienen." Wenn ein Betrieb in den räumlichen, fachlichen und personellen **Geltungsbereich eines Tarifvertrags** fällt, "sind die Betriebsparteien deshalb gehindert, tariflich normierte Gegenstände in einer Betriebsvereinbarung zu regeln. Die **Sperrwirkung** des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hängt nicht davon ab, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist" (s. dazu BAG, 13.03.2012 - 1 AZR 659/10 und BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 337/08). Für die Regelungssperre in § 70 Abs. 1 Satz 2 LPVG NRW (s. dazu BAG, 27.06.2006 - 3 AZR 255/05) und seine Vorläufer gilt das entsprechend (BAG, 26.01.2017 - 2 AZR 405/16) .

4.5 Günstigkeitsprinzip

Es gibt Fälle, in denen es **dahingestellt** bleiben kann, ob eine Betriebsvereinbarung wegen des Tarifvorbehalts in § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam ist. Selbst wenn beispielsweise eine Betriebsvereinbarung "zur Überleitung der Beschäftigungsverhältnisse ... in Anlehnung an die Regelungen des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L)" wirksam wäre, könnte sie keine für den Arbeitnehmer **günstigere einzelvertragliche Abmachung** verdrängen. "Denn für das **Verhältnis** vertraglicher Ansprüche zu den Normen einer nachfolgenden Betriebsvereinbarung gilt grundsätzlich das Günstigkeitsprinzip " (BAG, 24.08.2011 - 4 AZR 683/09 - mit Hinweis auf BAG, 29.08.2007 - 4 AZR 766/06 und BAG, 21.04.2010 - 4 AZR 768/08).

4.6 Öffnungsklausel

§ 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG stellt den in Satz 1 für Betriebsvereinbarungen vorgesehenen **Tarifvorrang** ins Abseits, "wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt." Das bedeutet für Firmentarifverträge: "1. Eine Öffnungsklausel eines unternehmensbezogenen **Verbandstarifvertrags** kann die durch einen Flächenverbandstarifvertrag bewirkte Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG aufheben. 2. Eine der Regelungssperre unterliegende Betriebsvereinbarung kann auch durch **Zustimmungserklärungen der Tarifvertragsparteien** gestattet sein" (BAG, 13.08.2019 - 1 AZR 213/18 - Leitsätze).

4.7 Regelungsabrede

§ 77 Abs. 3 BetrVG betrifft nach BAG-Auffassung keine Regelungsabreden, sondern **nur Betriebsvereinbarungen**. Im Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber hat das jedoch kaum praktische Auswirkungen. Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG würde ohnehin nur zur Unwirksamkeit der Regelungsabrede im **Verhältnis der Betriebspartner untereinander** führen (so: BAG, 20.04.1999 -1 ABR 72/98). Die Umsetzung getroffener Einheitsverträge wird dadurch nicht berührt. **Bei einer vertraglichen Einheitsregelung** - so die BAG-Ansicht -, die zu einer betrieblichen Konkurrenz bezüglich tariflicher Regelungen führt, "könnte die Annahme der Sperrwirkung aus § 77 Abs. 3 BetrVG auch für Regelungsabreden nur zur Unwirksamkeit einer Regelungsabrede im Verhältnis zu den Betriebsparteien führen, die aber die zur Umsetzung getroffenen Einheitsverträge nicht" berührt. Eine vertragliche Einheitsregelung - wie in diesem Fall - liegt außerhalb der Reichweite des § 77 Abs. 3 BetrVG (s. dazu wieder BAG, 20.04.1999 - 1 ABR 72/98). Es ist allerdings darauf zu achten, dass die vertragliche Einheitsregelung nicht gegen § 4 Abs. 1 TVG - unmittelbare und zwingende Geltung der tariflichen Normen - verstößt (LAG Schleswig-Holstein, 01.10.2009 - 4 Sa 182/09) .

4.8 Regelungssperre - 1

§ 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist eine Regelungssperre. Sie verfolgt den notwendigen **Zweck**, Tarifnormen, die vorrangig der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen durch die dazu in Frage kommenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen dienen, gegen die Konkurrenz betrieblicher Normen zu schützen.

