

Die Regelungsschranken des § 77 III BetrVG im System der tarifvertraglichen Ordnung des TVG

Eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts*

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Horst Thon, Offenbach

Der Verfasser beleuchtet in seinem Beitrag den Sinn und Nutzen der Regelungsschranken des § 77 III BetrVG, gibt eine Übersicht über die derzeit geltende Sach- und Rechtslage und diskutiert die Anwendungsschwierigkeiten sowie Unschärfen des im Betriebsverfassungsgesetz geregelten Tarifvorbehalts.

I. Vorbemerkung: Ein Einblick, der ein Ausblick ist

Kündigungsschutz einschränken, Mitbestimmung eingrenzen, Flächentarife abschaffen und betriebsnahe Lösungen suchen! In regelmäßiger Unregelmäßigkeit rauschen diese Parolen immer wieder nicht nur durch den Blätterwald. Angesichts der Tatsache, dass nur 11 % der ausgesprochenen Kündigungen (8 % der betriebsbedingten, 12 % der personen- und verhaltensbedingten) überhaupt mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen werden und nur in 15 % der Arbeitgeberkündigungen eine Abfindungszahlung durch den Arbeitgeber erfolgt¹, kann man zwar behaupten, dieses Ergebnis sei auf ungerechte und nicht handhabbare Kündigungsschutzregelungen zurückzuführen, ernsthaft wird man sich jedoch wohl eher fragen müssen, ob derartige ungeprüfte Parolen wirklich weiterhelfen. Das bei uns an sich funktionierende System des Kündigungsschutzes gehört nicht wirklich auf den Prüfstand. Reparaturen, wie die Anhebung der Schwellenwerte und die Einführung einer 1a-Abfindung haben schon vermuten lassen, dass damit ökonomischen Halbwahrheiten und Fehldiagnosen nicht beizukommen ist.

Gibt es nun im Zusammenhang mit der tarifvertraglichen Ordnung des TVG Vergleichbares zu berichten oder sind Aussagen wie „lieber weniger Einkommen, aber dafür einen sicheren Arbeitsplatz“ ebenso wenig haltbar. Ziel des Beitrags soll es sein einen Anstoß zu geben, erst einmal nachzudenken, bevor plakative Äußerungen getätigt oder nachgesprochen werden. Für diejenigen, die sich eingehender mit den gängigen (Vor-)Urteilen beschäftigen wollen, sei der Blick ins Internet empfohlen. Die Frankfurter Rundschau bietet unter www.fr-aktuell.de/Vorurteile eine lesenswerte Auseinandersetzung fachkompetenter Autoren mit den acht gängigsten Aussagen an:

- Der Status quo bremst die Wettbewerbsfähigkeit
- Der Flächentarifvertrag ist ein Auslaufmodell
- Betriebsräte sind bessere Tarifparteien
- Tarifverträge verhindern betriebsnahe Regelungen
- Die Flächentarifverträge sind viel zu starr
- Lieber weniger Einkommen, aber dafür einen sicheren Arbeitsplatz
- Tarifverträge sind überflüssig und schädlich.

Angesichts der Abhängigkeit der deutschen Wirtschaft von den internationalen Entwicklungen wird man fragen müssen, ob die Forderung nach betrieblichen Lösungen eine wirkliche Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung ergibt, so als ob die gelebte Mitbestimmung im Handwerksbetrieb in Neuruppin die Weltwirtschaft beein-

flussen könnte. Wenn dann noch gleichzeitig eine Einschränkung der betrieblichen Mitbestimmung gefordert wird, ist der Irrsinn komplett, da nämlich dann die Arbeitgeberseite letztlich niemanden mehr hat, mit dem sie etwas regeln kann. Das 19. Jahrhundert lässt grüßen!

Es ist eine verkehrte Welt, wenn zunehmend Schuldner dem Gläubiger vorschreiben, wie Rechnungen gestellt werden müssen, damit sie überhaupt bearbeitet werden, auch wenn kein Streit über die Zahlungspflicht besteht. Dies ist beispielsweise ein Dauerthema in einer meiner Betriebsratsvertretungen in einem großen Chemiekonzern, der sein Rechnungswesen nach England verlagert hat. Diese „innovative“ Idee hat sogar kürzlich dazu geführt, dass ein Betrieb in Deutschland fast stillstand, da die Stromrechnung wegen dieser Bearbeitungshemmnisse nicht bezahlt worden war. Hier war es dann der Betriebsrat, der durch persönliche Fürsprache bei den Stadtwerken den Betriebsablauf und letztlich auch die Arbeitsplätze sicherte. Nun aber zu der uns interessierenden Frage, was die Regelungsschranken des § 77 III BetrVG sollen.

