

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Die gesetzliche Regelung in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG
3. Die praktische Bedeutung der Regelung in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Geltungslücke
 - 4.2 Konkurrenz zum Tarifvertrag
 - 4.3 Regelungsabsicht
 - 4.4 Regelungsgehalt
 - 4.5 Regelungssperre
 - 4.6 Schutz der Tarifautonomie
 - 4.7 Sonstige Arbeitsbedingungen
 - 4.8 Tarifliche/Tarifübliche Regelung
 - 4.9 Umdeutung unwirksamer Betriebsvereinbarungen
 - 4.10 Unabhängig von Tarifbindung
 - 4.11 Zwingende Mitbestimmung

Information

1. Allgemeines

Der **Arbeitgeber** und sein **Betriebsrat** sind häufig herausgefordert, **Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen** via Betriebsvereinbarung regeln zu wollen. Die Regelungsmacht der Betriebspartner hat jedoch **Grenzen**. Das BetrVG sieht in § 77 Abs. 3 Satz 1 vor: "Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die **durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt** werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein." Mit dieser Vorgabe will das Gesetz ein Nebeneinander von - konkurrierenden - betrieblichen und tariflichen Regelungen verhindern und die Tarifautonomie schützen.

Praxistipp:

§ 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist das eine. Noch wichtiger ist der Einleitungssatz des § 87 Abs. 1 BetrVG - "Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifvertragliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:" - für die so genannte zwingende Mitbestimmung in den Fällen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 13 BetrVG. Die Sperrwirkung beider schließt die Mitbestimmung des Betriebsrats aus. Verlangt der Betriebsrat vom Arbeitgeber, mit ihm über bestimmte Arbeitsbedingungen eine Betriebsvereinbarung zu schließen, sollte der Arbeitgeber vor Aufnahme der Verhandlungen stets darauf achten, ob es dazu nicht bereits einschlägige tarifliche Regelungen gibt - oder die Materie zumindest üblicherweise tariflich geregelt wird.

Tariflich ist Arbeitsentgelt oder eine sonstige Arbeitsbedingung **geregelt, wenn** es eine diesen Sachverhalt betreffende **Tarifnorm** gibt. **Tarifüblichkeit** ist dagegen schwieriger festzustellen. Tarifüblich i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG 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, 13.10.2015 - 1 AZR 853/13). Zu beachten ist dabei, dass es sich immer um **einschlägige Tarifverträge** handeln muss. Selbst wenn eine bestimmte Regelung in anderen Branchen üblich ist, heißt das nicht, dass diese "Tarifüblichkeit" auf einen Arbeitgeberbetrieb durchschlägt, der gar nicht in den Anwendungsbereich dieses Tarifvertrags fällt.

2. Die gesetzliche Regelung in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG

Kollektivrechtliche Regelungen können

- von den Betriebspartnern in einer **Betriebsvereinbarung** und
- von den Tarifpartnern in einem **Tarifvertrag**

vereinbart werden. **Tariflich regelbar** sind nach § 1 Abs. 1 TVG Rechtsnormen (Tarifvertrag - normative Wirkung) ,

- die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie
- betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen

ordnen können. **Rechtsnormen** eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, gelten nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG "unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen ".

Unmittelbar und zwingend gelten nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG auch Betriebsvereinbarungen . Und das kann in den Betrieben zu **Kollisionen** führen, wenn es für ein und denselben Regelungstatbestand **unterschiedliche Rechtsgrundlagen** gibt.

Beispiel:

Die Tarifpartner haben seit Jahren einen Tarifvertrag über Sonderzahlungen vereinbart. Nach diesem Tarifvertrag bekommen alle Arbeitnehmer mit dem Novemberentgelt zum 30.11. des Kalenderjahres eine Sonderzahlung von 50 Prozent ihres Novemberentgelts. Betriebsrat B will mit Arbeitgeber G eine Betriebsvereinbarung über eine Sonderzuwendung treffen. Würde G mit B nun eine entsprechende Betriebsvereinbarung schließen, käme es zu einer Kollision zwischen der betrieblichen und der tarifvertraglichen Regelung. Es würde dann für ein und denselben Regelungstatbestand - Sonderzahlung - zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen geben: eine betriebliche und eine tarifliche.

Das konfliktträchtige Gegen- oder Nebeneinander von tariflichen und betrieblichen Kollektivnormen will § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verhindern. Er sagt:

"Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein."

Mit einer wichtigen Ausnahme: § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gilt nicht, "wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt."