Konkurrierende Betriebsnormen in einer Betriebsvereinbarung würden zum einen den Bestand des Tarifvertragssystems gefährden, zum anderen aber auch die den Vereinigungen "durch Art. 9 Abs. 3 GG zugewiesene Aufgabe, die Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme zu gestalten", in Frage stellen (so: BVerfG, 15.07.1980 - 1 BvR 24/74 u. 1 BvR 439/79). Zwar wirkt sich der Tarifvorbehalt auch auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber aus. Deren Schutzbedürfnis wird jedoch dadurch gewahrt, dass tarifliche Betriebsnormen im Betrieb eines Arbeitgebers mit Tarifbindung für alle Arbeitnehmer im Geltungsbereich dieses Tarifvertrags zur Anwendung kommen (§ 3 Abs. 2 TVG). "Daneben ist der tarifgebundene Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet, auch die tariflichen Inhaltsnormen (§ 3 Abs. 1 TVG) ungeachtet der Tarifbindung der Arbeitnehmer im Betrieb anzuwenden, soweit deren Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 BetrVG unterliegen" (BAG, 13.03.2012 - 1 AZR 659/10 - mit Hinweis auf BAG, 18.10.2011 - 1 ABR 25/10).

4.9 Regelungssperre - 2

"1. Ein dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags unterfallender tarifungebundener Arbeitgeber kann mit dem bei ihm bestehenden Betriebsrat aufgrund der Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG in einer Betriebsvereinbarung **keine inhaltsgleichen Regelungen** festlegen, sofern es sich nicht um Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG handelt. 2. Der **Verstoß** gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG führt zur **Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung**. Weder ein späterer Eintritt der Nachwirkung des einschlägigen Tarifvertrags noch eine nachfolgende fehlende Tarifwilligkeit des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes bewirken nachträglich die erforderliche Kompetenz der Betriebsparteien beim Abschluss dieser Betriebsvereinbarung" (BAG, 15.05.2018 - 1 ABR 75/16 - Leitsätze).

4.10 Sonstige Arbeitsbedingungen

Verstößt eine Betriebsvereinbarung gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG , ist sie von Anfang an unwirksam (so: BAG, 10.10.2006 - 1 ABR 59/05). Soweit § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG neben den Arbeitsentgelten "sonstige Arbeitsbedingungen" anspricht, sind damit nicht bloß materielle Arbeitsbedingungen gemeint, die Leistung und Gegenleistung betreffen. "Sonstige Arbeitsbedingungen" i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG sind "alle Regelungen, die als Gegenstand tarifvertraglicher Inhaltsnormen nach § 1 TVG den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen" (s. dazu BAG, 09.04.1991 - 1 AZR 406/90). § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG will die ausgeübte und aktualisierte Tarifautonomie sichern und dient somit der Erhaltung und Stärkung der Funktionsfähigkeit der in Art. 9 Abs. 3 GG angesprochenen Vereinigungen. Er "will verhindern, dass Gegenstände, derer sich die Tarifvertragsparteien angenommen haben, konkurrierend - und sei es inhaltsgleich - in Betriebsvereinbarungen geregelt werden" (so schon: BAG, 30.05.2006 - 1 AZR 111/05). Das heißt im Ergebnis: "Eine Betriebsvereinbarung soll weder als normative Ersatzregelung für nicht organisierte Arbeitnehmer noch als Grundlage für übertarifliche Leistungen dienen können" (BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 377/08 - mit Hinweis auf BAG, 20.11.2001 - 1 AZR 12/01).