II. Grundsatz und Normzweck

Nach § 77 III BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt jedoch nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Nach allgemeiner Ansicht wird durch diese Vorschrift Art. 9 III GG Rechnung getragen, der den Schutz der Koalitionen und der Tarifautonomie garantiert. Durch kollektive betriebliche Regelungen soll die Tarifautonomie nicht beeinträchtigt oder sogar ausgehöhlt werden. Rechtsdogmatisch und rechtspolitisch wird die Reichweite und Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift immer wieder diskutiert, durch die höchststrichterliche Rechtsprechung jedoch ebenso nachhaltig die uneingeschränkte Beachtung der Regelungssperre durch die Betriebsparteien bestätigt². Die historisch gewachsene Privilegierung der Koalitionen und ihrer Tätigkeit durch diese Festschreibung der vorrangigen kollektivvertraglichen Regelungskompetenz im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen wird zunehmend mit der Kampfansage „Freier Arbeitsmarkt statt Tarifdiktat“ konfrontiert. Konkret ist insbesondere im Beitrittsgebiet eine Etablierung konkurrierender Regelungssysteme auf betrieblicher Ebene festzustellen, auch durch tarifwidrige Betriebsvereinbarungen, Regelungsabreden und informelle Absprachen der Betriebsparteien bzw. verschiedenartigste individualrechtliche Instrumentarien. Tarifverträge werden unterlaufen. Eine für manche ketzerische Bemerkung am Rande: Eigenartigerweise wird der Ruf nach dem Staat bzw. Gesetzgeber immer dann laut, wenn der gewünschte Markt funktioniert!

III. Gegenstand der Regelungssperre

Die Regelungssperre erstreckt sich ausweislich des Wortlautes der Vorschrift ausdrücklich auf Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden.

IV. Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen

Unter Arbeitsentgelt wird ähnlich wie im Regelungsbereich des § 87 I BetrVG jedes Entgelt, zahlbare Ver-

* Die Vortragsform ist in wesentlichen Teilen beibehalten worden.

1) Wirtschaftsbild 17/2004, S. 10.

2) So z. B. *BVfG* (24. 4. 1996), NZA 1996, 1157 = NJW 1997, 513; BAG (20. 11. 2001), NZA 2002, 872.

gütung oder Sachleistung des Arbeitgebers wie Lohn, Prämien, Gratifikationen, Gewinnbeteiligungen und Deputate verstanden. Sonstige Arbeitsbedingungen sind alle Arbeitsbedingungen, die Gegenstand tariflicher Inhaltsnormen sein können. Hier kann es also auf die von manchen diskutierte Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Arbeitsbedingungen nicht ankommen, wie zum Regelungsbereich des § 87 I BetrVG diskutiert³. Wortlaut und Normzweck sind hier eindeutig.

V. Inhaltsnormen und Abschlussnormen

Inhaltsnormen eines Tarifvertrags regeln nicht nur Fragen des Arbeitsentgeltes sondern der Dauer und Lage der täglichen Arbeitszeit, des Urlaubs und der Urlaubsgewährung und auch Regelungen über Zeit, Ort und Art der Auszahlung des Arbeitsentgeltes. Nur bei den Inhaltsnormen besteht die Regelungssperre, nicht jedoch bei den so genannten Abschlussnormen, die sich auf die Begründung von Arbeitsverhältnissen beziehen. Bekanntlich gelten die Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen (§ 4 I TVG). Dies gilt auch für Rechtsnormen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen.

VI. Verhältnis zu § 87 I Eingangssatz BetrVG

Die Sperrwirkung des § 77 III BetrVG erfasst allerdings nicht Betriebsvereinbarungen, die im Rahmen der erzwingbaren Mitbestimmung gemäß § 87 BetrVG abgeschlossen werden⁴. Nach dieser Vorschrift hat der Betriebsrat in den dann in 13 Nummern aufgeführten Angelegenheiten mitzubestimmen, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. Damit wird zwar auch eine funktionsfähige Autonomie gesichert, zusätzlich wird jedoch das Direktionsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt und mit der Mitbestimmung des Betriebsrates eine Beteiligung der Arbeitnehmer an der Ausgestaltung der betrieblichen Arbeitsbedingungen auf Augenhöhe angestrebt. Das BAG sieht hierin in ständiger Rechtsprechung eine Spezialnorm, die dem Tarifvorbehalt des § 77 III BetrVG vorgeht, so dass nur üblicherweise tariflich geregelte Arbeitsbedingungen die Regelungskompetenz des Betriebsrates nicht verdrängen können. Der Vollständigkeit halber ist hier zu erwähnen, dass § 112 I 4 BetrVG auch vorgibt, dass Sozialpläne von der Sperrwirkung nicht erfasst werden. Anders verhält es sich allerdings mit freiwilligen Betriebsvereinbarungen oder Interessenausgleichen nach § 112 I 1 BetrVG.