Beispiel:

Der Branchentarifvertrag sieht vor, dass die tarifliche Arbeitszeit von 37,5 Stunden in der Regel gleichmäßig auf alle fünf Tage der Woche zu verteilen ist. Für besondere Anlässe lässt der Tarifvertrag Ausnahmen zu und erlaubt sogar über die Einführung eines Arbeitszeitkontos flexible betriebliche Regelungen zur Verteilung der Arbeitszeit. Diese Ausnahmen dürfen die Betriebspartner gestalten und dazu eine Betriebsvereinbarung treffen - der Tarifvertrag enthält dafür eine Öffnungsklausel .

Neben der tariflichen oder tarifüblichen Regelung wird vorausgesetzt, dass der **Arbeitgeberbetrieb** in den

- fachlichen,
- organisatorischen,
- persönlichen und
- räumlichen

Geltungsbereich des in Betracht kommenden - einschlägigen - Tarifvertrags fällt. Dabei ist die **Tarifgebundenheit** des Arbeitgebers **unerheblich** (s. dazu BAG, 22.03.2005 - 1 ABR 64/03).

3. Die praktische Bedeutung der Regelung in § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG

Arbeitsentgelte i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG sind u.a.

- Gehälter,
- Jubiläumsgelder,
- Löhne,
- Provisionen,
- Sonderzahlungen,
- Spesen,
- Überstundenvergütung,
- Urlaubsgeld,
- vermögenswirksame Leistungen,
- Weihnachtsgeld und
- Zuschläge.

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, 18.03.2010 - 2 AZR 337/08). Dazu zählen beispielsweise

- Arbeitszeit,
- Ausschlussfristen,
- Befristungsmodalitäten,
- besonderer Kündigungsschutz,
- Eingruppierungsmerkmale,
- Freistellung von der Arbeit,
- Kündigungsfristen,
- Teilzeit und
- Urlaub.

Praxistipp:

Die Betriebspartner haben grundsätzlich die gleiche Regelungskompetenz wie die Tarifpartner. Und das bringt es mit sich, dass in einem Betrieb zwangsläufig kollidierende Regelungen auftreten können. Das Arbeitsentgelt und sonstige Arbeitsbedingungen können sowohl durch eine Betriebsvereinbarung als auch durch einen Tarifvertrag geregelt werden. Um hier keine unerwünschte Konkurrenz kollektiver Ansprüche und Rechte entstehen zu lassen, gibt es § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG .

Eine Regelung ist tarifüblich, wenn ihr Regelungsgegenstand in der Vergangenheit bereits "in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen, also seinen Neuabschluss beabsichtigen" (BAG, 10.12.2013 - 1 ABR 39/12 , mit Hinweis auf BAG, 26.08.2008 - 1 AZR 354/07).

Praxistipp:

§ 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG betrifft nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nur Betriebsvereinbarungen . Sie wirken - wie Tarifverträge - unmittelbar und zwingend (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG , § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG). § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erfasst also keine Regelungsabreden zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Die rechtstechnische Umsetzung dieser Regelungsabreden erfolgt stets in einer individuellen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Regelungsabreden steht § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht im Weg (so: LAG Sachsen-Anhalt, 01.07.2015 - 4 TaBV 32/13).

Keine Tarifüblichkeit liegt vor, wenn die Materie in der Vergangenheit noch nicht tariflich geregelt war und die Tarifpartner auch nicht ernsthaft beabsichtigen, sie aktuell oder zukünftig tariflich zu regeln. Dabei kommt es nur auf **Branche und Betrieb** des Arbeitgebers und den für ihn einschlägigen Tarifvertrag an - **nicht** darauf, was vielleicht **in anderen Tarifbereichen** tariflich geregelt oder tarifüblich ist (BAG, 13.10.2015 - 1 AZR 853/13) .

Beispiel:

Arbeitgeber A fordert Betriebsrat B auf, mit ihm über eine "Betriebsvereinbarung Mehrarbeit" zu verhandeln. B lehnt das mit dem Hinweis ab, dass es für die Betriebe, die A beliefert, einen Tarifvertrag gebe, der die Mehrarbeitsproblematik schon regelt. Obwohl - oder gerade weil - A einen so genannten Zuliefererbetrieb führt, gehört er nicht zur Branche seiner Abnehmer. Dort ist Mehrarbeit zwar tatsächlich tariflich geregelt, der Tarifvertrag ist aber für A's Betrieb nicht einschlägig. B muss nun also doch in die Verhandlungen mit A einsteigen und kann sich nicht auf tarifübliche Regelungen berufen. Es gibt sie in A's Branche nicht.