4.11 Sperrwirkung

Betriebsvereinbarungen i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG sind weder eine normative Ersatzregelung für Arbeitnehmer, die nicht organisiert sind, noch eine Grundlage für übertarifliche Leistungen (s. dazu BAG, 20.11.2001 - 1 AZR 12/01). So sind denn selbst **günstigere Betriebsvereinbarungen** nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG unwirksam. Liegt ein Betrieb im räumlichen, fachlichen und personellen Geltungsbereich eines Tarifvertrags, dürfen Arbeitgeber und Betriebsrat wegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG keine tariflich geregelten oder üblicherweise geregelten Gegenstände in einer Betriebsvereinbarung selbst regeln. "Die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hängt nicht davon ab, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist, und tritt auch dann ein, wenn ein den gleichen Gegenstand regelnder Tarifvertrag zwar bei Abschluss der Betriebsvereinbarung nicht (mehr) besteht, die betreffende Angelegenheit aber 'üblicherweise' tariflich geregelt wird" (BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 337/08 - mit Hinweis auf BAG, 22.03.2005 - 1 ABR 64/03).

4.12 Tarifbindung des Arbeitgebers

Die Betriebspartner sind nicht dafür zuständig, eine Materie zu regeln, für die die **Sperrwirkung** des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG - "durch Tarifvertrag geregelt oder ... üblicherweise geregelt" - greift (so: BAG, 22.03.2005 - 1 ABR 64/03). Das heißt: Verstößt eine Betriebsvereinbarung gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, ist sie unwirksam (so: BAG, 29.10.2002 - 1 AZR 573/01). Dabei hängt die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht davon ab, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG "soll die **Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie** nach Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisten." Die Tarifvertragsparteien haben bei der Regelung von Arbeitsentgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen eindeutig **Vorrang**. So ist jede Normsetzung durch Arbeitgeber und Betriebsrat zum Schutz der "ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie" ausgeschlossen, "die inhaltlich zu derjenigen der Tarifvertragsparteien in Konkurrenz treten würde. Arbeitgeber und Betriebsrat sollen keine abweichenden oder ergänzenden Betriebsvereinbarungen mit normativer Wirkung abschließen können" (BAG, 13.03.2012 - 1 AZR 660/10 - mit Hinweis auf BAG, 20.11.2001 - 1 AZR 12/01).

4.13 Tariflich geregelt

Der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gilt nicht, wenn der **Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen** durch den Tarifvertrag **ausdrücklich zugelassen** ist. Arbeitsbedingungen i.S.d. § 77 Abs. 3 BetrVG sind durch Tarifvertrag geregelt, "wenn über sie ein Tarifvertrag abgeschlossen worden ist und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt." Das BetrVG will mit der Regelung in § 77 Abs. 3 BetrVG die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gewährleisten. Insoweit räumt § 77 Abs. 3 BetrVG den Tarifvertragsparteien den Vorrang ein, wenn es um die **kollektive Regelung von Arbeitsbedingungen** geht. Die Betriebspartner sollen keine Möglichkeit haben, abweichende oder ergänzende Betriebsvereinbarungen mit normativer Wirkung zu schließen (BAG, 16.08.2011 - 1 AZR 314/10 - mit Hinweis auf BAG, 10.10.2006 - 1 ABR 59/05).

4.14 Tarifüblichkeit - 1

Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG können Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Arbeitsbedingungen sind i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG durch Tarifvertrag geregelt, wenn sie in einem Tarifvertrag enthalten sind und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt (so: BAG, 16.08.2011 - 1 AZR 314/10). Demgegenüber ist eine **Regelung tarifüblich**, "wenn der Regelungsgegenstand in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen." Die gesetzliche **Sperrwirkung** wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass zwischen einem abgelaufenen und einem zu erwartenden Tarifvertrag bloß eine zeitliche Geltungslücke besteht. "Keine Tarifüblichkeit liegt allerdings vor, wenn es in der Vergangenheit noch keinen einschlägigen Tarifvertrag gab und die Tarifvertragsparteien lediglich beabsichtigen, die Angelegenheit künftig tariflich zu regeln. Das gilt selbst dann, wenn sie bereits Tarifverhandlungen aufgenommen haben" (BAG, 05.03.2013 - 1 AZR 417/12 - mit Hinweis auf BAG, 26.08.2008 - 1 AZR 354/07).

