

**Die Auswirkungen der Tarifeinheit im Betrieb (§ 4a TVG)
auf Betriebsverfassung und Betriebsvereinbarungen**

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors
des Rechts
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

vorgelegt von

**Dawood Jessem
aus Al Shadadi**

2026

Dekan: Prof. Dr. Martin Böse

Erstreferent: Prof. Dr. Stefan Greiner

Zweitreferent: Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb

Tag der mündlichen Prüfung: 05.05.2026

Meinem Bruder Muhammad

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2026 unter dem Titel „Die Auswirkungen der Tarifeinheit im Betrieb (§ 4a TVG) auf Betriebsverfassung und Betriebsvereinbarungen“ von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen.

An dieser Stelle bedanke ich mich ganz herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Stefan Greiner, für die Betreuung der Arbeit. Seine fachliche Expertise und Geduld haben maßgeblich zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen. Mein Dank gilt weiterhin Herrn Prof. Dr. Heinz-Jürgen Kalb für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gilt meiner Familie und meinen Freunden, die mich während der gesamten Promotionszeit mit Liebe und Verständnis begleitet haben.

Großen Dank schulde ich schließlich meiner Frau Amna für die Geduld und stetige Ermutigung während der Erstellung der Arbeit. Ihr Rückhalt hat mir die Kraft gegeben, dieses Ziel zu erreichen.

Troisdorf, im Mai 2026

Dawood Jessem

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Geschichtliche Entwicklung bis zum Inkrafttreten des § 4a TVG	4
C.	Gesetzliche Grundlagen des § 4a TVG	8
I.	Begriffsbestimmung	8
1.	Tarifikollision	8
2.	Tarifkonkurrenz	9
3.	Tarifpluralität	11
4.	Abgrenzung der Tarifpluralität von der Tarifkonkurrenz	13
II.	Tatbestände des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG	15
1.	Bindung des Arbeitgebers an mehrere Tarifverträge nach § 3 TVG	15
2.	Abschluss der Tarifverträge von unterschiedlichen Gewerkschaften.....	16
3.	Überschneidungsbereich der Tarifverträge.....	18
4.	Nicht inhaltsgleiche Tarifverträge	19
5.	Berücksichtigung von Interessen der Mitglieder von Minderheitsgewerkschaften	22
6.	Bekanntgabe der Tarifverhandlungen und das Anhörungsrecht.....	24
III.	Eintritt der Tarifikollision	25
IV.	Rechtsfolgen	26
1.	Verdrängung der Minderheitstarifverträge	26
a)	Verdrängungswirkung.....	26
b)	Umfang der Verdrängungswirkung	27
c)	Zeitpunkt der Verdrängungswirkung.....	30
2.	Anspruch auf Nachzeichnung des Mehrheitstarifvertrags.....	32
D.	Die Auswirkungen des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG auf Betriebsverfassung und Betriebsvereinbarungen	35
I.	Tarifvorbehalt gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG	35
1.	Vorbemerkungen.....	35
2.	Begriffsbestimmung	36
3.	Regelungszweck des § 77 Abs. 3 BetrVG.....	38
4.	Voraussetzungen für die Sperrwirkung.....	40
a)	Das Vorliegen von Arbeitsentgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen	40

b)	Vorliegen einer tarifvertraglichen oder tarifvertragsüblichen Regelung	42
aa)	Tarifvertragliche Regelung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG	42
bb)	Tarifvertragsübliche Regelung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BetrVG	45
(I.)	Vergangenheitsvoraussetzung	45
(II.)	Zukunftsvoraussetzung	47
5.	Schicksal der gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarung	48
a)	Begriffliche Abgrenzung zwischen „Unwirksamkeit“ und „Nichtigkeit“	48
b)	Meinungsstreit	49
c)	Folgen der Unwirksamkeit und Nichtigkeit unter Herrschaft der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG	52
d)	Umdeutung	53
6.	Verhältnis § 77 Abs. 3 BetrVG zu § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG	55
a)	Zwei-Schranken-Theorie	55
b)	Vorrangtheorie	58
7.	Reichweite der Sperrwirkung bei Tarifeinheit nach § 4a TVG	59
a)	Auslösung der Sperrwirkung gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nur durch den Mehrheitstarifvertrag	60
b)	Auslösung der Sperrwirkung gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auch durch die Minderheitstarifverträge	61
c)	Stellungnahme	63
8.	Ausnahmen der Sperrwirkung	67
a)	Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG	67
b)	Öffnungsklauseln	67
c)	Sozialpläne	68
II.	Öffnungsklausel gem. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG	69
1.	Vorbemerkungen	69
2.	Rechtsnatur der Öffnungsklauseln	70
3.	Voraussetzungen	72
4.	Folge der Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 TVG für die Öffnungsklauseln	73
a)	Vorbemerkungen	73

b)	Aufhebung der Sperrwirkung nur durch die Öffnungsklausel im Mehrheitstarifvertrag.....	74
c)	Aufhebung der Sperrwirkung auch durch die Öffnungsklausel im Minderheitstarifvertrag.....	75
aa)	Erste Konstellation: Nur einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge enthält eine Öffnungsklausel	76
(I.)	Eine Öffnungsklausel in einem Tarifvertrag ist ausreichend.....	76
(II.)	Alle Tarifverträge müssen eine Öffnungsklausel enthalten.....	78
bb)	Zweite Konstellation: Die nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge enthalten unterschiedliche Öffnungsklauseln	79
d)	Stellungnahme	81
5.	Wiederaufleben der Öffnungsklausel/Betriebsvereinbarung.....	82
III.	Tarifvorrang gem. § 87 Abs. 1 BetrVG	86
1.	Vorbemerkungen.....	86
2.	Begriffsbestimmung	86
3.	Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG.....	87
4.	Voraussetzungen	90
5.	Lösungsansatz bei Tarifeinheit im Betrieb § 4a TVG	94
a)	Lösungsansatz in der Literatur	96
b)	Stellungnahme	99
IV.	Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen nach § 4a Abs. 2 TVG.....	103
1.	Vorbemerkungen.....	103
2.	Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarungen nach §§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 1 BetrVG	104
a)	Voraussetzung des originären Zuständigkeitsbereichs des Gesamtbetriebsrats	104
aa)	Überbetriebliche Angelegenheit	105
bb)	„Nicht geregelt werden können“	105
b)	Auswirkung der Tarifeinheit nach § 4a TVG auf die Geltung der Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen.....	108
3.	Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarungen nach §§ 50 Abs. 2, 58 Abs. 2 BetrVG	123
V.	Folgen für die Organisation der Betriebsverfassung	124
1.	Organisationsvorschriften im BetrVG und ihre Wirkung.....	125

2. Organisationstarifverträge gem. § 3 Abs. 1 BetrVG	126
a) Entwicklung von Organisationstarifverträgen.....	126
b) Regelungsinhalt des § 3 Abs. 1 BetrVG	128
aa) Bildung einer abweichenden Arbeitnehmervertretung für ein Unternehmen mit mehreren Betrieben nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	128
(I.) Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats	129
(II.) Zusammenfassung von Betrieben.....	130
bb) Bildung abweichender Arbeitnehmervertretungen für Unternehmen und Konzern, die nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen (Sparten) organisiert sind, nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG	132
(I.) Im Unternehmen und Konzern	132
(II.) Organisation nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen .	132
(III.) Befugnis für die Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten.	133
(IV.) Sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats	134
cc) Bildung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG	135
dd) Bildung zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und Vertretungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG.....	139
3. Tarifverträge nach § 117 Abs. 2 BetrVG	140
4. Auflösung der Tarifikollision von Organisationstarifverträgen nach § 3 Abs. 1 BetrVG im Betrieb	141
a) Keine unbewusste Regelungslücke im TVG	142
b) Bisherige Lösungsvorschläge.....	143
aa) Mehrheitsprinzip.....	144
bb) Spezialitätsprinzip	147
cc) Prioritätsprinzip	148
dd) Unwirksamkeit aller konkurrierenden Tarifverträge	150
ee) Kombinationsprinzip	151
c) Lösungsansatz nach § 4a TVG	152
aa) Auswirkung der Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG auf die zum Zeitpunkt der Tarifverdrängungswirkung bestehenden Arbeitnehmervertretungen bzw. Arbeitnehmervertretungsstrukturen.....	154

bb)	Stellungnahme	159
5.	Auflösung der Tarifikollision im Anwendungsbereich des § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG	164
E.	Tarifeinheit und Betriebsübergang	165
I.	Kollektivrechtliche Weitergeltung.....	165
1.	Weitergeltung von Verbandstarifverträgen	166
2.	Weitergeltung von Firmentarifverträgen	166
3.	Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG bei kollektivrechtlicher Weitergeltung.....	167
a)	Wortlautauslegung	167
b)	Auslegung nach dem Ziel des Tarifeinheitsgesetzes	167
c)	Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB	168
d)	Richtlinienkonforme Auslegung.....	169
II.	Individualrechtliche Weitergeltung.....	170
1.	Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB	170
2.	Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG bei individualrechtlicher Weitergeltung.....	172
a)	Erstes Problem: Verdrängung der nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen durch den im Erwerbsbetrieb geltenden Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG.....	172
aa)	Wortlautauslegung	172
bb)	Auslegung nach dem Ziel des Tarifeinheitsgesetzes	173
cc)	Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB	176
dd)	Richtlinienkonforme Auslegung.....	180
b)	Zweites Problem: Verdrängung des im Erwerbsbetrieb geltenden Tarifvertrags durch die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG....	183
c)	Ergebnis	185
3.	Transformation des verdrängten Minderheitstarifvertrags nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB	186
F.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	189

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbR-HdB	Arbeits-Handbuch, Arbeitsrechtshandbuch
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BeckOK ArbR	Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründung
BetrVerf-ReformG	Betriebsverfassungs-Reformgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB AT	Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil
BT-Drucks	Bundestags-Drucksache
BV	Betriebsvereinbarung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union
ComputerR-HdB	Computerrechts-Handbuch
CSU	Christlich-Soziale Union

D. h.	Das heißt
DB.....	Der Betrieb
DGB.....	Deutscher Gewerkschaftsbund
EG.....	Europäische Gemeinschaft
EGMR.....	Europäischer Gerichtshof für Menschen Rechte
EMRK.....	Europäische Menschenrechtskonvention, Europäische Menschenrechtskonvention
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ff.	fortfolgende
FS.....	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.....	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
h. M.....	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.....	Halbsatz
i. d. S.	in diesem Sinne
i. S. d.	im Sinne des/der
InsO	Insolvenzordnung
iVm.....	in Verbindung mit
LAG	Landesarbeitsgericht
MAH ArbR	Münchener Anwaltsbuch zum Arbeitsrecht
MHdB ArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Beilage
NZA-RR	NZA- Rechtsprechung-Report Arbeitsrecht
RAG.....	Reichsarbeitsgericht
RdA.....	Recht der Arbeit

RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer, Randnummer
RWS.....	Recht Wirtschaft Steuern
S.	Satz/Seite
SAE.....	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
sog.....	So genannt
SPD.....	Sozialdemokratische Partei
SWK-ArbR	Stichwortkommentar Arbeitsrecht
TEG	Tarifeinheitsgesetz
TVG.....	Tarifvertragsgesetz
TVVO	Tarifvertragsverordnung
u. a.	Und andere
URL:	Uniform Resource Locator
v.	von
WD	Wissenschaftliche Dienste
z.B.....	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	Zitierweise

A. Einleitung

Im Jahr 2015 lebte der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb durch das Tarifeinheitsgesetz wieder auf. Der Kern dieses Gesetzes ist § 4a Abs. 2 TVG.¹ Nach dieser Vorschrift finden bei einer Tarifkollision im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft Anwendung, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten Mitglieder hat. Hintergrund für die Wiederherstellung des Grundsatzes der Tarifeinheit war die steigende Konkurrenz zwischen Berufsgruppen- und Branchengewerkschaften.² Hier ist aber zu beachten, dass der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb erstmals gesetzlich geregelt wurde.³ Das früher in Deutschland geltende Prinzip war nur ein gerichtliches Prinzip.⁴ Nachdem es durch das Tarifeinheitsgesetz⁵ kodifiziert wurde, legten Gewerkschaften Verfassungsbeschwerden hiergegen ein. Jedoch entschied das BVerfG in seinem Urteil vom 11.07.2017, dass das Tarifeinheitsgesetz weitgehend verfassungsgemäß sei.⁶ Auch der EGMR wies in seinem Urteil vom 05.07.2022 die Klage der Gewerkschaften ab und erklärte, dass das deutsche Tarifeinheitsgesetz keine Verstöße gegen Art. 11 EMRK enthalte.⁷

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Folgeprobleme des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a Abs. 2 TVG für Betriebsverfassung und Betriebsvereinbarungen zu identifizieren, um Lösungsansätze zu finden. Konkret soll untersucht werden, wie sich die Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 TVG auf § 77 Abs. 3 BetrVG, § 87 Abs. 1 BetrVG, § 3 Abs. 1 BetrVG ausgewirkt hat.

Die Auswirkungen des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG auf die betriebsverfassungsrechtliche Regelungsebene wurden bisher in der Literatur lediglich „stiefmütterlich“ behandelt.⁸ Greiner führt das – unter anderem – darauf zurück, „dass die Rechtsprobleme eher verdeckt liegen“. Dem ist beizupflichten: § 4a TVG hat nämlich lediglich mittelbare Auswirkungen auf die betriebsverfassungsrechtliche Ebene, indem § 4a TVG unmittelbar auf Tarifver-

¹ Gooren, NZA 2022, 444; Gräf, NZA 2016, 327.

² ErfK/Franzen, § 4a TVG Rn. 1.