Wenn Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen **zum ersten Mal via Tarifvertrag** geregelt werden sollen und die Tarifpartner darüber verhandeln, greift die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht.

Praxistipp:

Ob § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG seine Sperrwirkung auslöst, ist eine Frage, die oft nur im ganz speziellen Einzelfall zu beantworten ist. Dabei kommt es insbesondere auf die Auslegung der Tarifnorm und der kollidierenden Betriebsvereinbarung an. Sie müssen irgendwie das gleiche "Arbeitsentgelt" und irgendwie die gleichen "sonstigen Arbeitsbedingungen" betreffen.

Bei der **Abgrenzung** zur zwingenden Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG - "soweit eine ... tarifliche Regelung nicht besteht" - ist eine "nur" tarifübliche Regelung unschädlich. Sie schließt die zwingenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 13 BetrVG nicht aus.

4. Rechtsprechungs-ABC

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

4.1 Geltungslücke

Ein Tarifvertrag regelt Arbeitsbedingungen, wenn diese Arbeitsbedingungen im Tarifvertrag enthalten sind "und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt" (s. dazu BAG, 16.08.2011 - 1 AZR 314/10). Eine Regelung ist tarifüblich, "wenn der **Regelungsgegenstand** in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen."

Besteht **zwischen einem abgelaufenen und einem absehbaren Tarifvertrag** nur eine zeitliche Geltungslücke, ist das kein Umstand, der die **Sperrwirkung** des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG entfallen lässt. Dagegen kann Tarifüblichkeit nicht angenommen werden, "wenn es in der Vergangenheit noch keinen einschlägigen Tarifvertrag gab und die Tarifvertragsparteien lediglich beabsichtigen, die Angelegenheit künftig tariflich zu regeln" (BAG, 05.03.2013 - 1 AZR 417/12 , mit Hinweis auf BAG, 26.08.2008 - 1 AZR 354/07 und der Feststellung, dass dies auch dann gilt, wenn die Tarifvertragsparteien bereits Tarifverhandlungen aufgenommen haben).

4.2 Konkurrenz zum Tarifvertrag

§ 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG will mit dem Tatbestandsmerkmal Tarifüblichkeit **verhindern**, "dass die Betriebsparteien in dem Zeitraum zwischen der Beendigung eines Tarifvertrags und seinem Neuabschluss normative Regelungen treffen, die in Konkurrenz zu dem bevorstehenden Tarifvertrag treten.

Arbeitsbedingungen sind **durch Tarifvertrag geregelt**, wenn über sie ein Tarifvertrag abgeschlossen worden ist und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen **Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt**" (s. dazu BAG, 22.03.2005 - 1 ABR 64/03). Vom Grundsatz her schließen sich eine - echte - Regelung durch Tarifvertrag und eine - bloß - übliche Regelung durch Tarifvertrag aus (Entweder-oder-Verhältnis, Anm. d. Verf.). "Aus diesem Grund ist ein Verständnis der Vorschrift geboten, wonach die beiden Voraussetzungen in einem Alternativverhältnis zueinander stehen" (BAG, 10.12.2013 - 1 ABR 39/12) .

4.3 Regelungsabsicht

Eine Regelung von Arbeitsentgelt oder Arbeitsbedingungen ist tarifüblich, wenn dieses Arbeitsentgelt und/oder diese Arbeitsbedingungen (= Regelungsgegenstand) **"in der Vergangenheit** in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn **Verhandlungen führen.**" Besteht zwischen einem abgelaufenen und einem zu erwartenden Tarifvertrag nur eine **zeitliche Geltungslücke**, lässt dieser Umstand allein die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht entfallen. Tarifüblichkeit i.S.d. BetrVG-Norm liegt allerdings nicht vor, "wenn es in der Vergangenheit noch keinen einschlägigen Tarifvertrag gab und die Tarifvertragsparteien lediglich beabsichtigen, die Angelegenheit künftig tariflich zu regeln." Und das gilt selbst in Fällen, in denen die Tarifpartner bereits Tarifverhandlungen aufgenommen haben (LAG Berlin-Brandenburg, 12.01.2016 - 19 Sa 1851/15 , mit Hinweis auf BAG, 05.03.2013 - 1 AZR 417/12).