VII. Tarifvertragsübernehmende oder -ersetzende Betriebsvereinbarungen

Nun kam bzw. kommt es vor, dass Tarifverträge ganz oder teilweise inhaltlich durch Betriebsvereinbarung auf nichtorganisierte oder anders organisierte Arbeitnehmer eines Betriebs ausgedehnt wurden bzw. werden. Dies ist jedoch unzulässig. Es soll damit verhindert werden, dass der persönliche Geltungsbereich eines Tarifvertrags auf einem anderen als dem hierfür vorgesehenen Weg der Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG ausgedehnt wird⁵. Genauso verhält es sich mit Betriebsvereinbarungen im Rahmen von § 613 I 3 BGB anlässlich eines Betriebsübergangs mit denen tarifliche Bestimmungen ersetzt werden sollen, die bei einem Betriebsveräußerer galten. Nur gleichwertige Kollektivverträge können einander ablösen. Durch § 77 III und § 87 I Eingangssatz BetrVG ist meines

Erachtens hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung für den Gesetzgeber keine Gleichwertigkeit in diesem Sinne besteht. Dies ist allerdings umstritten. Das BAG hat die Frage bislang offen gelassen⁶.

VIII. Tarifregelung und Tarifüblichkeit

Die Sperrwirkung besteht nur dann, wenn Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden. Für eine bestehende Regelung ist maßgebend, dass ein Tarifvertrag abgeschlossen ist und aktuell besteht. Danach greift die Sperrwirkung auch dann ein, wenn der fragliche Tarifvertrag erst nach Zustandekommen einer Betriebsvereinbarung in Kraft tritt⁷, oder auch dann, wenn der Arbeitgeber erstmalig tarifgebunden ist, ein Tarifwechsel oder ein Betriebsübergang stattgefunden hat. Ausreichend ist der erstmalige Abschluss eines Tarifvertrags. Repräsentativ muss der Tarifvertrag nicht sein⁸. Ebenso wenig kommt es auf die Bedeutung des Tarifvertrags oder die Größe der tarifschließenden Gewerkschaft an. Maßgebend ist die Existenz der Tarifregelung.

Des Weiteren erfasst die Sperrwirkung nur die Betriebe, die unter den räumlichen, betrieblichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen⁹. Mit dem räumlichen Geltungsbereich ist dabei nur der geographische Raum und nicht der Wirtschafts- und Gewerbebezirk gemeint¹⁰. Es genügt auch ein Firmentarifvertrag¹¹, nicht jedoch die Vereinbarung der Tarifanwendung im Einzelarbeitsvertrag, wenn dieser Betrieb nicht unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt¹².

Hier lässt sich leicht erkennen, dass besondere Problemfälle daraus erwachsen, dass Tarifvertragsparteien ihre Tarifzuständigkeit nicht inhaltlich definieren sondern nur auf die Mitgliedschaft im jeweiligen Verband oder der jeweiligen tarifschließenden Parteien abstellen. Hier ist beispielsweise umstritten, ob die fehlende Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband die Sperrwirkung verhindert. Das BAG sieht die Tarifbindung des Arbeitgebers nicht als maßgebliches Kriterium an, so dass der Austritt aus dem Arbeitgeberverband, die Ausgliederung von Betrieben oder vielleicht sogar die so genannte OT-Mitgliedschaft keine Sperrwirkung verhindern¹³.

Bei einer nur noch bestehenden Nachwirkung des Tarifvertrags besteht aber keine tarifliche Regelung i.S. des § 77 III BetrVG mehr. Eine Ersetzung durch eine andere Abmachung – auch durch Betriebsvereinbarung – ist möglich, solange keine Tarifüblichkeit besteht.

Nach Ansicht des BAG ist der Begriff der Tarifüblichkeit weit auszulegen¹⁴. Der Tarifvertrag muss aber repräsentativ für die Branche sein. Das bedeutet, dass die in den tarifgebundenen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer zahl-

3) S. BAG (9. 4. 1991), NZA 1991, 734 = AP Nr. 1 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

4) BAG (24. 2. 1987), NZA 1987, 639 = AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972.

5) BAG, NZA 2002, 872.

6) BAG (1. 8. 2001), NZA 2002, 41.