³ ErfK/Franzen, § 4a TVG Rn. 1; Bepler, RdA 2022, 189.

⁴ BAG, v. 29.03.1957 – 1 AZR 208/55, BeckRS 9998, 119350.

⁵ Gesetz zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz) v. 03.07.2015 (BGBl. 2015 I, S. 1130).

⁶ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71; ErfK/Franzen, § 4a TVG Rn. 1a; von Steinau-Steinrück/Gooren, NZA 2017, 1149; Rieble, NZA 2017, 1157.

⁷ EGMR, v. 05.07.2022 – 815/18, 3278/18, 12380/18, 12693/18, 14883/18, NZA 2022, 1058.

⁸ Greiner, RdA 2022, 164.

träge einwirkt, die ihrerseits Auswirkungen auf betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen haben.

§ 4a TVG hat also überall dort (mittelbar) Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, wo Tarifverträge hierauf einwirken. Die Regelung wirkt auf unterschiedliche Art und Weise auf die betriebsverfassungsrechtliche Ebene ein:

So kommt Tarifverträgen etwa im Rahmen des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG eine Sperrwirkung im Hinblick auf Betriebsvereinbarungen zu. Die Betriebsparteien können nach dieser Vorschrift keine Vereinbarungen über Arbeitsentgelte oder über andere Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, abschließen, soweit der Tarifvertrag solche Arbeitsbedingungen vorher geregelt hat. Der Tarifvertrag sperrt somit die Wirkung der Betriebsvereinbarung. Die Anwendung der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG wirft die Frage auf, ob lediglich der Mehrheitstarifvertrag oder ob auch die Minderheitstarifverträge die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auslösen können.

Zudem betrifft die Rechtsfolge des § 4a TVG den § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG, da die Tarifverträge im Rahmen des § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG die Grundlage für die Regelungstätigkeit der Betriebsparteien bilden können. Der Tarifvertrag kann die Sperrwirkung in § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG durch eine Öffnungsklausel aussetzen. Die Betriebsvereinbarung ist also wirksam, wenn der Tarifvertrag sie zulässt. Nach Wiederherstellung des Grundsatzes der Tarifeinheit in § 4a TVG ist fraglich, welcher Tarifvertrag maßgeblich ist, wenn die Tarifverträge im Betrieb unterschiedliche Öffnungsklauseln enthalten. Fraglich ist auch, ob die Öffnungsklausel bzw. die Betriebsvereinbarung wiederaufleben kann, wenn sich die Umstände im Betrieb geändert haben und der Minderheitstarifvertrag ein Mehrheitstarifvertrag geworden ist.¹⁰

Weiterhin spielen die Tarifverträge in Bezug auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 BetrVG eine Rolle. Der Betriebsrat hat nach dieser Vorschrift das Recht, die Angelegenheiten in § 87 Abs. 1 BetrVG mitzubestimmen, es sei denn, der Tarifvertrag hat diese Angelegenheiten bereits geregelt. § 87 Abs. 1 BetrVG kann also von § 4a TVG betroffen werden, da der Tarifvertrag die Reichweite der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates einschränken kann. Hier ist zu untersuchen, welcher Tarifvertrag nach § 4a TVG die Sperrwirkung im Rahmen

⁹ Greiner, RdA 2022, 164.

¹⁰ Greiner, RdA 2022, 164, 166.

des § 87 Abs. 1 BetrVG entfalten kann. Steht dieses Recht nur dem Mehrheitstarifvertrag zu, oder kann auch der Minderheitstarifvertrag die Sperrwirkung auslösen?

Das Wiederaufleben des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb in § 4a TVG betrifft nicht nur die Einzelbetriebsvereinbarung, sondern auch die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung. Da das in § 4a Abs. 2 TVG angewendete Mehrheitsprinzip betriebsbezogen ist, führt dies dazu, dass in einem Unternehmen oder in einem Konzern unterschiedliche Tarifverträge bzw. unterschiedliche Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen zur Anwendung kommen. Was nämlich für den einen Betrieb als Mehrheitstarifvertrag gilt und somit die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung öffnet oder sperrt, kann in einem anderen Betrieb bei Anwendung des Mehrheitsprinzips nicht gelten.¹¹ Hier ist zu erklären, wie sich § 4a TVG auf die Gesamt- und die Konzernbetriebsvereinbarung auswirkt.

Die Tarifverträge erlangen über § 3 Abs. 1 BetrVG die Funktion von Organisationsnormen, weil die Tarifvertragsparteien nach dieser Vorschrift die Arbeitnehmervertretungen neu strukturieren können. In diesem Zusammenhang ist fraglich, welcher Organisationstarifvertrag nach Einführung des § 4a TVG zur Anwendung kommen soll.

Auch im Rahmen des Betriebsübergangs wirft das Wiederaufleben des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb in § 4a TVG besondere Probleme auf. Dabei ist fraglich, ob die nach dem § 613a Abs. 1 S. 2 BGB weiter geltenden Tarifnormen nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG andere Tarifverträge verdrängen oder selbst verdrängt werden können. Außerdem stellt sich die Frage, ob der beim Veräußerer verdrängte Minderheitstarifvertrag nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformiert werden kann.

Daraus wird ersichtlich, dass in all diesen Fällen beim Eingreifen des § 4a TVG Folgeprobleme auf betriebsverfassungsrechtlicher Regelungsebene entstehen, für die es in der Literatur noch keine umfassenden Lösungsansätze gibt. Diese Forschungslücke soll mit dem Promotionsvorhaben geschlossen werden.

¹¹ Gooren, NZA 2022, 444, 449; Greiner, RdA 2022, 164, 168.

B. Geschichtliche Entwicklung bis zum Inkrafttreten des § 4a TVG

Da der Gesetzgeber durch das Tarifeinheitsgesetz § 4a TVG den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb wiederaufleben lassen wollte, ist es an dieser Stelle sinnvoll, auf die geschichtliche Entwicklung bis zum Inkrafttreten des § 4a TVG einzugehen. Außerdem ergibt sich aus dieser historischen Erforschung, dass die in diesem Forschungsprojekt aufgeworfenen Fragen bereits seit langer Zeit bestanden, jedoch unbeantwortet blieben.

Der Grundsatz der Tarifeinheit war schon zu Zeiten der Weimarer Republik bekannt, und zwar in der Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten (TVVO).¹² Der Umstand, dass damals viele Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt wurden, führte dazu, dass in einem Unternehmen oder in einem Betrieb mehrere Tarifverträge nebeneinander galten.¹³ Damit entstand zugleich die Möglichkeit, dass zwei oder mehrere Tarifverträge die Geltung für ein Arbeitsverhältnis beanspruchen. Aus diesem Grund normierte der Gesetzgeber in § 2 II TVVO einen Lösungsansatz.¹⁴ Nach dieser Vorschrift durfte auf ein Arbeitsverhältnis nur ein Tarifvertrag angewendet werden. Die Auflösung der Tarifkollision erfolgte gem. § 2 II TVVO nach dem Quantitätsprinzip, d.h. der Tarifvertrag, der die größte Anzahl von Arbeitsverhältnissen im Betrieb umfasste, fand auf das Arbeitsverhältnis Anwendung.¹⁵ § 2 II TVVO regelte jedoch nicht die Tarifeinheit im Falle einer Tarifkonkurrenz im Arbeitsverhältnis oder die Tarifeinheit im Falle einer Tarifpluralität im Betrieb. Die Vorschrift war nur eine Spezialregelung für den Fall der Tarifkonkurrenz mehrerer allgemeinverbindlicher Tarifverträge.¹⁶

In der Zeit des Nationalsozialismus fand der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb ebenfalls Anwendung, jedoch kann dies weder dem Vergleich mit der Zeit der Weimarer Republik noch mit der Zeit nach dem Nationalsozialismus dienen.¹⁷ Grund dafür ist, dass damals ein Gewerkschaftsverbot bestand. Es traten also anstelle der ausgehandelten Tarifverträge diejenigen Tarif-

¹² Bialluch, Das Tarifeinheitsgesetz, 2019, S. 7.

¹³ Bialluch, Das Tarifeinheitsgesetz, 2019, S. 7.

¹⁴ Maren, Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und der Grundsatz der Tarifeinheit, 2003, S. 84.

¹⁵ Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 49.

¹⁶ Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, 2010, S. 260.

¹⁷ Bienstein, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 37.

ordnungen, die staatlich vom „Treuhänder“ bestimmt wurden.¹⁸ Beim Vorliegen mehrerer Tarifordnungen im Betrieb hat das RAG betont, dass nur eine Tarifordnung gelten kann.¹⁹

Nach Wiederaufbau der Gewerkschaften nach der Zeit des Nationalsozialismus²⁰ und nach Erlass des Tarifvertragsgesetzes am 09.04.1949²¹ hat sich die Gesetzeslage seit der Zeit der Weimarer Republik nicht geändert.²² Damals konnte es auch nur selten zur Tarifkollision kommen, weil die Gewerkschaften nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert waren, was bedeutet, dass für Arbeitnehmer eines definierten Wirtschaftszweigs nur eine Gewerkschaft zuständig war.²³

Der Wendepunkt in der geschichtlichen Entwicklung war die Entscheidung des BAG vom 29.03.1957.²⁴ Das BAG hatte unter der Präsidentschaft von *Nipperdey* in seiner Entscheidung vertreten, dass der Grundsatz der Tarifeinheit nicht nur im Falle der Tarifkonkurrenz Anwendung findet, sondern auch im Falle der Tarifpluralität.²⁵ Bei der Kollision mehrerer Tarifverträge im Betrieb kommt also nur der Tarifvertrag zur Anwendung, „der der Eigenart und den besonderen Bedürfnissen des Betriebes und der in ihm beschäftigten Arbeitnehmer nach der Zielsetzung des Betriebes und der zur Erreichung dieses Zieles verlangten und geleisteten Arbeit am meisten“ entspreche.²⁶ Zur Begründung der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb führte das BAG aus, dass dies der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit im Betrieb diene.²⁷ Die Entscheidung des BAG im Jahr 1957 markiert den Beginn einer neuen ständigen Rechtsprechung.²⁸ Diese Rechtslage hat sich jedoch im Jahr 2010 geändert, als das BAG in seiner Entscheidung vom 07.07.2010 den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb aufgab.²⁹ Das BAG hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet: „Der Grundsatz der Tarifeinheit, der nach der bisherigen

¹⁸ *Maren*, Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und der Grundsatz der Tarifeinheit, 2003, S. 85.

¹⁹ RAG, v. 22.02.1936- 52/36, RAS 27, 241.

²⁰ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 39.

²¹ Tarifvertragsgesetz vom 09.04.1949 (WiGBI. S. 55, 68).

²² *Bialluch*, Das Tarifeinheitgesetz, 2019, S. 7; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 40.

²³ *Bialluch*, Das Tarifeinheitgesetz, 2019, S. 7, 8.

²⁴ BAG, v. 29.03.1957 – 1 AZR 208/55, AP Nr. 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

²⁵ BAG, v. 29.03.1957 – 1 AZR 208/55, AP Nr. 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; *Maren*, Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und der Grundsatz der Tarifeinheit, 2003, S. 86; *Bialluch*, Das Tarifeinheitgesetz, 2019, S. 8.

²⁶ BAG, v. 29.03.1957 – 1 AZR 208/55, AP Nr. 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

²⁷ *Maren*, Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und der Grundsatz der Tarifeinheit, 2003, S. 86; *Bialluch*, Das Tarifeinheitgesetz, 2019, S. 8.

²⁸ BAG, v. 29.11.1978 – 4 AZR 304/77, AP Nr. 12 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG, v. 14.06.1989 – 4 AZR 200/89, AP Nr. 16 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG, v. 24.01.1990 – 4 AZR 561/89, AP Nr. 126 zu § 1 TVG Tarifverträge; BAG, v. 05.09.1990 – 4 AZR 59/90, NZA 1991, 202, 203; BAG, v. 20.03.1991 – 4 AZR 455/90, NZA 1991, 736, 738; BAG, v. 04.12.2002 – 10 AZR 113/02, RdA 2003, 375, 377.

Rechtsprechung in Fällen der Tarifpluralität dazu führte, dass in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag Geltung beanspruchen konnte, kann weder auf eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsgrundlage noch auf übergeordnete Prinzipien der Rechtssicherheit oder der Rechtsklarheit gestützt werden“.³⁰ Es besteht nach der Auffassung des BAG auch keine planwidrige Gesetzeslücke. Somit kann die Verdrängung bestehender Tarifverträge im Falle einer Tarifpluralität, an die die Arbeitsvertragsparteien nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG unmittelbar gebunden sind, nicht durch einen im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung geschaffenen Grundsatz der Tarifeinheit gerechtfertigt werden.³¹

Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb währte jedoch nicht lange, da es Stimmen gab, die die Wiederherstellung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb forderten.³² Im von BDA und DGB gemeinsam verfassten Eckpunktepapier vom 04.06.2010 wurde der Gesetzgeber aufgerufen, diesen Grundsatz wiederaufleben zu lassen.³³ Denn – so steht es im Eckpunktepapier – die Tarifeinheit ist „eine unverzichtbare Säule der Tarifautonomie. Sie verhindert eine Zersplitterung des Tarifvertragssystems, eine Spaltung der Belegschaften und eine Vervielfachung kollektiver Konflikte“.³⁴ Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode hat den Vorschlag von DGB und BDA aufgenommen.³⁵ Im Koalitionsvertrag wurde unter der Überschrift „Tarifeinheit gesetzlich regeln“ vereinbart: „Um den Koalitions- und Tarifpluralismus in geordnete Bahnen zu lenken, wollen wir den Grundsatz der Tarifeinheit nach dem betriebsbezogenen Mehrheitsprinzip unter Einbindung der Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gesetzlich festschreiben. Durch flankierende Verfahrensregelungen wird verfassungsrechtlich gebotenen Belangen Rechnung getragen“.³⁶ Infolgedessen hat die Bundesregierung am 29.12.2014 den Gesetzesentwurf zur Tarifeinheit vorgelegt.³⁷ Am 09.07.2015 wurde das Tarifeinheitsgesetz verkündet, am 10.07.2015 ist es in Kraft getreten.³⁸

²⁹ BAG, v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 ff.