4.15 Tarifüblichkeit - 2

Arbeitsbedingungen sind i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt, wenn ihr **Regelungsgegenstand** in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen, also seinen Neuabschluss beabsichtigen" (so: BAG, 26.08.2008 - 1 AZR 354/07). § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG will mit dem Merkmal "Tarifüblichkeit" verhindern, dass Arbeitgeber und Betriebsrat in einem **Zeitraum** zwischen der Beendigung eines Tarifvertrags und seinem Neuabschluss normative Regelungen treffen, die in **Konkurrenz zu dem bevorstehenden Tarifvertrag** treten." Die andere Alternative des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG - "durch Tarifvertrag geregelt" - ist erfüllt, wenn über die entsprechenden Arbeitsbedingungen ein Tarifvertrag geschlossen wurde und der Arbeitgeberbetrieb "in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt" (BAG, 10.12.2013 - 1 ABR 39/12) - mit Hinweis auf BAG, 22.03.2005 - 1 ABR 64/03).

4.16 Tarifüblichkeit - 3

Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden, können nach § 77 Abs. 3 BetrVG nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Tariflich sind Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen geregelt, wenn sie a) in einem Tarifvertrag enthalten sind und b) der Betrieb, in dem sie Anwendung finden sollen, dem räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags unterliegt. "Tarifüblich ist eine Regelung, wenn der **Regelungsgegenstand** in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen" (s. dazu BAG, 05.03.2013 - 1 AZR 417/12). Sehen - wie hier die für die Betriebe des beklagten Arbeitgebers einschlägigen Tarifverträge der chemischen Industrie - beispielsweise keine Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund Erreichens einer **Altersgrenze** vor, ist Tarifüblichkeit zu verneinen. Dann spielt es nicht mal eine Rolle, ob derartige Altersgrenzen in anderen Tarifbereichen normiert sind (BAG, 13.10.2015 - 1 AZR 853/13) .

4.17 Tarifvorbehalt vs. Tarifvorrang - 1

Zwischen den Regelungen in § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG besteht das so genannte Vorrangprinzip. Der Tarifvorbehalt aus § 77 Abs. 3 BetrVG ist keine Schranke neben § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG betrifft ausdrücklich "Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen". Die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG schlägt nach ständiger BAG-Rechtsprechung nicht durch, wenn es um Fragen der zwingenden Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 13 BetrVG geht (dazu: BAG, 03.12.1991 - GS 2/90 und BAG, 19.06.2012 - 1 ABR 19/11). Eine Betriebsvereinbarung kann mit § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in Konflikt kommen, wenn sie Tatbestände regelt, die nicht in Bereich nach § 87 Abs. 1 BetrVG zwingender Mitbestimmung fallen - z.B. in Fällen, in denen es um die Lohnhöhe geht (s. dazu BAG, 05.03.1997 - 4 AZR 532/95). Ist der Arbeitgeber tarifgebunden , wird die Regelungssperre nur in dem Umfang beseitigt, "wie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG reicht. Sie kommt daher zur Anwendung, soweit eine Betriebsvereinbarung einen nicht der Mitbestimmung unterfallenden Tatbestand regelt" (LAG Berlin-Brandenburg, 08.08.2013 - 26 Sa 61/13) .

4.18 Tarifvorbehalt vs. Tarifvorrang - 2

Der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG greift nach ständiger BAG-Rechtsprechung nicht in Fällen, in denen es sich um Angelegenheiten erzwingbarer Mitbestimmung i.S.d. § 87 Abs. 1 BetrVG handelt (s. dazu BAG, 13.03.2012 - 1 AZR 659/10 und BAG, 23.03.2011 - 4 AZR 268/09). Das BetrVG-Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 10 BetrVG in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung ist nur ausgeschlossen, wenn diese Frage von den Tarifvertragsparteien bereits abschließend und zwingend geregelt ist (s. dazu BAG, 17.05.2011 - 1 AZR 797/09 ; 18.10.2011 - 1 ABR 34/10 ; BAG, 28.04.2009 - 1 ABR 97/07 und BAG, 03.12.1991 - GS 2/90). § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG - Lohngestaltung, Entlohnungsgrundsätze - erfasst nicht die Festlegung der konkreten Entgelthöhe (so: BAG, 28.02.2006 - 1 ABR 4/05 ; BAG, 03.12.1991 - GS 2/90). "Vereinbaren die Betriebsparteien die konkreten Arbeitsentgelte, kann dies zur Unwirksamkeit einer Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 3 BetrVG führen" (BAG, 18.02.2015 - 4 AZR 780/13).