4.4 Regelungsgehalt

"Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG können **Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen**, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nach Satz 2 der Vorschrift nur dann nicht, wenn ein Tarifvertrag den **Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen** ausdrücklich zulässt. Dem Betriebsrat fehlt die Zuständigkeit für Betriebsvereinbarungen, deren Gegenstand tarifüblich oder bereits in Tarifverträgen geregelt ist" (s. dazu BAG, 22.03.2005 - 1 ABR 64/03). "Eine gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung ist daher unwirksam" (so: BAG, 29.10.2002 - 1 AZR 573/01). Wichtig: "Die **Sperrwirkung** des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hängt nicht von der Tarifbindung des Arbeitgebers ab." § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG soll die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG sicherstellen und konkurrierende betriebliche Regelungen ausschließen (BAG, 13.03.2012 - 1 AZR 659/10) .

4.5 Regelungssperre

§ 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG enthält eine Regelungssperre. Sie verbietet den Betriebspartnern die Regelung von Arbeitsbedingungen, die bereits durch einen Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden. Derartige **Arbeitsbedingungen** können nicht in einer Betriebsvereinbarung verankert werden, § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG . Eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG liegt vor, wenn diese Arbeitsbedingungen **"in einem Tarifvertrag enthalten** sind und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt. Tarifüblich ist eine Regelung, wenn der Regelungsgegenstand in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen" (so: BAG, 05.03.2013 - 1 AZR 417/12). Sehen die für den Arbeitgeberbetrieb einschlägigen Tarifverträge eine bestimmte Regelung (hier: die Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund Erreichens einer Altersgrenze) nicht vor, kommt es nicht darauf an, ob diese **Regelung in anderen Tarifbereichen** normiert ist (BAG, 13.10.2015 - 1 AZR 853/13) .

4.6 Schutz der Tarifautonomie

Der Betriebsrat ist für Betriebsvereinbarungen, deren Gegenstand tarifüblich oder bereits in Tarifverträgen geregelt ist, unzuständig (so: BAG, 22.03.2005 - 1 ABR 64/03). Verstößt eine **Betriebsvereinbarung** gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG , ist sie **unwirksam** (so: BAG, 29.10.2002 - 1 AZR 573/01). Und dabei setzt die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht mal die Tarifbindung des Arbeitgebers voraus.

§ 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG "soll die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisten." Er räumt "den Tarifvertragsparteien den **Vorrang bei der Regelung von Arbeitsbedingungen** ein. Zum Schutz der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie ist jede Normsetzung durch die Betriebsparteien 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 665/10 , mit Hinweis auf BAG, 20.11.2001 - 1 AZR 12/01).

4.7 Sonstige Arbeitsbedingungen

§ 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG spricht Arbeitsentgelt und "sonstige Arbeitsbedingungen" an. Letztere sind zum einen die den Umfang der **Arbeitnehmerleistung** und den Umfang der **Arbeitgeber(gegen)leistung** betreffenden materiellen Arbeitsbedingungen. Das aber nicht allein: Zu den "sonstigen Arbeitsbedingungen" i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gehören "alle Regelungen, die als **Gegenstand tarifvertraglicher Inhaltssnormen** nach § 1 TVG den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ordnen" (s. dazu: BAG, 18.03.2010 - 2 AZR 337/08). Sie sind tariflich geregelt, "wenn sie in einem Tarifvertrag enthalten" sind "und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt." Tarifüblichkeit i.S.d. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG liegt dagegen vor, wenn die Arbeitsbedingung in der Vergangenheit schon in einem einschlägigen Tarifvertrag geregelt war und die Tarifpartner Verhandlungen darüber führen" (LAG Düsseldorf, 19.04.2016 - 3 Sa 467/15) .

4.8 Tarifliche/Tarifübliche Regelung

"Eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen liegt vor, wenn sie in einem Tarifvertrag enthalten sind und der Betrieb in den räumlichen, betrieblichen, fachlichen und persönlichen **Geltungsbereich** dieses Tarifvertrags fällt. 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, 13.10.2015 - 1 AZR 853/13 und BAG, 05.03.2013 - 1 AZR 417/12). Im Anwendungsbereich des § 77 Abs. 3 BetrVG kommt es nicht einmal "darauf an, ob die tarifliche Regelung ... erst nach der Betriebsvereinbarung in Kraft getreten ist. Unwirksam sind Betriebsvereinbarungen über einen tariflich (üblicherweise) geregelten Gegenstand nicht nur, wenn bei ihrem Zustandekommen entsprechende Tarifverträge **bereits bestanden**. Die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG wirkt vielmehr auch dann, wenn entsprechende Tarifbestimmungen **erst später in Kraft** treten" (LAG Düsseldorf, 24.05.2016 - 3 Sa 735/15) .