³⁰ BAG, v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

³¹ BAG, v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

³² Gemeinsames Eckpunktepapier von DGB und BDA v. 04.06.2010, RdA 2010, 315; *Brocker*, NZA-Beil 2010, 121 ff.

³³ Gemeinsames Eckpunktepapier von DGB und BDA v. 04.06.2010, RdA 2010, 315.

³⁴ Gemeinsames Eckpunktepapier von DGB und BDA v. 04.06.2010, RdA 2010, 315.

³⁵ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 20; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 51.

³⁶ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 70.

³⁷ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 21.

³⁸ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 21.

Das Tarifeinheitsgesetz provozierte jedoch Verfassungsbeschwerden,³⁹ da die Auflösung der Tarifkollision zugunsten des Tarifvertrags der Mehrheitsgewerkschaft nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG einen Eingriff in die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit der Minderheitsgewerkschaften bedeute.⁴⁰ Das BVerfG hat aber in seiner Entscheidung vom 11.07.2017 betont, dass das Tarifeinheitsgesetz weitgehend mit dem Grundgesetz vereinbar sei.⁴¹ Es handele sich hierbei zwar um einen Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit, jedoch könne dies hingenommen werden, da die Koalitionsfreiheit, wie jedes vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht, zugunsten anderer Ziele mit Verfassungsrang beschränkbar ist.⁴² Darüber hinaus verfüge der Gesetzgeber zur Sicherung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum.⁴³ Im Urteil hat das BVerfG den Gesetzgeber bis zum 31.12.2018 verpflichtet, eine Neuregelung zu schaffen, die sicherstellt, dass die Interessen der von der Verdrängung betroffenen Berufsgruppe im Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft ernsthaft und wirksam berücksichtigt werden.⁴⁴ Zur Umsetzung der Vorgabe des BVerfG hat der Gesetzgeber im Rahmen des Qualifizierungschancengesetzes am 18.12.2018 und mit Wirkung zum 01.01.2019 den Halbsatz in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG eingefügt.⁴⁵

³⁹ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 6; Ewer, NJW 2015, 2230, 2231 ff.

⁴⁰ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 12; Bienstein, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 52.

⁴¹ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71.

⁴² BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 118.

⁴³ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 121.

⁴⁴ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 149.

⁴⁵ Bienstein, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 54.

C. Gesetzliche Grundlagen des § 4a TVG

I. Begriffsbestimmung

1. Tarifikollision

Die Erforschung der Auswirkungen des § 4a TVG auf das Betriebsverfassungsrecht setzt zunächst die Untersuchung der Grundlagen des § 4a TVG voraus. Denn ohne Kenntnis von Tatbestand und Rechtsfolge des § 4a TVG können die Auswirkungen der Tarifeinheit auf die betriebsverfassungsrechtliche Ebene nicht fundiert beurteilt werden.

Vor dem Inkrafttreten des § 4a TVG war der Unterschied zwischen der Tarifkonkurrenz und der Tarifpluralität klar. Mit dem Inkrafttreten des § 4a TVG muss jedoch zwischen den beiden Begriffen unterschieden werden, weil § 4a TVG nicht den Begriff der Tarifpluralität, sondern nur den Begriff der Tarifikollision verwendet.⁴⁶ Es ist somit zweckmäßig, die Untersuchung mit der Begriffserklärung zu beginnen.

Bei der Definition der Tarifikollision sollte man zwischen allgemeiner und gesetzlicher Definition (§ 4a TVG) unterscheiden.

Eine Tarifikollision im allgemeinen Sinne liegt vor, „wenn eine oder beide Arbeitsvertragsparteien an mehrere Tarifverträge gebunden sind und deren Geltungsbereiche sich überschneiden“.⁴⁷ Un- erheblich ist, ob die Überschneidung der Geltungsbereiche vollständig oder teilweise ist, weil die Tarifikollision nur voraussetzt, dass die Tarifverträge sich mit ihren Geltungsbereichen überschneiden.⁴⁸ Die kollidierenden Tarifverträge können sowohl für ein Arbeitsverhältnis (Tarifkonkurrenz) als auch für einen Betrieb (Tarifpluralität) Geltung beanspruchen.⁴⁹ „Tarifikollision“ kann deswegen als Oberbegriff von „Tarifkonkurrenz“ und „Tarifpluralität“ betrachtet werden.⁵⁰

Eine Tarifikollision i. S. d. § 4a Abs. 2 TVG ist gegeben, wenn der Arbeitgeber nach § 3 TVG an mehrere Tarifverträge gebunden ist und sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifver-

⁴⁶ MHdB ArbR/Klumpp, § 256 Rn. 1.

⁴⁷ MAH ArbR/Hamacher/Reufels, § 71 Rn. 183.

⁴⁸ Schliemann, NZA-Beil. 2000, 24, 25.

⁴⁹ MHdB ArbR/Klumpp, § 256 Rn. 1.

⁵⁰ Schliemann, NZA-Beil. 2000, 24, 25; Reichold, RdA 2007, 321, 323; Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 55; Semler, Auswirkungen der Tarifpluralität auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, 2013, S. 24; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 37.

träge unterschiedlicher Gewerkschaften überschneiden. Hier stellt sich heraus, dass sich die gesetzliche Definition nur auf Tarifpluralität und sogar auf bestimmte Erscheinungsformen von Tarifpluralität bezieht.

2. Tarifkonkurrenz

Unter Tarifkonkurrenz versteht man, dass zwei oder mehrere Tarifverträge mit sich überschneidenden Regelungsgehalten auf ein und dasselbe Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommen.⁵¹ Voraussetzung für diese Konkurrenz ist, dass sich die konkurrierenden Tarifverträge nicht ergänzen, wie beispielsweise die Manteltarifverträge und die Entgelttarifverträge.⁵² Tarifkonkurrenz ist auch ausgeschlossen, wenn sich durch Auslegung des Tarifvertrags herausgestellt hat, dass nur einer der konkurrierenden Tarifverträge gelten soll. Das trifft zu, wenn ein Tarifvertrag bestimmt, dass er andere Tarifverträge ablösen soll.⁵³

In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass eine Tarifkonkurrenz nur zwischen einzelnen Tarifverträgen entsteht, nicht aber zwischen Tarifgefügen, die verschiedene Tarifverträge enthalten. Das gilt aber nicht, wenn die Tarifverträge eines Tarifgefüges als ein einheitlicher Tarifvertrag anzusehen sind, beispielsweise, wenn die Tarifverträge den gleichen Inhalt haben oder wenn ein Tarifvertrag auf die anderen Tarifverträge Bezug nimmt.⁵⁴

Es besteht Einigkeit dahingehend,⁵⁵ dass die Tarifkonkurrenz die beiderseitige Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien voraussetzt. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer müssen an die konkurrierenden Tarifverträge gebunden sein. Jedoch gab es innerhalb der Rechtsprechung⁵⁶ eine Auffassung, die nur die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an mehrere Tarifverträge voraussetzte. Für den Arbeitnehmer genügte die Möglichkeit, an einen der konkurrierenden Tarifverträge gebunden zu sein. Diese Auffassung ist aber mit dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 S. 1 TVG unvereinbar. Eine Tarifkonkurrenz liegt nämlich nur dann vor, wenn mehrere Tarifverträge Gel-

⁵¹ ErfK/*Franzen*, § 4a TVG Rn. 29; *Zimmer*, Tarifeinheit – Tarifpluralität in Europa, 2011, S. 16.

⁵² *Schaub ArbR-HdB/Treber*, § 203 Rn. 2.

⁵³ ErfK/*Franzen*, § 4a TVG Rn. 30.

⁵⁴ BAG, v. 20.04.2005 – 4 AZR 288/04 – AP § 4 Nachwirkung Nr. 43.

⁵⁵ BAG, v. 20.04.2005 – 4 AZR 288/04 – AP § 4 Nachwirkung Nr. 43; *Schaub ArbR-HdB/Treber*, § 203 Rn. 4; *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Maschmann*, § 2 BetrVG Rn. 25; *MAH ArbR/Hamacher/Reufels*, § 71 Rn. 184; *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 328; *Lautenschläger*, Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach dem Employment Relations Act 1999, 2009, S. 27; *Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 55, 56; *Semler*, Auswirkungen der Tarifpluralität auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, 2013, S. 24, 25.

tung für ein Arbeitsverhältnis beanspruchen. Die Geltung eines Tarifvertrags setzt nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG ausdrücklich die beiderseitige Tarifgebundenheit voraus.⁵⁷

Die einseitige mehrfache Tarifbindung des Arbeitgebers ist jedoch für die Entstehung der Tarifkonkurrenz möglich, wenn die konkurrierenden Tarifverträge betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen nach § 3 Abs. 2 TVG regeln.⁵⁸ Die Tarifkonkurrenz erfasst in einem solchen Fall nicht nur ein einziges Arbeitsverhältnis, sondern alle Arbeitsverhältnisse im Betrieb, weil die betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG für alle Arbeitnehmer im Betrieb gelten.⁵⁹ Es entsteht somit die sog. „betriebsweite Tarifkonkurrenz“.⁶⁰

Um den Begriff der Tarifkonkurrenz weiterhin abzugrenzen, ist es erforderlich, die Fallgruppen zu identifizieren, in denen eine Tarifkonkurrenz entsteht. Tarifkonkurrenz kann sowohl auf der Arbeitgeberseite als auch auf der Arbeitnehmerseite eintreten.

Auf Arbeitgeberseite tritt Tarifkonkurrenz dann ein, wenn der Arbeitgeber und der Arbeitgeberverband, dem der Arbeitgeber angehört, mehrere Tarifverträge mit derselben Gewerkschaft abgeschlossen haben oder wenn der Arbeitgeber Mitglied in mehreren Arbeitgeberverbänden ist, die mit derselben Gewerkschaft mehrere Tarifverträge abgeschlossen haben.⁶¹ Auch ein Verbandswechsel könnte zur Tarifkonkurrenz führen und zwar dadurch, dass der Arbeitgeber sowohl an den alten Tarifvertrag gem. § 3 Abs. 3 TVG als auch an den neuen Tarifvertrag gem. § 3 Abs. 1 TVG gebunden ist.⁶² Weiterhin entsteht eine Tarifkonkurrenz, wenn der Arbeitgeber an einen Tarifvertrag nach § 3 Abs. 3 TVG und gleichzeitig an einen anderen Tarifvertrag kraft Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 Abs. 4 TVG gebunden ist.⁶³

⁵⁶ BAG, v. 14.10.1987 - 4 AZR 342/87, BeckRS 9998, 180121; LAG Hessen, v. 30.06.1989 – 15 Sa 1566/88ArbG, BeckRS 1989, 30888213; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 97.

⁵⁷ *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 97, 98.

⁵⁸ *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 96; *Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 59; *Semler*, Auswirkungen der Tarifpluralität auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, 2013, S. 25.

⁵⁹ *Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 59.

⁶⁰ *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 100; *Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 59; *Semler*, Auswirkungen der Tarifpluralität auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, 2013, S. 25.

⁶¹ BeckOK ArbR/*Giesen*, § 4 TVG Rn. 15.

⁶² ErfK/*Franzen*, § 4a TVG Rn. 29; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 37, 38.

⁶³ *Zimmer*, Tarifeinheit – Tarifpluralität in Europa, 2011, S. 16.

Auf Arbeitnehmerseite könnte es im Falle der Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in mehreren Gewerkschaften zu Tarifkonkurrenz kommen, wenn die Gewerkschaften mehrere Tarifverträge für das Arbeitsverhältnis abgeschlossen haben.⁶⁴

3. Tarifpluralität

Von Tarifpluralität spricht man, „wenn der Betrieb des Arbeitgebers vom Geltungsbereich zweier von verschiedenen Gewerkschaften geschlossenen Tarifverträge für Arbeitsverhältnisse derselben Art erfasst wird, an die der Arbeitgeber gebunden ist, während für den jeweiligen Arbeitnehmer je nach Tarifgebundenheit nur einer der beiden Tarifverträge Anwendung findet“.⁶⁵ Die Tarifpluralität beruht somit auf der doppelten Tarifgebundenheit des Arbeitgebers.⁶⁶ In Bezug auf die Arbeitnehmerseite ist es aber strittig, ob der Arbeitnehmer tarifgebunden oder doppeltarifgebunden sein muss.

Eine Auffassung geht davon aus, dass der Arbeitnehmer nur an einen der konkurrierenden Tarifverträge gebunden sein muss, weil die konkurrierenden Tarifverträge im Falle der Tarifpluralität nicht gleichzeitig auf das einzelne Arbeitsverhältnis Anwendung finden dürfen.⁶⁷ Dieser Auffassung ist zu folgen, denn: „In Fällen der Tarifpluralität besteht keine Tarifkonkurrenz, da beide Parteien des Arbeitsvertrags gemeinsam nur an einen Tarifvertrag gebunden sind. Die Tarifpluralität ist im eigentlichen Sinn kein Fall der Normenkollision. Sie kann allenfalls als betriebsbezogene Normenkollision bezeichnet werden“.⁶⁸

Eine andere Auffassung nimmt jedoch an, dass der Arbeitnehmer an beide konkurrierende Tarifverträge gebunden sein muss.⁶⁹ Diese Auffassung setzt für das Vorliegen der Tarifpluralität nicht voraus, dass keine Tarifkonkurrenz besteht.⁷⁰ Der Wortlaut der Pluralität bestätigt dies, denn die

⁶⁴ BeckOK ArbR/Giesen, § 4 TVG Rn. 15; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 38.