4.19 Tarifvorrang

"1. Die Betriebsparteien können wegen der Tarifsperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in einer Betriebsvereinbarung weder Bestimmungen über Tarifentgelte treffen noch über deren Höhe disponieren. 2. Die Umdeutung einer unwirksamen Betriebsvereinbarung in eine **Gesamtzusage** muss durch außerhalb der Betriebsvereinbarung liegende Umstände gerechtfertigt sein, welche den Schluss zulassen, dass sich der Arbeitgeber unabhängig von der Betriebsvereinbarung vertraglich verpflichten will, die in dieser geregelten Leistungen zu gewähren" (BAG, 23.01.2018 - 1 AZR 65/17 - Leitsätze).

4.20 ver.di-Betriebsräte

In § 8 Abs. 1 der "**Vereinbarung zur Erweiterten Mitbestimmung** für Betriebsräte in ver.di" steht: "Solche Regelungen, die üblicherweise unter den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG fallen und durch entsprechende Tarifverträge geregelt werden, sind aufgrund der fehlenden tarifrechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten in ver.di als **Gesamtbetriebsvereinbarungen** zwischen dem Gesamtbetriebsrat und dem Bundesvorstand zu vereinbaren." Das heißt für die rechtliche Bewertung: "Nach § 8 (1) Satz 1 GBV EM sind aufgrund der fehlenden tarifrechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten für die bei

ver.di Beschäftigten solche Regelungen, die üblicherweise unter den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG fallen und durch entsprechende Tarifverträge geregelt werden, als Gesamtbetriebsvereinbarungen zwischen dem Gesamtbetriebsrat und dem Bundesvorstand zu vereinbaren." Bei den durch Gesamtbetriebsvereinbarung zu treffenden Vereinbarungen handelt es sich dann um so genannte **tarifersetzende Regelungen** (BAG, 10.12.2013 - 1 ABR 39/12) .

4.21 Vergütungsgrundsätze

Eine im - tarifgebundenen - Arbeitgeberbetrieb in einem einschlägigen Tarifvertrag enthaltene Vergütungsordnung stellt gleichzeitig das in diesem Arbeitgeberbetrieb geltende **System für die Bemessung der Arbeitsentgelte** der im Betrieb beschäftigten Mitarbeiter dar. Betriebsverfassungsrechtlich ist dieser Arbeitgeber verpflichtet, "die tarifliche Vergütungsordnung ungeachtet der Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer **im Betrieb anzuwenden**, soweit deren Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen." Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kann aber durch den Tarifvorbehalt im Eingangshalbsatz des § 87 Abs. 1 BetrVG ausgeschlossen sein - "soweit eine **gesetzliche oder tarifliche Regelung** besteht, die eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zwingend und abschließend inhaltlich regelt und damit dem Schutzzweck des verdrängten Mitbestimmungsrechts genügt" (BAG, 20.02.2018 - 1 ABR 53/16) .

4.22 Vergütungsordnung

In Betrieben tarifgebundener Arbeitgeber ist eine im einschlägigen Tarifvertrag enthaltene Vergütungsordnung das im Arbeitgeberbetrieb **geltende Vergütungssystem**. Tarifliche Vergütungsregelungen sind zwar keine - unabhängig von der Arbeitnehmer-Tarifbindung geltenden - Betriebsnormen i.S.d. § 3 Abs. 2 TVG , sondern - eigentlich nur unmittelbar und zwingend im Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den tarifgebundenen Arbeitnehmern geltende (s. dazu §§ 3 Abs. 1 , 4 Abs. 1 Satz 1 TVG) - Inhaltsnormen (s. dazu BAG, 23.08.2016 - 1 ABR 15/14 ; BAG, 18.10.2011 - 1 ABR 25/10 ; BAG, 04.05.2011 - 7 ABR 10/10 - und BAG, 18.03.2008 - 1 ABR 81/06). Trotzdem sind tarifgebundene Arbeitgeber betriebsverfassungsrechtlich verpflichtet, "die tarifliche Vergütungsordnung **ungeachtet der Tarifbindung** der Arbeitnehmer im Betrieb **anzuwenden**, soweit deren Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen." Die Funktion des Tarifvorbehalts in § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG und der Normzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geben dieses Verständnis vor (BAG, 21.03.2018 - 7 ABR 38/16 - mit Hinweis auf BAG, 23.08.2016 - 1 ABR 15/14 - und BAG, 18.10.2011 - 1 ABR 25/10).