7) BAG (21. 1. 2003), NZA 2003, 1097.

8) BAG, NZA 2002, 872.

9) BAG (21. 12. 1983), DB 1983, 996.

10) BAG (29. 5. 1964), BAGE 16, 58 = AP Nr. 24 zu § 59 BetrVG

11) BAG, NZA 2003, 1097.

12) BAG (27. 1. 1987 – 1 ABR 66/85), NZA 1987, 489; BAG (27. 1. 1987 – 8 AZR 66/84), NZA 1987, 598 = AP Nr. 42 zu § 99 BetrVG 1972.

13) BAG, NZA 2003, 1097.

14) BAG (16. 9. 1960), AP Nr. 1 zu § 2 ArbGG 1953 Betriebsvereinbarung.

mäßig überwiegen müssen. Diese Ansicht des BAG ist kritisiert worden, weil der Schluss nahe liegt, dass die Üblichkeit der Regelung mit der Üblichkeit der Anwendung verwechselt wurde. Deshalb nimmt die überwiegende Ansicht an, dass maßgebend sein soll, ob der Betrieb üblicherweise in dem Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen würde. Allgemein wird von der Tarifüblichkeit gesprochen, wenn überhaupt zu dem räumlichen, betrieblichen und fachlichen Tätigkeitsbereich des Betriebs Tarifverträge über die jeweiligen Arbeitsbedingungen abgeschlossen zu werden pflegen. Wenn mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften bestehen, ist maßgebend, ob diese Tarifverträge zusammen repräsentativ sind. Besteht nur ein Firmentarifvertrag ist umstritten, ob auch darauf abzustellen ist, ob der Betrieb vom räumlichen, betrieblichen und fachlichen Geltungsbereich eines Verbandstarifvertrags erfasst wird. Das BAG verlangt hier eine Identität des Regelungsumfangs¹⁵. Bei so genannten Anerkennungstarifverträgen dürfte dieser Streit jedoch nicht auftreten, da diese denknötwendig identischen Inhalt haben.

Generell liegt das Problem darin, dass nicht eindeutig und generell festgelegt werden kann, wann eine tarifliche Regelung üblich ist. Bei ununterbrochener zeitlicher Reihenfolge mehrerer Tarifabschlüsse hintereinander, bei längeren Laufzeiten und entsprechend längerer Tarifpraxis wird man dies wohl annehmen können. Nach Ansicht des BAG liegt eine Tarifüblichkeit jedoch dann noch nicht vor, wenn die Tarifvertragsparteien Verhandlungen ankündigen oder nur zum ersten Mal über einen Tarifabschluss verhandelt haben¹⁶. Ähnlich ist es bei einer Tariflücke. Demgegenüber wird eine bestehende Tarifüblichkeit nicht dadurch beendet, wenn auch angenommen werden kann, dass in dem betreffenden Bereich über die Arbeitsbedingungen tarifliche Regelungen erneut abgeschlossen werden sollen, selbst wenn sie Änderungen mit sich bringen¹⁷.

IX. Tarifliche Öffnungsklauseln

Hervorzuheben ist schließlich, dass gem. § 77 III 2 BetrVG die Sperrwirkung auch dann nicht eintritt, wenn der jeweilige Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Im Gegensatz zur oben dargestellten weiten Auslegung der Sperrwirkung ist nach Ansicht des BAG die ausdrückliche Zulassung ergänzender Betriebsvereinbarungen eng auszulegen¹⁸. Sie muss im Tarifvertrag klar zum Ausdruck gebracht werden; ein Rückgriff auf eine ergänzende Vertragsauslegung ist nicht möglich. Erst kürzlich hat das BAG aber klargestellt, dass die Tarifvertragsparteien auch nachträglich eine Tariföffnungsklausel genehmigen und mit Rückwirkung versehen können¹⁹. Auch die Übertragung der Ausgestaltung von Arbeitsbedingungen wie der Dauer der individuellen wöchentlichen Arbeitszeit auf die Betriebsparteien wird als möglich angesehen, wenn nur ein ausreichender tariflicher Regelungsrahmen besteht²⁰. Wegen des Wortlauts der Vorschrift – Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen – wird man hier aber wohl eine enge Grenzziehung fordern müssen. Allerdings hat das BAG grundsätzlich ausgesprochen, dass die Tarifvertragsparteien selbst darüber bestimmen können, in welchem Umfang sie die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse selbst vornehmen oder deren Regelung durch eine entsprechende Öffnungsklausel auf die Betriebsparteien übertragen²¹. Auch nach Ansicht des BAG stellt sich hier jedoch die Frage, ob durch einen Verzicht nicht die der Tarifautonomie immanenten Grenzen der Regelungskompetenz überschritten werden können. Das Verhältnis von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung kann jedenfalls nicht umgekehrt werden.