⁶⁵ BAG, v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA, 2010, 1068, 1070.

⁶⁶ *Reichold*, RdA 2007, 321, 324.

⁶⁷ BAG, v. 22.10.2008 – 4 AZR 784/07, NZA 2009, 151, 153, 154; BAG, v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068, 1070; MAH ArbR/Hamacher/Reufels, § 71 Rn. 190; *Müller*, NZA 1989, 449, 450; *Lautenschläger*, Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach dem Employment Relations Act 1999, 2009, S. 26; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 39; *Weber*, Tarifentwicklungen nach einem Betriebsübergang, 2019, S. 76.

⁶⁸ MAH ArbR/Hamacher/Reufels, § 71 Rn. 190.

⁶⁹ *Jacobs*, NZA 2008, 325; *Reichold*, RdA 2007, 321, 324; *Bürger*, Das Kollisionsverhältnis von Fachtarifvertrag und Branchentarifvertrag, 2005, S. 91; *Semler*, Auswirkungen der Tarifpluralität auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, 2013, S. 27.

⁷⁰ *Bürger*, Das Kollisionsverhältnis von Fachtarifvertrag und Branchentarifvertrag, 2005, S. 91.

Pluralität bedeutet nur, dass mehrere Tarifverträge nebeneinander gelten. Das liegt sowohl bei Tarifpluralität als auch bei Tarifkonkurrenz vor.⁷¹ Eine Tarifpluralität kann daher dann vorliegen, wenn sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber, doppeltarifgebunden sind. *Schmidt* vertritt eine vermittelnde Auffassung, nach der für die Definition der Tarifpluralität maßgeblich ist, dass der Arbeitnehmer entweder an einen der konkurrierenden Tarifverträge oder an beide gebunden ist. Tarifpluralität auf Arbeitnehmerseite tritt somit dann ein, wenn der Arbeitnehmer entweder an einen der konkurrierenden Tarifverträge oder an beide gebunden ist. Denn es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sich Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz gegenseitig ausschließen.⁷²

Nach einer anderen Auffassung genügt für das Vorliegen der Tarifpluralität die Möglichkeit, „dass ein der tarifschließenden Gewerkschaft angehörender Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt ist bzw. beschäftigt werden könnte“.⁷³ Eine tatsächliche Tarifbindung des Arbeitnehmers muss also nicht bestehen, vielmehr ist die bloße Möglichkeit ist ausreichend. *Lautenschläger* hat diese Auffassung kritisiert, weil sie die Tarifpluralität durch Verzicht auf die Tarifgebundenheit von Arbeitnehmern erweitert.⁷⁴ Nach Ansicht von *Lautenschläger* und *Jacobs* greift die Tarifpluralität grundsätzlich infolge der Geltung mehrerer Tarifverträge im Betrieb ein. Die normative Geltung eines Tarifvertrags setzt jedoch gem. § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG voraus, dass der Arbeitnehmer an den Tarifvertrag gebunden ist.⁷⁵ Zudem ist die Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers zwar nicht für die betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG, jedoch für die Inhaltsnormen des Tarifvertrags erforderlich. Daraus ergibt sich, dass das TVG zwischen Individual- und Kollektivnormen unterscheidet, während die vorbenannte Auffassung eine solche Unterscheidung nicht vornimmt.⁷⁶

Außerhalb der doppelten Tarifgebundenheit des Arbeitgebers setzt die Tarifpluralität voraus, dass sich die Geltungsbereiche der geltenden Tarifverträge überschneiden. Ist das nicht der Fall, kommen die Tarifverträge nebeneinander zur Anwendung. Beispielsweise entsteht bei der Gel-

⁷¹ *Semler*, Auswirkungen der Tarifpluralität auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, 2013, S. 27.

⁷² *Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 58.

⁷³ BAG, v. 04.12.2002 – 10 AZR 113/02, RdA 2003, 375, 377.

⁷⁴ *Lautenschläger*, Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach dem Employment Relations Act 1999, 2009, S. 27.

⁷⁵ *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 100; *Lautenschläger*, Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach dem Employment Relations Act 1999, 2009, S. 27.

⁷⁶ *Lautenschläger*, Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach dem Employment Relations Act 1999, 2009, S. 27.

tung von Tarifverträgen von „Ver.di“ und der Vereinigung „Cockpit“ keine Tarifpluralität, weil sich die persönlichen Geltungsbereiche dieser Tarifverträge nicht überschneiden.⁷⁷

Unter gewillkürter Tarifpluralität versteht man, dass der Arbeitgeber sich an mehrere Tarifverträge in seinem Betrieb binden will. Der Arbeitgeber akzeptiert also die Entstehung der Tarifpluralität freiwillig.⁷⁸

Eine solche Art von Tarifpluralität kann eintreten, wenn der Arbeitgeber Mitglied in mehreren Arbeitgeberverbänden ist und die Arbeitgeberverbände mehrere Tarifverträge mit unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen haben oder wenn der Arbeitgeber Mitglied in einem Verband ist und dieser Verband mehrere Tarifverträge mit unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen hat. Weiterhin entsteht die Tarifpluralität, wenn der Arbeitgeber an einen Firmen- oder Verbandstarifvertrag gebunden ist und gleichzeitig mit einer anderen Gewerkschaft einen anderen Tarifvertrag abgeschlossen hat.⁷⁹ Zur einer Tarifpluralität könnte es im Falle des Verbandswechsels kommen. Der Arbeitgeber ist aufgrund seiner alten Verbandsmitgliedschaft an den alten Tarifvertrag nach § 3 Abs. 3 TVG gebunden, weil die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach seinem Austritt aus dem Arbeitgeberverband bis zum Auslauf oder bis zur Kündigung des Tarifvertrags bestehen bleibt und weil er gleichzeitig kraft seiner neuen Verbandsmitgliedschaft an den neuen Tarifvertrag nach § 4 Abs. 1, 3 Abs.1 TVG gebunden ist.⁸⁰

Im Gegensatz zur gewillkürten Tarifpluralität ist der Arbeitgeber für diese Art der Tarifpluralität nicht verantwortlich. Sie liegt vor, wenn der Arbeitgeber an einen autonomen Tarifvertrag und an einen anderen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gebunden ist.⁸¹

4. Abgrenzung der Tarifpluralität von der Tarifkonkurrenz

Tarifpluralität unterscheidet sich von Tarifkonkurrenz in zwei zentralen Aspekten, nämlich dem Kollisionsbereich der konkurrierenden Tarifverträge und der Tarifgebundenheit an die konkurrierenden Tarifverträge.

Kollisionsbereich der konkurrierenden Tarifverträge bei Tarifpluralität ist der Betrieb bzw. sind die Arbeitsverhältnisse, die im Betrieb gelten.⁸² Bei der Tarifkonkurrenz hingegen findet die Kol-

⁷⁷ Schaub ArbR-HdB/Treber, § 203 Rn. 3.

⁷⁸ Bayreuther, NZA 2007, 187, 188.

⁷⁹ Bayreuther, NZA 2007, 187, 188.

⁸⁰ Lautenschläger, Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach dem Employment Relations Act 1999, 2009, S. 29.

⁸¹ Bayreuther, NZA 2007, 187, 189.

lision von Tarifverträgen innerhalb desselben Arbeitsverhältnisses statt. Unstreitig ist, dass die Tarifkonkurrenz auflösungsbedürftig ist, weil auf dasselbe Arbeitsverhältnis keine zwiespältigen Normen angewendet werden dürfen.⁸³

Für die Tarifpluralität genügt, dass der Arbeitgeber an die konkurrierenden Tarifverträge gebunden ist. Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber selbst Partei des Tarifvertrags oder Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband ist.⁸⁴ Für die Tarifkonkurrenz ist jedoch die einseitige Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nicht ausreichend; sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer müssen an den Tarifvertrag gebunden sein, damit eine Tarifkonkurrenz vorliegt.⁸⁵

Hier ist zu beobachten, dass die Tarifpluralität nicht zur Tarifkonkurrenz führt, weil die Arbeitsvertragsparteien zusammen nur an einen Tarifvertrag gebunden sind. Die Tarifpluralität stellt i. d. S. keine Normenkollision dar, sondern nur eine betriebsbezogene Normenkollision.⁸⁶

Da der Verbandswechsel sowohl zu Tarifpluralität als auch zu Tarifkonkurrenz führt, muss man zwischen beiden Konstellationen unterscheiden.

Der Verbandswechsel führt zur einer Tarifpluralität, wenn die Arbeitnehmer ihre Gewerkschaft nicht gewechselt haben. Mit anderen Worten: Die Arbeitnehmer bleiben einzig an den alten Tarifvertrag gebunden, während der Arbeitgeber an den alten und den neuen Tarifvertrag gebunden bleibt.⁸⁷ Die doppelte Tarifgebundenheit an die konkurrierenden Tarifverträge besteht somit auf der Arbeitgeberseite.

Der Verbandswechsel führt zur Tarifkonkurrenz, wenn die Arbeitnehmer zu einer anderen Gewerkschaft gewechselt sind, die mit dem neuen Arbeitgeberverband den neuen Tarifvertrag abgeschlossen hat. Das heißt, dass in diesem Fall sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer, an den alten und den neuen Tarifvertrag gebunden sind.⁸⁸

⁸² Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Maschmann, § 2 BetrVG Rn. 26.

⁸³ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Forst, § 117 BetrVG Rn. 26.

⁸⁴ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Maschmann, § 2 BetrVG Rn. 26.

⁸⁵ Schaub ArbR-HdB/Treber, § 203 Rn. 4.

⁸⁶ MAH ArbR/Hamacher/Reufels, § 71 Rn. 190.

⁸⁷ Hromadka/Maschmann/Wallner, Der Tarifwechsel, 1996, S. 166, 168.

⁸⁸ Hromadka/Maschmann/Wallner, Der Tarifwechsel, 1996, S. 167, 168.

II. Tatbestände des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG

1. Bindung des Arbeitgebers an mehrere Tarifverträge nach § 3 TVG

Die erste Voraussetzung für die Anwendung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist, dass der Arbeitgeber an mehrere Tarifverträge gebunden ist. Der Gesetzgeber setzt zudem ausdrücklich eine bestimmte Art von Tarifgebundenheit des Arbeitgebers voraus. Er muss an die Tarifverträge nur nach § 3 TVG gebunden sein. Nach § 3 Abs. 1 TVG ist der Arbeitgeber tarifgebunden, wenn er Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbands ist oder wenn er selbst den Firmentarifvertrag abschließt. Die Tarifbindung des Arbeitgebers bleibt nach § 3 Abs. 3 TVG bestehen, bis der Tarifvertrag endet. Das heißt, dass die Verdrängung der Minderheitstarifverträge nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG auch im Falle der Nachbindung erfolgen kann.

Die Auflösung einer Tarifikollision nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist nur dann möglich, wenn der Arbeitgeber gem. § 3 TVG autonom an die konkurrierenden Tarifverträge gebunden ist. Daraus ergibt sich, dass in den folgenden Fällen die Verdrängung des Minderheitstarifvertrags gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht gegeben ist:

- **Allgemeinverbindlichkeit:** Wenn der Arbeitgeber an einen Tarifvertrag nach § 3 TVG und an einen anderen Tarifvertrag wegen der Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 Abs. 4 TVG gebunden ist, ist die Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ausgeschlossen, es sei denn, die Tarifikollision wird ohne das Eingreifen von Allgemeinverbindlichkeit eintreten. Dies trifft zu, wenn der Arbeitgeber sowohl aufgrund seiner Mitgliedschaft nach § 3 Abs. 1 TVG als auch aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 Abs. 4 TVG an einen Verbandstarifvertrag gebunden ist.⁸⁹
- **Vertragliche Bezugnahmeklauseln:** Eine Tarifikollision i. S. d. § 4a Abs. 2 S. 1 TVG kann nicht entstehen, wenn der Arbeitgeber an einen Tarifvertrag nach § 3 TVG und an einen anderen Tarifvertrag infolge einer Bezugnahmeklausel gebunden ist, weil Bezugnahmeklauseln keine Tarifbindung nach § 3 TVG begründen.⁹⁰ Sie begründen sogar gar

⁸⁹ ErfK/Franzen, § 4a TVG Rn. 5.

⁹⁰ MHD B ArbR/Klumpp, § 256 Rn. 36; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 68.

keine Tarifbindung.⁹¹ Eine derartige Tarifikollision kann nur durch das Günstigkeitsprinzip gem. § 4 Abs. 3 TVG aufgelöst werden.⁹²

- **Betriebsübergang:** Eine Tarifikollision, die nach dem Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 1 S. 2 BGB entsteht, kann auch nicht nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG aufgelöst werden, da der Betriebserwerber nicht an den Tarifvertrag nach § 3 TVG gebunden ist.⁹³ Die Tarifbindung des Arbeitgebers gem. § 4a Abs. 2 S. 1 TVG ist aber vorhanden, sofern man dem Sukzessionsmodell folgt.⁹⁴ Dieses Modell geht nämlich davon aus, dass die kollektivrechtliche Tarifbindung des Betriebsveräußerers nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB auf den Betriebserwerber übergehen soll.⁹⁵
- **Nachwirkung:** Die Tarifikollision nach § 4a Abs. 2 S. 1 TVG scheitert, wenn einer der konkurrierenden Tarifverträge nur gem. § 4 Abs. 5 TVG nachwirkt.⁹⁶ Grund dafür ist, dass die Nachwirkung nicht unter die Tarifbindung des Arbeitgebers nach § 3 TVG fällt,⁹⁷ weil diese Bindung nur die aktuellen und laufenden Tarifverträge betrifft.⁹⁸

Die autonome Tarifgebundenheit nach § 3 TVG wird damit begründet, dass das TEG die Entstehung der Tarifpluralität nicht verhindern und die Gestaltungsmöglichkeiten der Tarifpartner nicht beschränken soll. Der Grundsatz der Tarifeinheit hat nur subsidiäre Funktion. Somit kommt es nur zur Anwendung, wenn die autonome Vereinbarung zwischen den Gewerkschaften fehlt.⁹⁹

2. Abschluss der Tarifverträge von unterschiedlichen Gewerkschaften

§ 4a Abs. 2 S. 1 TVG setzt weiterhin voraus, dass die konkurrierenden Tarifverträge von unterschiedlichen Gewerkschaften abgeschlossen wurden. Wurden die Tarifverträge von derselben Gewerkschaft abgeschlossen, liegt keine Tarifikollision i. S. d. § 4a Abs. 2 S. 1 TVG vor, sondern

⁹¹ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 68.