4.9 Umdeutung unwirksamer Betriebsvereinbarungen

§ 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG sieht vor, dass **Arbeitsentgelte und Arbeitsbedingungen**, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können. § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zuwiderlaufende Betriebsvereinbarungen sind unwirksam. Eine **unwirksame Betriebsvereinbarung** kann man jedoch über § 140 BGB in eine vertragliche Einheitsregelung umdeuten. In Betracht kommen eine Gesamtzusage oder gebündelte Vertragsangebote. Die **Umdeutung** ist aber nicht so ohne Weiteres möglich. Es müssen besondere Umstände vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass sich "der Arbeitgeber .. unabhängig von der Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung auf jeden Fall verpflichten .. [wollte], seinen Arbeitnehmern die in dieser vorgesehenen Leistungen zu gewähren."

Bei **Prüfung der Voraussetzungen** für die Umdeutung (in dem hier vorgestellten Fall ging es um einen besonderen, in Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag geregelten Kündigungsschutz) "ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber sich von einer Betriebsvereinbarung durch Kündigung jederzeit lösen kann, während eine **Änderung der Arbeitsverträge**, zu deren Inhalt eine Gesamtzusage wird, lediglich einvernehmlich oder durch gerichtlich überprüfbare Änderungskündigung möglich ist. Ein hypothetischer Wille des Arbeitgebers, sich unabhängig von der Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung auf Dauer einzelvertraglich zu binden, kann deshalb **nur in Ausnahmefällen** angenommen werden" (BAG, 26.01.2017 - 2 AZR 405/16 - mit Hinweis auf BAG, 23.02.2016 - 3 AZR 960/13 und BAG, 19.06.2012 - 1 AZR 137/11 - und dem Ergebnis, dass der besondere Kündigungsschutz aus der Betriebsvereinbarung nicht griff).

4.10 Unabhängig von Tarifbindung

Der Abschluss von Betriebsvereinbarungen, deren Gegenstand tarifüblich oder bereits in Tarifverträgen geregelt ist, liegt nicht im Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats (s. dazu BAG, 22.03.2005 - 1 ABR 64/03). § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG schließt das aus. Seine Sperrwirkung "soll unabhängig von der Tarifbindung des Arbeitgebers die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisten." Die

Tarifvertragsparteien - so sieht es das Gesetz vor - haben bei der Regelung von Arbeitsbedingungen Vorrang. Das führt im Ergebnis dazu, dass jede **Normsetzung der Betriebspartner**, die inhaltlich mit der Normsetzung der Tarifpartner konkurrieren würde, zum "Schutz der ausgeübten und aktualisierten Tarifautonomie" ausgeschlossen ist. "Arbeitgeber und Betriebsrat sollen keine abweichenden oder ergänzenden Betriebsvereinbarungen mit normativer Wirkung abschließen können" (BAG, 10.12.2013 - 1 ABR 39/12 , mit Hinweis auf BAG, 13.03.2012 - 1 AZR 659/10).

4.11 Zwingende Mitbestimmung

Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen können nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein, wenn sie durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden. § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG sieht dafür jedoch eine **Ausnahme** vor, wenn der maßgebliche Tarifvertrag ausdrücklich den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen zulässt . Für Betriebsvereinbarungen, die einen tariflich bereits geregelten oder üblicherweise tariflich geregelten Gegenstand betreffen, ist der Betriebsrat nicht zuständig (s. dazu BAG, 13.03.2012 - 1 AZR 659/10 und BAG, 22.03.2005 - 1 ABR 64/03).

Das Fehlen der Regelungszuständigkeit hat zur Folge, dass gegen § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verstoßende **Betriebsvereinbarungen unwirksam** sind (so: BAG, 29.10.2002 - 1 AZR 573/01). Die Tarifsperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG greift dagegen nicht, wenn "es um Angelegenheiten geht, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen" (s. dazu BAG, 03.12.1991 - GS 2/90 und BAG, 17.05.2011 - 1 AZR 473/09). Bei Annahme eines zwingenden Mitbestimmungsrechts ist nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz aber zu beachten, "dass keine zwingende tarifliche Regelung besteht, an die der Arbeitgeber gebunden ist" (BAG, 26.08.2015 - 4 AZR 41/14 , mit Hinweis auf BAG, 13.03.2012 - 1 AZR 659/10 und BAG, 29.04.2004 - 1 ABR 30/02).