4.23 vs. erzwingbare Mitbestimmung?

Die Tatsache, dass der **Regelungsgegenstand** einer Betriebsvereinbarung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der zwingenden Mitbestimmung unterliegt, schließt die von § 77 Abs. 3 BetrVG vorgesehene nicht aus (s. dazu BAG, 03.12.1991 - GS 2/90 – und BAG, 17.05.2011 - 1 AZR 473/09). Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 13 BetrVG setzt ja gerade nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG voraus, dass es **keine zwingende tarifliche Regelung** gibt, an die der Arbeitgeber gebunden ist. Dabei müssen die betriebszugehörigen Mitarbeiter selbst nicht mal normativ an den die Sperrwirkung auslösenden Tarifvertrag gebunden sein. "Das gilt auch dann, wenn es sich bei der das Mitbestimmungsrecht verdrängenden tariflichen Regelung um eine **Inhaltsnorm** handelt" (BAG, 18.03.2020 – 5 AZR 36/19 - mit Hinweis auf BAG, 18.10.2011 - 1 ABR 25/10 – mit dem Hinweis, dass § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auch dann im Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 BetrVG zur Unwirksamkeit einer betrieblichen Regelung führt, wenn dieser betrieblichen Regelung eine zwingende tarifliche entgegensteht).

4.24 Wegfall der Tarifgebundenheit

Ist der Arbeitgeber nicht (mehr) tarifgebunden , umfasst das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG - weil der Tarifvorbehalt wegen des Wegfalls der Tarifgebundenheit ja nicht mehr greift - "die **betriebliche Lohngestaltung**, insbesondere die Änderung der bisherigen Entlohnungsgrundsätze" (s. dazu BAG, 17.05.2011 - 1 AZR 797/09). Die **Aufspaltung einer Gesamtvergütung** in mehrere Vergütungsbestandteile schließt das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht aus. Die Gesamtheit der Vergütungsbestandteile bildet nun eine "Vergütungsordnung, bei deren Veränderung der Betriebsrat mitzubestimmen hat" (BAG, 25.04.2017 - 1 AZR 427/15 - mit Hinweis auf BAG, 26.08.2008 - 1 AZR 354/07).

4.25 Zusätzliche Entgeltbestandteile

§ 77 Abs. 3 BetrVG sieht vor, dass Arbeitsentgelte oder Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können. Diese BetrVG-Norm will **verhindern**, dass eine Materie, um deren Regelung sich bereits die Tarifpartner kümmern (oder kümmern könnten), **in einer konkurrierenden Betriebsvereinbarung geregelt** wird (s. dazu BAG, 30.05.2006 - 1 AZR 111/05). Wollen Arbeitgeber und Betriebsrat eine übertarifliche Zulage regeln, kommen sie mit dem Tarifvorbehalt in § 77 Abs. 3 BetrVG in Konflikt, wenn sich diese beabsichtigte Regelung ausschließlich darin erschöpft, die Tariflöhne aufzustocken (s. dazu wiederum BAG, 30.05.2006 - 1 AZR 111/05). Dagegen liegt kein Konflikt mit dem Tarifvorbehalt aus § 77 Abs. 3 BetrVG vor, "wenn in der Betriebsvereinbarung zusätzliche Entgeltbestandteile geregelt sind, die an besondere Voraussetzungen gebunden und daher **nicht Teil des Tariflohns** sind" (BAG, 09.07.2013 - 1 AZR 275/12 - mit Hinweis auf BAG, 09.12.1997 - 1 AZR 319/97).