⁹² Hromadka/Maschmann/Hromadka/Maschmann, § 13 Tarifvertragsrecht Rn. 272d; Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 45.

⁹³ MHdB ArbR/Klump, § 256 Rn. 36.

⁹⁴ ErfK/Franzen, § 4a TVG Rn. 5; MHdB ArbR/Klump, § 256 Rn. 36.

⁹⁵ ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 112.

⁹⁶ MHdB ArbR/Klump, § 256 Rn. 33; Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 45.

⁹⁷ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 60; Bienstein, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 66.

⁹⁸ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 60.

⁹⁹ BT-Drucks. 18/4062, S. 12.

nur eine Tarifkonkurrenz, die nach dem Sachnähe- und Spezialitätsprinzip aufgelöst werden soll.¹⁰⁰

Es stellt sich nun die Frage, was unter dem Begriff „unterschiedliche Gewerkschaften“ zu verstehen ist. „Unterschiedliche Gewerkschaften“ bedeutet, dass auf Arbeitnehmerseite keine identische Tarifpartei vorliegt.¹⁰¹ In diesem Zusammenhang ist es problematisch, ob die Spitzenorganisation und die Gewerkschaft als eine identische Tarifpartei angesehen werden können oder nicht. Dazu muss man entscheiden, ob die Spitzenorganisation die Tarifverträge nach § 2 Abs. 2 TVG als Vertreterin der Gewerkschaft oder nach § 2 Abs. 3 TVG als Tarifpartei abschließt.

§ 2 Abs. 2 TVG setzt für die Wirksamkeit der von der Spitzenorganisation abgeschlossenen Tarifverträge nur voraus, dass eine Vollmacht vorliegt. Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Spitzenorganisation sind nicht erforderlich, da diese Voraussetzungen nur von dem Vertretenen gefordert werden.¹⁰² Die Spitzenorganisation auf Arbeitnehmerseite hat bei dieser Situation zwar ihren eigenen rechtlichen Charakter, jedoch beruft sie sich mit der Gewerkschaft auf dieselbe mitgliedschaftliche Legitimation.¹⁰³ Zudem sprechen die allgemeinen Prinzipien der Vertretung nach § 164 Abs. 1 BGB dafür, dass die Spitzenorganisation und die Gewerkschaft als eine einzige Tarifpartei gelten, da die Handlung der Spitzenorganisation der Gewerkschaft zuzurechnen ist. Das hat zur Folge, dass hier keine Kollision i. S. d. § 4a Abs. 2 S. 1 TVG vorliegt, sondern nur eine Tarifkonkurrenz.¹⁰⁴

Anders ist es, wenn die Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG selbst Partei des Tarifvertrags ist. Die Spitzenorganisation muss hier – im Gegensatz zu § 2 Abs. 2 TVG – tariffähig und tarifzuständig sein.¹⁰⁵ Die Tarifkollision, die sich aus der Kollision eines Spitzentarifvertrags mit einem gewerkschaftlichen Tarifvertrag ergibt, soll deswegen nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG aufgelöst werden.¹⁰⁶ Vielmehr liegt eine Tarifkollision i. S. d. § 4a Abs. 2 S. 1 TVG bei Kollision zweier Spitzentarifverträge dann vor, wenn sie tariffähig und tarifzuständig sind.¹⁰⁷

Nicht nur die Spitzenorganisation und die Gewerkschaft können als identische Tarifparteien auftreten, sondern auch Gewerkschaften, die die Tarifverträge für ihre Mitglieder gemeinsam in ei-

¹⁰⁰ ErfK/Franzen, § 4a TVG Rn. 4; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 71.

¹⁰¹ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 71.

¹⁰² Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 2 TVG Rn. 398.

¹⁰³ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 71.

¹⁰⁴ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 71.

¹⁰⁵ Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 50.

¹⁰⁶ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 71; Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 50.

ner Tarifgemeinschaft verhandeln.¹⁰⁸ Voraussetzung dafür ist, dass die abgeschlossenen Tarifverträge identisch sind. Ist der Tarifvertrag einer Gewerkschaft nicht identisch, spricht man nicht von derselben Gewerkschaft, sondern von unterschiedlichen Gewerkschaften.¹⁰⁹ Die Behandlung der Gewerkschaften in der Tarifgemeinschaft als identische Tarifpartei führt zum Ergebnis, dass bei der Feststellung des Mehrheitstarifvertrags die Zahl der Mitglieder dieser Gewerkschaften zusammengezählt werden muss.¹¹⁰

Die Anwendung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist bei Konflikten zwischen den DGB-Gewerkschaften nicht erforderlich, da diese Konflikte nicht als Tarifikollisionen betrachtet werden können. Dies ergibt sich aus der amtlichen Begründung des Tarifeinheitsgesetzes:¹¹¹

„Das Gesetz berührt nicht das Recht der Gewerkschaften, ihre Zuständigkeiten wechselseitig abzustimmen und Tarifverträge jeweils für verschiedene Arbeitnehmergruppen abzuschließen. In diesen Fällen fehlt es bereits an einer Tarifikollision, die der Auflösung nach Satz 2 bedarf“.

Diese Konflikte erfordern einen Schiedsspruch oder ein Einvernehmen. Jedoch muss die Tarifikollision nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG aufgelöst werden, bis das DGB-Schiedsgericht eine Entscheidung trifft oder ein Einvernehmen vorliegt.¹¹² Die DGB-Gewerkschaften treten in diesem Zeitraum nicht als identische Tarifpartei, sondern als verschiedene Tarifparteien auf Arbeitnehmerseite auf.¹¹³ Dies liegt daran, dass die Vereinbarung zwischen den DGB-Gewerkschaften nicht dazu führt, dass identische Tarifverträge abgeschlossen werden, sondern diese Vereinbarung vielmehr dazu dient, die Tarifzuständigkeit gegeneinander abzugrenzen, um organisatorische Konflikte zu vermeiden.¹¹⁴

3. Überschneidungsbereich der Tarifverträge

Nach der amtlichen Begründung des Tarifeinheitsgesetzes liegt eine Tarifikollision nur dann vor, wenn sich die Anwendungsbereiche der Tarifverträge jeweils in zeitlicher, räumlicher, sachlicher

¹⁰⁷ Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 50.

¹⁰⁸ BT-Drucks. 18/4062, S. 9; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 72.

¹⁰⁹ Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 52.

¹¹⁰ BT-Drucks. 18/4062, S. 13; MAH ArbR/Hamacher/Reufels, § 71 Rn. 203; Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 52, 95.

¹¹¹ BT-Drucks. 18/4062, S. 12.

¹¹² ErfK/Franzen, § 2 TVG Rn. 35; Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 54.

¹¹³ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 73.

¹¹⁴ ErfK/Franzen, § 2 TVG Rn. 35.

und persönlicher Hinsicht überschneiden.¹¹⁵ Der Geltungsbereich eines Tarifvertrags kann grundsätzlich aus dem Vertrag selbst bestimmt werden. Ist das nicht der Fall, kann der Geltungsbereich durch Auslegung ermittelt werden.¹¹⁶

Zu Erfüllung dieser Voraussetzung ist es jedoch nicht erforderlich, dass die Tarifverträge im Betrieb tatsächlich gelten. Es reicht lediglich die Möglichkeit aus, dass die Tarifverträge im Betrieb „gelten können“, da der Gesetzgeber § 4a TVG alleine auf die Tarifbindung des Arbeitgebers nach § 3 TVG abstellt.¹¹⁷

Der Überschneidungsbereich der Tarifverträge stimmt mit der Absicht des Gesetzgebers überein, dass das Tarifeinheitsgesetz nur eine subsidiäre Funktion haben soll. Der Grundsatz der Tarifeinheit soll nur dann angewendet werden, wenn die Tarifparteien die Tarifikollision autonom nicht vermeiden konnten.¹¹⁸ Diese Voraussetzung schließt eine Tarifikollision i. S. d. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG aus, wenn die Arbeitnehmer in Gewerkschaften nach Berufsgruppen organisiert sind, weil die Überschneidung bei diesen Tarifverträgen unmöglich ist.¹¹⁹

4. Nicht inhaltsgleiche Tarifverträge

Damit Tarifverträge nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidieren, muss der Inhalt der Tarifverträge nicht gleich sein. Das ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG. In diesem Zusammenhang stellt sich aber die Frage, was unter „Nicht-Inhaltsgleichheit“ zu verstehen ist.

Nicht-Inhaltsgleichheit bedeutet, dass die Tarifverträge keine exakten Gegenstände regeln.¹²⁰ Die Tarifverträge müssen also nicht identisch sein,¹²¹ z.B. die Anschlusstarifverträge und die anderen Tarifverträge, die gemeinsam in einer Tarifgemeinschaft ausgehandelt wurden.¹²² Daraus ergibt sich, dass jede inhaltliche Abweichung oder jede Nichtregelung zur Nicht-Inhaltsgleichheit

¹¹⁵ BT-Drucks. 18/4062, S. 13; ErfK/*Franzen*, § 4a TVG Rn. 6, 7; Schaub ArbR-HdB/*Treber*, § 203 Rn. 16; Göbel, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 60.

¹¹⁶ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 68.

¹¹⁷ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 68.

¹¹⁸ BT-Drucks. 18/4062, S. 9; ErfK/*Franzen*, § 4a TVG Rn. 6.

¹¹⁹ Schaub ArbR-HdB/*Treber*, § 203 Rn. 16; Göbel, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 60.

¹²⁰ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 134.

¹²¹ Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 47; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 70.

¹²² Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 133; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 70.

führt,¹²³ z. B. dann, wenn die Tarifverträge dieselben Gegenstände regeln, jedoch auf unterschiedliche Weisen oder wenn die Tarifverträge unterschiedliche Gegenstände regeln.¹²⁴ Die Ermittlung der Nicht-Inhaltsgleichheit kann entweder durch den Wortlaut oder durch die Auslegung des Tarifvertrags erfolgen.¹²⁵

Für das Vorliegen der Nicht-Inhaltsgleichheit der Tarifverträge i. S. d. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist es aber umstritten, ob die kollidierenden Tarifverträge widersprüchliche Regelungen enthalten müssen oder ob es ausreichend ist, dass die kollidierenden Tarifverträge nicht gleichzeitig dieselben Gegenstände regeln.

Die h. M. geht davon aus, dass die Verdrängung der Minderheitstarifverträge nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Überschneidung der Regelungsgegenstände nicht voraussetzt. Es genügt, dass die Tarifverträge nicht dieselben Gegenstände regeln, damit die Tarifverträge nicht inhaltsgleich sind.¹²⁶ Dies wurde damit begründet, dass die Regelungsgegenstände der Tarifverträge sich nicht decken müssen. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG findet auch Anwendung, wenn die Tarifverträge unterschiedliche Regelungen enthalten, falls die Tarifvertragsparteien des Mehrheitstarifvertrags nicht bereit sind, ihre Regelungen durch andere Tarifverträge anzupassen.¹²⁷ Damit berücksichtigt das Gesetz den Gedanken, „dass Gewerkschaften durch den Abschluss von Tarifverträgen eine ganzheitliche Vertretung der Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bezwecken und einzelne, nicht ausdrücklich erfasste Regelungsgegenstände nicht der Regelungskompetenz konkurrierender Gewerkschaften überlassen wollen“.¹²⁸ Entscheidend ist also die Überschneidung von Geltungsbereichen der Tarifverträge und nicht die Überschneidung der Regelungsgegenstände.¹²⁹

Die Gegenauffassung spricht sich dafür aus, dass die Verdrängung der Minderheitstarifverträge nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Überschneidung der Regelungsgegenstände erfordert. Diese Auffassung beruft sich auf das Urteil des BVerfG vom 11.07.2017¹³⁰, insbesondere auf die folgende Aussage: „Eine Verdrängung findet also ihre Grenze, soweit subjektiv aus Sicht der Mehrheits-

¹²³ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 134; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 70, 71.

¹²⁴ Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 47.

¹²⁵ Wiedemann Tarifvertragsgesetz/Jacobs, § 4a TVG Rn. 143.

¹²⁶ ErfK/Franzen, § 4a TVG Rn. 12; BeckOK ArbR/Giesen, § 4a TVG Rn.17; MHdB ArbR/Klump, § 256 Rn. 41; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 209; *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1, 7; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 70.

¹²⁷ BT-Drucks. 18/4062, S. 13.

¹²⁸ BT-Drucks. 18/4062, S. 13.

¹²⁹ MHdB ArbR/Klump, § 256 Rn. 41.