X. Sonderproblem: Sperrwirkung gegenüber Regelungsabreden und allgemeinen Arbeitsbedingungen

Akzeptiert man den oben dargestellten Normzweck der Regelungssperre, nämlich die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien zu sichern und zu verhindern, dass eine betriebliche Konkurrenzordnung zum Tarifvertragssystem entsteht, können formlose Regelungsabreden nicht anders behandelt werden als förmliche Betriebsvereinbarungen. Richtig ist zwar, dass das Wort Regelungsabrede sich im Wortlaut des § 77 III BetrVG nicht finden lässt, dies gilt aber für die Regelungsabrede im BetrVG generell. So hat auch der Wortlaut der Absätze 5 und 6 nichts daran geändert, dass das BAG die gesetzliche Regelung über die Kündigung und Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung auch auf Regelungsabreden anwendet. Das Institut der Regelungsabrede wurde durch die Rechtsprechung aufgewertet und an die Betriebsvereinbarung angenähert. Somit lässt sich kein Argument finden, dass ausgerechnet für die Regelungsabreden die Sperrwirkung nicht gelten soll. Immer geht es um den Schutz der Tarifautonomie gegen betriebliche Konkurrenzordnungen. Eher lässt sich argumentieren, dass ein erhöhtes Gefährdungspotential bei formlosen Regelungen wie Regelungsabreden besteht, dem nachhaltig begegnet werden muss.

XI. Ergebnis: Der Ausblick ist auch ein Einblick

Deutlich dürfte geworden sein, dass bei allen sicherlich zu diskutierenden Problemfällen und Anwendungsschwierigkeiten sowie Unschärfen die Regelungssperre des § 77 III BetrVG Teil eines an sich funktionierenden und aufeinander abgestimmten Gesamtsystems ist. Das bedeutet aber, dass es nicht nur gefährlich, sondern eigentlich sogar ausgeschlossen sein dürfte, einzelne Bestandteile in diesem System wegzulassen, zu verändern oder zu „reparieren“, ohne die Wirkung der jeweiligen Aktion auf das gesamte System zu betrachten. Immer muss die Frage gestellt werden, funktioniert das System danach noch. Damit steht für mich aber auch fest, dass eine ernsthafte Kritik nur dann ihren Wert hat, wenn sie gleichzeitig entweder belegt, dass die Funktionsfähigkeit des betroffenen Systems nicht beeinträchtigt wird oder stattdessen ein neues, in sich geschlossenes funktionierendes System vorschlägt. Für den Fall der Verlagerung der Regelung der Arbeitsbedingungen auf die betriebliche Ebene hat dies folglich zu bedeuten, dass dem jeweiligen Arbeitgeber ein gleichstarker Verhandlungspartner im Betrieb gegenüber gesetzt werden muss. Dies bewirkt nicht nur einen rasanten Anstieg der Anzahl der in den einzelnen Betrieben gewählten Betriebsräte sondern auch Durchsetzungsmöglichkeiten, die über die Bestimmungen der §§ 23 III, 119 und 121 BetrVG weit hinausgehen, also denknötwendig auch ein Streikrecht für Arbeitnehmer in von Betriebsräten geführten Arbeitskämpfen. Es ist deshalb gut zu überlegen, ob dies gewollt ist. Ob aber überlegt wird, ist zumindest auch ein Bildungs- und Ausbildungsproblem – besser noch eine Frage der Kultur. Manchmal scheinen mir Zweifel angebracht, dass die hierfür nötige Intelligenz vorhanden ist oder lassen Sie mich abschließend formulieren: Mehr Blicke über den Tellerrand sind gefordert.

15) BAG, DB 1983, 996.

16) BAG (22. 5. 1979), RdA 1979, 318 = AP Nr. 13 zu § 118 BetrVG 1972; BAG (23. 10. 1985), BB 1986, 1361 = AP Nr. 33 zu § 1 TVG Tarifverträge: Metallindustrie.

17) BAG, NZA 1987, 639 = AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972.

18) BAG (6. 3. 1958), AP Nr. 1 zu § 59 BetrVG.

19) BAG (29. 1. 2002), NZA 2002, 927, Os. = NJOZ 2003, 1179.

20) BAG (18. 8. 1987), BAGE 56, 18 = NZA 1987, 779 = AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972.

21) BAGE 56, 18 = NZA 1987, 779.