¹³⁰ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71.

gewerkschaft oder aus einer objektivierten Perspektive neben dem anwendbaren Tarifvertrag weitere inhaltliche Regelungen anwendbar bleiben sollen. Das ist der Fall, wenn Tarifleistungen nicht erkennbar untereinander verknüpft sind, weil sie zu ganz verschiedenen Regelungskomplexen gehören“.¹³¹

Göbel ist der Meinung, dass die Veränderung der Minderheitstarifverträge nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Überschneidung der Regelungsgegenstände voraussetzt.¹³² Er argumentiert, dass das BVerfG die Verdrängungswirkung von der Überschneidung des Inhalts der Tarifverträge abhängig machte, indem es für möglich hält, dass die Tarifregelungen weiter bestehen können, wenn sie untereinander nicht verknüpft sind. Auch *Rieble* spricht sich dafür aus, dass das BVerfG in seinem Urteil konkludent auf die Verdrängungswirkung verzichtet hat, wenn die Regelungsgegenstände sich nicht überschneiden.¹³³ Nach *von Steinau-Steinrück* und *Gooren* ist diese Aussage so zu verstehen, dass die Verdrängung sich auf die widersprüchlichen Regelungen beschränkt. Die übrigen Regelungen sollen bestehen bleiben.¹³⁴

Der ersten Auffassung ist beizupflichten, weil weder der Wortlaut des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG noch die Gesetzesbegründung von einer Überschneidung der Regelungsgegenstände sprechen. Darüber hinaus spielt das Urteil deutlich darauf an, dass die Verdrängung der Minderheitstarifverträge nicht die inhaltliche Überschneidung voraussetzt: „Das zeigt schon der Vergleich mit § 4a III TVG, der eine inhaltliche Überschneidung fordert, und mit § 4a IV 2 TVG, der eine Überschneidung von Geltungsbereichen und Rechtsnormen voraussetzt, wohingegen in § 4a II 2 TVG nur von der Überschneidung im „Geltungsbereich“ die Rede ist“.¹³⁵ Es ist nicht möglich, diese eindeutige Aussage zu ignorieren und sich stattdessen auf die Auslegung einer anderen Aussage zu berufen. Ein weiteres Argument ist, dass der Gesetzgeber in § 4a Abs. 3 TVG für die Verdrängung der Rechtsnormen eines Minderheitstarifvertrags über betriebsverfassungsrechtliche Fragen voraussetzt, dass diese Fragen durch den Mehrheitstarifvertrag geregelt sind. Mit anderen Worten: Die Verdrängung der Minderheitstarifverträge über betriebsverfassungsrechtliche Fragen setzt die Überschneidung des Inhalts des Mehrheitstarifvertrags mit dem Inhalt des Minderheitstarifvertrags voraus. Diese Sonderregelung wäre aber ohne Bedeutung, wenn § 4a Abs. 2 S. 2

¹³¹ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 135.

¹³² *Göbel*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 65, 66.

¹³³ *Rieble*, NZA 2017, 1157, 1158.

¹³⁴ *von Steinau-Steinrück/Gooren*, NZA 2017, 1149 1153.

¹³⁵ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 133, 134.

TVG die Überschneidung der Regelungsgegenstände erfordern würde.¹³⁶ Weiterhin fordert § 4a Abs. 4 S. 2 TVG für die Entstehung des Nachzeichnungsrechts der Minderheitsgewerkschaft, dass sich die Geltungsbereiche und Rechtsnormen der Tarifverträge überschneiden. Anders als § 4a Abs. 2 S. 2 TVG geht der Gesetzgeber hier auf die Überschneidung der Rechtsnormen der Tarifverträge ein. Das heißt, dass die inhaltliche Überschneidung nicht als Voraussetzung für die Verdrängung der Minderheitstarifverträge, sondern als Voraussetzung für die Begründung eines Nachzeichnungsrechts angesehen wird.¹³⁷

Es gab Versuche, den Begriff „Geltungsbereich“ in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG anders auszulegen, um die Minderheitstarifverträge nur bei inhaltlicher Überschneidung zu verdrängen. *Göbel* ist der Meinung, dass sich der Wortsinn des Begriffs „Geltungsbereich“ auf die Rechtsnormen ausdehnen könnte.¹³⁸ Eine solche Auslegung ist jedoch skeptisch zu betrachten, da der Gesetzgeber in § 4a Abs. 4 TVG die beiden Begriffe klar voneinander abgrenzt und somit keinen Spielraum für eine andere Interpretation lässt.

5. Berücksichtigung von Interessen der Mitglieder von Minderheitsgewerkschaften

Infolge der Vorgaben des BVerfG hat der Gesetzgeber einen zweiten Halbsatz in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG eingefügt.¹³⁹ Nach diesem neuen Halbsatz ist die Unanwendbarkeit der Minderheitstarifverträge davon abhängig, dass „beim Zustandekommen des Mehrheitstarifvertrags die Interessen von Arbeitnehmergruppen, die auch von dem nach dem ersten Halbsatz nicht anzuwendenden Tarifvertrag erfasst werden“, ernsthaft und wirksam berücksichtigt wurden. Dies ist aber nicht so zu verstehen, dass die Interessen von einzelnen Arbeitnehmern oder von Teilgruppen berücksichtigt werden müssen, sondern nur die Interessen derjenigen Gesamtgruppe, zu der der Arbeitnehmer gehört.¹⁴⁰ Der zweite Halbsatz gilt als negative Voraussetzung für die Verdrängungswirkung, da er für die Verdrängungswirkung nicht positiv voraussetzt, dass die Interessen von Arbeitnehmergruppen ernsthaft und wirksam berücksichtigt werden müssen, sondern, dass sie nicht ernst-

¹³⁶ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 134, 135; *Göbel*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 66.

¹³⁷ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 134; *Göbel*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 66.

¹³⁸ *Göbel*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 67.

¹³⁹ *Göbel*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 60.

¹⁴⁰ BeckOK ArbR/*Giesen*, § 4a TVG Rn. 21c; *Giesen/Rixen*, NZA 2019, 577, 579.

haft und wirksam unberücksichtigt bleiben dürfen.¹⁴¹ Die Voraussetzung der Berücksichtigung der Interessen wurde damit begründet, dass der Mehrheitstarifvertrag in der Regel zum Ausgleich der Interessen aller Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die in seinen Geltungsbereich fallen, führen muss. Ist das nicht der Fall, soll der Minderheitstarifvertrag ausnahmsweise Anwendung finden.¹⁴²

Der Maßstab für die ernsthafte wirksame Interessenberücksichtigung der Arbeitnehmergruppen stellt nicht auf den Inhalt, sondern auf „das Zustandekommen“ des Mehrheitstarifvertrags ab.¹⁴³ Der Gesetzgeber wählt mithin einen prozeduralen Ansatz.¹⁴⁴ Die Ursache dafür ist, dass ein Abstellen auf den Inhalt des Mehrheitstarifvertrags mit der Angemessenheitskontrolle der Gerichte verbunden wäre und der Gesetzgeber – durch Abstellen auf das Zustandekommen des Mehrheitstarifvertrags – diese Angemessenheitskontrolle umgehen wollte.¹⁴⁵ Der Gesetzgeber weist zudem darauf hin, dass es keinen festen Maßstab gibt, der sicherstellt, dass die Interessen der Arbeitnehmergruppe ernsthaft und wirksam berücksichtigt wurden. Die Angemessenheitskontrolle soll deswegen auf die Tarifvertragsparteien zurückführen.¹⁴⁶

Zu Recht hat *Löwisch* § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 2 TVG kritisiert. Nach *Löwisch* hat § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 2 TVG die Anforderung des BVerfG nicht erfüllt, weil das Gericht ausdrückliche Vorkehrungen forderte, die sicherstellen, dass die Interessen von Arbeitnehmergruppen, die vom Minderheitstarifvertrag erfasst werden, im Mehrheitstarifvertrag ernsthaft und wirksam berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber überlässt diese Vorkehrungen den Parteien des Mehrheitstarifvertrags, während er diese selbst getroffen haben müsste.¹⁴⁷ Zudem haben die Berufsgruppen- und Branchengewerkschaften bei der Gesetzgebung an der öffentlichen Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales nicht teilgenommen. § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 2 TVG verstoße deswegen gegen das Grundgesetz.¹⁴⁸

¹⁴¹ *Löwisch*, RdA 2019, 169, 171; *Göbel*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 61.

¹⁴² BT-Drucks. 19/6146, S. 31; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 83.

¹⁴³ BT-Drucks. 19/6146, S. 31.

¹⁴⁴ BT-Drucks. 19/6146, S. 31.

¹⁴⁵ BT-Drucks. 19/6146, S. 31.

¹⁴⁶ BT-Drucks. 19/6146, S. 31; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 83.

¹⁴⁷ *Löwisch*, RdA 2019, 169, 171.

¹⁴⁸ *Löwisch*, RdA 2019, 169, 172.

Trotz fehlender Vorgaben dazu, wie die Tarifvertragsparteien beim Zustandekommen die Interessen der Arbeitnehmergruppen ernsthaft und wirksam berücksichtigen sollen, nannte der Gesetzgeber zumindest einige Fälle, in denen eine Interessenberücksichtigung stattfindet. Die Interessenberücksichtigung liegt dann vor, wenn die Minderheitsgewerkschaften sich an den Tarifverhandlungen des Mehrheitstarifvertrags beteiligt haben, oder wenn „die betreffende Arbeitnehmergruppe in für das Zustandekommen von Tarifverträgen zuständigen Gremien angemessen berücksichtigt ist“.¹⁴⁹

Die Nichtberücksichtigung der Interessen von Arbeitnehmergruppen führt nicht zur teilweisen Anwendung des Minderheitstarifvertrags, sondern zur Anwendung des gesamten Minderheitstarifvertrags,¹⁵⁰ denn „die Nichtanwendbarkeitsanordnung greift einheitlich für sämtliche Kollisionen zwischen dem betreffenden Mehrheitstarifvertrag und dem betreffenden Minderheitstarifvertrag“¹⁵¹. Darüber hinaus begründet die Nichtberücksichtigung der Interessen kein Nachzeichnungsrecht, weil nach § 4 a Abs. 4 S. 3 TVG die Rechtsnormen eines nachgezeichneten Tarifvertrags nur gelten, wenn der Minderheitstarifvertrag keine Anwendung findet.¹⁵²

6. Bekanntgabe der Tarifverhandlungen und das Anhörungsrecht

Nach § 4a Abs. 5 TVG ist der Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband verpflichtet, Tarifverhandlungen mit einer Gewerkschaft rechtzeitig und in geeigneter Weise bekanntzugeben und die Vorstellungen und Forderungen der tarifzuständigen Gewerkschaften anzuhören.

Zwar spricht weder der Wortlaut des § 4a Abs. 5 TVG noch die Gesetzesbegründung¹⁵³ für die Bekanntgabe von Tarifverhandlungen und das Anhörungsrecht als Voraussetzung für die Anwendung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG; diese Voraussetzung ergibt sich jedoch aus der Vorgabe des BVerfG, indem es den Eintritt der Verdrängungswirkung von der Erfüllung dieser Voraussetzungen abhängig gemacht hat: „Die angegriffenen Bestimmungen des § 4 a V TVG sind deshalb so auszulegen und anzuwenden, dass der Tatbestand einer nach § 4 a II 2 TVG verdrängenden Tarifkollision nur erfüllt ist, wenn die Pflichten zur Bekanntgabe von Tarifverhandlungen und zur Anhörung nicht verletzt worden sind“¹⁵⁴. Die Verletzung dieser Pflichten hat also zur Folge, dass

¹⁴⁹ BT-Drucks.19/6146, S. 31, 32.

¹⁵⁰ BeckOK ArbR/*Giesen*, § 4a TVG Rn. 21f; *Giesen/Rixen*, NZA 2019, 577, 579.

¹⁵¹ BeckOK ArbR/*Giesen*, § 4a TVG Rn. 21f.

¹⁵² *Löwisch*, RdA 2019, 169, 173.

¹⁵³ BT-Drucks. 18/4062, S. 15.

¹⁵⁴ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 140.

die Voraussetzungen des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht erfüllt sind und es somit nicht zur Verdrängung der Minderheitstarifverträge kommt.

III. Eintritt der Tarifikollision

Sind alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG erfüllt, muss untersucht werden, wann die Tarifikollision eintritt, da die Feststellung der Mehrheitsverhältnisse vom Kollisionsstichtag abhängig ist.¹⁵⁵ Nach dem Wortlaut des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG und der Gesetzesbegründung ist der maßgebliche Zeitpunkt des Eintritts der Tarifikollision der letzte Abschluss des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags.¹⁵⁶ Unter dem Zeitpunkt des Tarifvertragsabschlusses ist einzig der Zeitpunkt zu verstehen, zu dem der Tarifvertrag schriftlich abgeschlossen wird.¹⁵⁷ Die erstmalige Tarifikollision bleibt so lange maßgeblich, bis es zu einer erneuten Tarifikollision kommt.¹⁵⁸ Dies wurde mit dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit begründet.¹⁵⁹ Es wird somit vermieden, „dass jeder Gewerkschaftswechsel oder jedes Ausscheiden und Eintreten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die betriebliche Mehrheitsfrage erneut aufwirft“.¹⁶⁰

Der Gesetzgeber hat den Abschluss des Tarifvertrags mit der Änderung des bestehenden Tarifvertrags gleichgestellt; somit führt jede Änderung zu einer erneuten Tarifikollision. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die tarifliche Regelung nur dazu dient, eine tarifliche Auslegungsfrage klarzustellen.¹⁶¹

Zu berücksichtigen ist, dass bei einer Tarifikollision nicht nur auf den Abschlusszeitpunkt abgestellt werden kann. Nach § 4a Abs. 2 S. 3 TVG kann die Tarifikollision auch zu einem späteren Zeitpunkt eintreten. Der maßgebliche Stichtag wird also verschoben, bis die Kollision im Betrieb erstmals eintritt.¹⁶² Das kann vorkommen, wenn der Arbeitgeber erst nach Abschluss des kollidierenden Tarifvertrags dem Arbeitgeberverband beitrifft, der kollidierende Tarifvertrag erst nach

¹⁵⁵ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 150.

¹⁵⁶ BT-Drucks. 18/4062, S. 13.

¹⁵⁷ BT-Drucks. 18/4062, S. 13.

¹⁵⁸ BT-Drucks. 18/4062, S. 13.

¹⁵⁹ BT-Drucks. 18/4062, S. 13.

¹⁶⁰ BT-Drucks. 18/4062, S. 13.

¹⁶¹ BT-Drucks. 18/4062, S. 13.

¹⁶² Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 150.

Abschluss in Kraft tritt oder wenn der Betrieb erst nach dem Abschluss des kollidierenden Tarifvertrags errichtet wird.¹⁶³

Bei rückwirkenden Tarifverträgen kommt nur der Zeitpunkt des tatsächlichen Tarifvertragsabschlusses in Betracht, da bei Abstellen auf einen früheren Zeitpunkt die Gefahr besteht, dass die Gewerkschaft durch Vereinbarung mit dem Arbeitgeber rückwirkend einen bestimmten Zeitpunkt auswählt, an dem sie über die Mehrheit von Mitgliedern verfügte.¹⁶⁴ Diese Meinung wird durch den Wortlaut des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG gestützt, der sich nur auf den „Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags“ und nicht auf dessen Inkrafttreten bezieht.¹⁶⁵ § 4a Abs. 2 S. 3 TVG enthält außerdem eine Ausnahme, bei der die Tarifikollision zu einem späteren Zeitpunkt eintreten kann. Der Gesetzgeber hat bei dieser Ausnahme somit anerkannt, dass das Inkrafttreten nicht immer mit dem Abschluss des Tarifvertrags gleichgesetzt werden kann. Im Umkehrschluss kann sich aus § 4a Abs. 2 S. 3 TVG ergeben, dass bei einer früheren Tarifikollision lediglich auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Tarifvertragsabschlusses und nicht auf den früheren Zeitpunkt abgestellt werden kann.¹⁶⁶

IV. Rechtsfolgen

1. Verdrängung der Minderheitstarifverträge

a) Verdrängungswirkung

Dieser Abschnitt beschäftigt sich mit den Rechtsfolgen des § 4a TVG, da diese eine entscheidende Rolle bei der Frage spielen, wie sich der Grundsatz der Tarifeinheit nach § 4a TVG später auf betriebsverfassungsrechtliche Fragen auswirken kann.

Die Hauptrechtsfolge des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist die Verdrängung der Minderheitstarifverträge. Hinsichtlich dieser Verdrängung stellt sich die Frage nach dem Umfang und dem Zeitpunkt der

¹⁶³ BT-Drucks. 18/4062, S. 13.

¹⁶⁴ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 80.

¹⁶⁵ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 80.

¹⁶⁶ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 80.

Verdrängungswirkung. Weiterhin ist fraglich, ob die verdrängten Tarifverträge künftig wieder aufleben können oder ob sie endgültig aufgehoben sind.

Soweit die Kollisionslage nach § 4a Abs. 2 TVG besteht, findet nur der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft Anwendung, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten Mitglieder hatte. Das bedeutet, dass nur der Mehrheitstarifvertrag anwendbar ist. Die Minderheitstarifverträge sind verdrängt und unanwendbar. „Unanwendbarkeit“ heißt aber nicht, dass die Minderheitstarifverträge unwirksam oder nichtig sind; sie werden vielmehr nur vom Mehrheitstarifvertrag verdrängt, solange die Tarifkollision besteht.¹⁶⁷ Daraus ergibt sich, dass die Minderheitstarifverträge im Betrieb bestehen bleiben und aus diesem Grund weiterhin schuldrechtliche Verpflichtungen zwischen den Minderheitstarifparteien entfalten können.¹⁶⁸

Die Minderheitstarifverträge entfalten während der Zeit der Kollision keine normative Wirkung.¹⁶⁹ Das führt dazu, dass die Minderheitstarifverträge die Arbeitsverhältnisse, die unter ihren Geltungsbereichen fallen, nicht mehr normativ regeln können und somit zum Tarifentfall für diese Arbeitsverhältnisse führen, da diese wegen des Mangels der Tarifbindung an den Mehrheitstarifvertrag auch nicht normativ gelten können.¹⁷⁰ Um diesen Tarifentfall zu bewältigen, kann man jedoch entweder auf den Mehrheitstarifvertrag individualvertraglich Bezug nehmen oder den Mehrheitstarifvertrag nach § 4a Abs. 4 TVG nachzeichnen.¹⁷¹

Es ist auch wichtig zu erwähnen, dass der in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG angeordnete Anwendungsvorrang des Mehrheitstarifvertrags mit der Tarifautonomie vereinbar ist, da die Auflösung der Kollision nicht zu einer Normvernichtung führt, die die Tarifautonomie hätte beeinträchtigen können.¹⁷²

b) Umfang der Verdrängungswirkung

Das BVerfG geht davon aus, dass die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG mit der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar wäre, wenn die Verdrängung zum Verlust

¹⁶⁷ Schaub, ArbR-HdB/Treber, § 203 Rn. 19.

¹⁶⁸ Göbel, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 70.

¹⁶⁹ MHdB ArbR/Klump, § 256 Rn. 54; Göbel, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 70.

¹⁷⁰ MHdB ArbR/Klump, § 256 Rn. 54.

¹⁷¹ MHdB ArbR/Klump, § 256 Rn. 54.

¹⁷² Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 174.

langfristig erworbener Ansprüche führen würde und der Mehrheitstarifvertrag keine vergleichbaren Ansprüche enthält.¹⁷³ Das bezieht sich nach BVerfG auf die Ansprüche, „auf die sich Beschäftigte in ihrer Lebensplanung typischerweise einstellen und auf deren Bestand sie berechtigterweise vertrauen“, zum Beispiel die Ansprüche auf Alterssicherung, auf Arbeitsplatzgarantie oder auf Lebensarbeitszeit.¹⁷⁴ Da das BVerfG das Tarifeinheitsgesetz in diesem Punkt für verfassungswidrig hält, müsste es den Gesetzgeber dazu auffordern, dem § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG eine Ausnahme hinzuzufügen. Eine deutliche Aussage, dass die Verdrängung die langfristig angelegten Ansprüche ausnahmsweise nicht erfasst, kann man aber § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG nicht entnehmen.¹⁷⁵ Darüber hinaus überantwortet das BVerfG den Gerichten die Aufgabe, zu bewerten, ob die Verdrängung zum Verlust langfristig erworbener Ansprüche und somit zu unzumutbaren Härten führt oder nicht.¹⁷⁶ Es wäre sinnvoller gewesen, wenn das BVerfG den Gesetzgeber aufgerufen hätte, einen Katalog von Ansprüchen zu erstellen, deren Verlust zu diesen unzumutbaren Härten führen würde.

Die Verdrängungswirkung findet ihre Grenze im Rahmen eines Betriebs, da die Rechtsfolgen des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur innerhalb eines Betriebs eintreten. Der Geltungsbereich eines Tarifvertrags kann jedoch mehrere Betriebe umfassen. In diesem Fall muss separat festgestellt werden, ob der Tarifvertrag auch in diesen Betrieben die Mehrheit hat oder nicht.¹⁷⁷ Die Anknüpfung der Verdrängungswirkung an den Betrieb führt also dazu, dass die Tarifpluralität in einem Unternehmen immer noch denkbar ist.¹⁷⁸

Nach § 4a Abs. 3 TVG sind die Rechtsnormen eines Tarifvertrags über betriebsverfassungsrechtliche Fragen nach § 3 Abs. 1 und § 117 Abs. 2 BetrVG von der Verdrängungswirkung ausgeschlossen. Diese Ausnahme ist davon abhängig, dass die Frage vorher nicht durch einen anderen Tarifvertrag geregelt wurde. Der Gesetzgeber hat das mit „der Kontinuität tarifvertraglich geschaffener betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungsstrukturen“ begründet.¹⁷⁹ § 4a Abs. 3 TVG gilt als Sonderfall für die Kollision von Betriebsstrukturtarifverträgen. Das heißt, dass die Verdrängungswirkung die Fälle von Kollisionen zwischen betriebs- und betriebsverfassungsrechtli-

¹⁷³ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 136.

¹⁷⁴ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 136.

¹⁷⁵ Göbel, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 73.

¹⁷⁶ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 136.

¹⁷⁷ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 175.

¹⁷⁸ MAH ArbR/Hamacher/Reufels, § 71 Rn. 201; Schaub ArbR-HdB/Treber, § 203 Rn. 18.

¹⁷⁹ BT-Drucks. 18/4062, S. 14.

chen Normen und Betriebsstrukturtarifverträgen nicht erfasst.¹⁸⁰ *Löwisch* und *Rieble* kritisieren den dritten Absatz, weil dieser der tariflichen Alleinrepräsentation zuwiderläuft und die Mehrheitsgewerkschaft unter Druck setzt, einen Betriebsstrukturtarifvertrag zu schaffen.¹⁸¹ Sie stellen infrage, warum der Tarifvertrag einer Minderheitsgewerkschaft im Betrieb noch weiter gelten kann, obwohl die Minderheitsgewerkschaft die Zustimmung der Mehrheit der Arbeitnehmer nicht erlangt hat.¹⁸² Sie empfehlen der Mehrheitsgewerkschaft deswegen, „eine eigenständige Repräsentationsstruktur“ zu schaffen, um die Herrschaft ihres Tarifvertrags im Betrieb zu sichern.¹⁸³

Die Verdrängungswirkung ist zeitlich durch die Beendigung des Mehrheitstarifvertrags begrenzt,¹⁸⁴ der mit dem Wegfall seiner normativen Wirkung endet, wie zum Beispiel bei einer Kündigung oder beim Ablauf der Frist des Tarifvertrags.¹⁸⁵ Dies lässt sich darauf zurückführen, dass die Voraussetzung für das Eingreifen des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG, nämlich die Überschneidung der Geltungsbereiche von Tarifverträgen in zeitlicher Hinsicht nicht mehr vorliegt.¹⁸⁶ Dies hat zur Folge, dass der Tarifvertrag einer Minderheitsgewerkschaft künftig wieder aufleben kann, wenn die Gewerkschaft die Mehrheit im Betrieb erlangen würde.¹⁸⁷ Hier könnte jedoch ein Problem entstehen, nämlich dann, wenn der Mehrheitstarifvertrag innerhalb des Nachwirkungszeitraums erneut zur Anwendung kommt und den Minderheitstarifvertrag wieder verdrängt. Um dieses Problem zu lösen, hat das BVerfG den Fachgerichten die Verantwortung für die Vermeidung des kurzfristigen Wiederauflebens des Minderheitstarifvertrags übertragen.¹⁸⁸

Zeitlich ist die Verdrängungswirkung auch durch die Beendigung des Minderheitstarifvertrags begrenzt, und zwar dann, wenn der Minderheitstarifvertrag ausläuft oder nachwirkt, während der Mehrheitstarifvertrag immer noch normativ im Betrieb wirkt. Beim Vorliegen dieser Konstellation kann man nicht von einer Kollisionslage i. S. d. § 4a Abs. 2 TVG sprechen, da sich hier auch die Geltungsbereiche von Tarifverträgen in zeitlicher Hinsicht nicht überschneiden.¹⁸⁹ Es stellt sich aber hier die Frage, ob dieser verdrängte Minderheitstarifvertrag wiederaufleben kann. Da-

¹⁸⁰ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 101.

¹⁸¹ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 140.

¹⁸² Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 140.

¹⁸³ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 144.

¹⁸⁴ Göbel, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 71.

¹⁸⁵ MAH ArbR/Hamacher/Reufels, § 71 Rn. 205.

¹⁸⁶ Bienstein, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 85.

¹⁸⁷ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 137.

¹⁸⁸ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 137.

von kann man jedoch nicht ausgehen, weil der verdrängte Minderheitstarifvertrag keine normative Wirkung hatte; deswegen kann er die Überbrückungs- und Inhaltsschutzfunktion der Nachwirkung nicht für sich in Anspruch nehmen.¹⁹⁰ Außerdem spricht der Regelungszweck des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG dafür, dass ein nachwirkender Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG keinen anderen Tarifvertrag verdrängen, jedoch selbst verdrängt werden kann.¹⁹¹ Darüber hinaus scheint das Wiederaufleben des Minderheitstarifvertrags im Nachwirkungsstudium aus teleologischer Sicht nicht nachvollziehbar: Warum sollte ein nachwirkender Tarifvertrag plötzlich stärker als der Tarifvertrag sein, der normative Wirkung hat?¹⁹²

Schließlich findet nach § 13 Abs. 3 TVG die Verdrängungswirkung auf die Tarifverträge, die vor dem 10.07.2015 abgeschlossen wurden, keine Anwendung.

c) Zeitpunkt der Verdrängungswirkung

Früher war strittig, ob die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG kraft Gesetzes¹⁹³ oder erst nach einem Beschlussverfahren nach § 99 Abs. 1 iVm § 2a Abs. 1 Nr. 6 ArbGG¹⁹⁴ eintritt. Grund für diesen Streit war die Entscheidung des BVerfG im Jahr 2015¹⁹⁵. Nach Auffassung des BVerfG bleibt der Arbeitgeber an die nach § 4a Abs. 2 S. 1 TVG kollidierenden Tarifverträge gebunden, wenn ein Antrag an die Arbeitsgerichte fehlt. Das wurde damit gerechtfertigt, dass § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur subsidiäre Funktion hat.¹⁹⁶

Nach dieser Entscheidung hat *Löwisch* seine alte Auffassung¹⁹⁷ aufgegeben und die neue Auffassung¹⁹⁸ des BVerfG übernommen. Er versuchte sie zu begründen, indem er das Antragsrecht als Gestaltungsklagerecht einordnete. Er führt aus, dass der Arbeitgeber an unterschiedliche Ta-

¹⁸⁹ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 85.

¹⁹⁰ ErfK/*Franzen*, § 4a TVG Rn. 8; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 86.

¹⁹¹ ErfK/*Franzen*, § 4a TVG Rn. 8; *Gooren*, NZA 2022, 444, 448; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 86.

¹⁹² *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 86.

¹⁹³ ErfK/*Franzen*, § 4a TVG Rn. 17; BeckOK ArbR/*Giesen*, § 4a TVG Rn. 21; Das neue Tarifeinheitsrecht/*Bepler*, Rn. 123; a.A. *Löwisch*, NZA 2015, 1369.

¹⁹⁴ BVerfG, v. 06.10.2015 – 1 BvR 1571/15, NZA 2015, 1271; *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 184, 253; *Löwisch*, NZA 2015, 1369 ff.

¹⁹⁵ BVerfG, v. 06.10.2015 – 1 BvR 1571/15, NZA 2015, 1271.

¹⁹⁶ BVerfG, v. 06.10.2015 – 1 BvR 1571/15, NZA 2015, 1271.

¹⁹⁷ *Löwisch*, NZA 2015, 1369.

¹⁹⁸ BVerfG, v. 06.10.2015 – 1 BvR 1571/15, NZA 2015, 1271.

rifverträge gebunden bleibt, wenn kein Antrag nach § 2 a Abs. 1 Nr. 6 iVm § 99 Abs. 1 ArbGG vorliegt. Das bedeutet, dass die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG nur zur Anwendung kommt, wenn ein Antrag vorliegt. Das Antragsrecht stellt i. d. S. ein Gestaltungs- klagerecht dar.¹⁹⁹ Nach *Löwisch* führt die Einordnung des Antragsrechts als Gestaltungs- klagerecht zu Rechtssicherheit im Betrieb, weil Arbeitgeber und Arbeitnehmer bis zur Entscheidung des Gerichts an die kollidierenden Tarifverträge gebunden bleiben müssen.²⁰⁰ Darüber hinaus enthält die Verdrängungswirkung einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Minderheitsgewerkschaft, wenn der Arbeitgeber abgelehnt hat, Tarifverhandlungen zu führen. Diese Nachteile für die Min- derheitsgewerkschaften könnten jedoch dadurch gemildert werden, dass die Verdrängungswir- kung von der Antragstellung abhängig gemacht wird.²⁰¹

Die h. M. in der Literatur war dagegen.²⁰² Die Verdrängungswirkung tritt nur *ipso iure* ein, da es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass das Antragsrecht als Gestaltungs- klagerecht betrachtet wer- den kann.²⁰³ Die systematische Anlehnung von § 99 ArbGG an die Verfahren nach §§ 97, 98 ArbGG spricht gegen das Gestaltungs- klagerecht,²⁰⁴ da beide Verfahren nach §§ 97, 98 ArbGG keine gestaltende, sondern nur feststellende Wirkung haben.²⁰⁵ Zudem ist we- der dem Wortlaut des § 99 ArbGG noch der Gesetzgebung zu entnehmen, dass das Antrags- recht als Gestaltungs- klagerecht gilt.²⁰⁶ Nach dieser Auffassung führt der Verzicht auf die Antrag- stellung nach § 99 ArbGG zu keiner Tarifpluralität, weil das Beschlussverfahren nach § 99 ArbGG für die Veränderungswirkung nicht konstitutiv ist, sondern nur eine deklaratorische Wirkung hat.²⁰⁷

Der Streit legte mit dem Urteil des BVerfG im Jahr 2017²⁰⁸ bei, indem das BVerfG sich der h. M. anschloss. Die Verdrängungswirkung tritt also nur kraft Gesetzes ein:

¹⁹⁹ *Löwisch*, NZA 2015, 1369.

²⁰⁰ *Löwisch*, NZA 2015, 1369, 1370.

²⁰¹ *Löwisch*, NZA 2015, 1369, 1370.

²⁰² ErfK/*Franzen*, § 4a TVG Rn. 17; BeckOK ArbR/*Giesen*, § 4a TVG Rn. 21; Henssler/Moll/Bepler/*Greiner*, Teil 9 Rn. 112a; Das neue Tarifeinheitsrecht/*Bepler*, Rn. 123; a.A. *Löwisch*, NZA 2015, 1369.

²⁰³ *Ulrich*, NZA 2017, 1161, 1163.

²⁰⁴ *Ulrich*, NZA 2017, 1161, 1163; *Göbel*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 72.

²⁰⁵ *Göbel*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 72.

²⁰⁶ BT-Drucks. 18/4062, S. 16; *Göbel*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 72.

²⁰⁷ von *Stein*/Steinrück/*Gooren*, NZA 2017, 1149, 1151.

²⁰⁸ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71.

„Die Verdrängung ist danach nicht von einer Feststellung des ArbG nach § 99 ArbGG abhängig. Die Tarifvertragsparteien haben es demnach nicht in der Hand, die Verdrängungswirkung dadurch zu vermeiden, dass sie keinen Antrag nach § 99 ArbGG stellen. Eine gerichtliche Entscheidung dazu, welcher Tarifvertrag in einem Betrieb als von der Mehrheitsgewerkschaft geschlossen zur Anwendung kommt, kann vielmehr ohne Zutun der Tarifvertragsparteien im arbeitsrechtlichen Individualrechtsstreit erfolgen“.²⁰⁹

2. Anspruch auf Nachzeichnung des Mehrheitstarifvertrags

Die zweite Rechtsfolge des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist das Nachzeichnungsrecht. Nach § 4a Abs. 4 TVG hat die Minderheitsgewerkschaft, deren Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt wurde, das Recht auf Nachzeichnung der Rechtsnormen des Mehrheitstarifvertrags. Der Zweck ist, einen tariflosen Zustand der Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft zu vermeiden, weil sie nach der Verdrängung ihres Tarifvertrags ohne Tarifschutz bleiben.²¹⁰

Das Nachzeichnungsrecht setzt im Gegensatz zur Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG voraus, dass inhaltliche Überschneidungen zwischen dem Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft und dem Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft vorliegen, weil nach § 4a Abs. 4 S. 2 TVG der Anspruch auf Nachzeichnung nur entsteht, wenn sich die Geltungsbereiche und Rechtsnormen der Tarifverträge überschneiden. Darüber hinaus ist das Nachzeichnungsrecht mit dem Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft verbunden, was bedeutet, dass ein neues Nachzeichnungsrecht entsteht, wenn die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb geändert werden.²¹¹ Allerdings bleibt die Minderheitsgewerkschaft beim Abschluss eines Nachzeichnungsrechts weiterhin an den schuldrechtlichen Teil ihres Minderheitstarifvertrags gebunden, weil das Nachzeichnungsrecht sich nur auf den normativen Teil des Mehrheitstarifvertrags bezieht.²¹²

Umstritten ist, welche Regelungen im Mehrheitstarifvertrag nachgezeichnet werden sollen. Ist das Nachzeichnungsrecht nur auf den Überschneidungsbereich beschränkt oder kann die Minderheitsgewerkschaft den gesamten Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft nachzeichnen?

²⁰⁹ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 132.

²¹⁰ BT-Drucks. 18/4062, S. 14.

²¹¹ Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 181; Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 2015, 3, 14.

²¹² BT-Drucks. 18/4062, S. 14.

Eine Auffassung besagt, dass der Anspruch auf Nachzeichnung lediglich auf den Überschneidungsbereich begrenzt ist.²¹³ Das heißt, wenn der Mehrheitstarifvertrag Gegenstände enthält, die im Minderheitstarifvertrag nicht geregelt sind, können diese nicht nachgezeichnet werden.²¹⁴ Die Begründung für diese Auffassung ist, dass die Minderheitsgewerkschaft nur dann einen Bedarf an Kompensation hat, wenn sich ihre Regelungen mit denen der Mehrheitsgewerkschaft überschneiden.²¹⁵ Zudem soll das Recht auf Nachzeichnung nicht dazu genutzt werden, die Position der Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft zu verbessern.²¹⁶ Nach dieser Auffassung wird der Minderheitstarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG vollständig verdrängt, auch wenn die Regelungsgegenstände nicht kongruent waren, während das Nachzeichnungsrecht nur auf den Überschneidungsbereich beschränkt werden soll. Es besteht somit die Möglichkeit, dass ein Minderheitstarifvertrag durch einen Mehrheitstarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt werden könnte und gleichzeitig kein Nachzeichnungsrecht nach § 4a Abs. 4 TVG entsteht, da keine inhaltlichen Überschneidungen zwischen den beiden Tarifverträgen vorliegen.²¹⁷ Darüber hinaus kann die Unterscheidung zwischen nachzeichnungsfähigen und nicht nachzeichnungsfähigen Rechtsnormen im Mehrheitstarifvertrag zu Schwierigkeiten führen, wenn die Rechtsnormen wirtschaftlich oder regelungstechnisch miteinander verbunden sind.²¹⁸

Eine andere Auffassung wurde vom BVerfG ²¹⁹ vertreten und fand auch in der Literatur²²⁰ Unterstützung. Das Nachzeichnungsrecht in § 4a Abs. 4 S. 2 TVG muss verfassungskonform ausgelegt werden, so dass die Minderheitsgewerkschaft einen Anspruch auf vollständige Nachzeichnung des verdrängenden Tarifvertrags hat. Das BVerfG betrachtet eine „asymmetrische Teilnachzeichnung“ als unzureichenden Schutz einer Minderheitsgewerkschaft, deren normativer Teil des eigenen Tarifvertrags vollständig verdrängt wurde. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn der Wortlaut des § 4a Abs. 4 S. 2 TVG sieht keine Einschränkung des Umfangs des Nachzeich-

²¹³ ErfK/Franzen, § 4a TVG Rn. 17, 24; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 209; Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 180; Vielmeier, NZA 2015, 1294, 1296; Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 2015, 3, 14.

²¹⁴ Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 180.

²¹⁵ Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 2015, 3, 14.

²¹⁶ Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 180.

²¹⁷ Rieble, NZA 2017, 1157, 1159; Göbel, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 75.

²¹⁸ Das neue Tarifeinheitsrecht/Däubler, Rn. 180.

²¹⁹ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 138, 139.

²²⁰ Schaub ArbR-HdB/Treber, § 203 Rn. 23; von Steinau-Steinrück/Gooren, NZA 2017, 1149, 1154; MHdB ArbR/Klump, § 256 Rn. 68; Göbel, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, 2019, S. 75 ff.

nungsrechts für den Überschneidungsbereich vor. Die Überschneidung der Rechtsnormen stellt lediglich eine Voraussetzung für das Entstehen des Nachzeichnungsrechts dar. Darüber hinaus wird hierdurch vermeiden, dass eine nur geringfügige Überschneidung mit dem Mehrheitstarifvertrag zu einer geringfügigen Nachzeichnung führt und dadurch der gesamte normative Teil des Minderheitstarifvertrags entfällt.²²¹

²²¹ MHdB ArbR/*Khump*, § 256 Rn. 68.

D. Die Auswirkungen des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG auf Betriebsverfassung und Betriebsvereinbarungen

Das Wiederaufleben des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb durch das Tarifeinheitsgesetz hat verschiedene Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht zur Folge, die den Hauptbestandteil dieser Arbeit bilden sollen. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, welche Auswirkungen der Grundsatz der Tarifeinheit auf die betriebsverfassungsrechtliche Ebene haben kann.

I. Tarifvorbehalt gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG

1. Vorbemerkungen

§ 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG schreibt vor, dass die Arbeitsentgelte und die anderen Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Inhalt einer Betriebsvereinbarung sein können (Tarifvorbehalt). Der Tarifvertrag kann somit die Wirkung der Betriebsvereinbarung sperren.

Hier stellt sich heraus, dass sich der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a BetrVG auf § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auswirkt, weil der Tarifvertrag die Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien einschränken kann, wenn der Tarifvertrag die in § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG vorgesehenen Arbeitsbedingungen vorher geregelt hat.

Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kommt nur der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt geschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten Mitglieder hatte, zur Anwendung. Dabei muss geklärt werden, welcher Tarifvertrag nach Einführung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Sperrwirkung auslösen kann. Löst nur der Mehrheitstarifvertrag den Tarifvorbehalt gegenüber Betriebsvereinbarungen aus oder können auch die Minderheitstarifverträge die Sperrwirkung auslösen, da die Minderheitstarifverträge nach der Anwendung des Mehrheitsprinzips nicht unwirksam sind, sondern nur unanwendbar?

Um diese Frage zu beantworten, muss zunächst der Begriff des Tarifvorbehaltes gem. § 77 Abs. 3 BetrVG definiert werden. Danach muss untersucht werden, inwieweit die Sperrwirkung gem. § 77 Abs. 3 S.1 BetrVG greift und warum der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien diesen Vorrang gegenüber den Betriebsparteien eingeräumt hat. Hier gilt es, den Regelungszweck des § 77 Abs. 3

BetrVG und das Verhältnis zwischen § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG zu erklären.

2. Begriffsbestimmung

Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG bedeutet, dass die Betriebsparteien keine Vereinbarungen über Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen abschließen können, wenn diese durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden. Die tariflichen und die tarifüblichen Regelungen gehen der Betriebsvereinbarung vor und sperren ihre Wirkung.

In der Literatur wird § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG einmal als Tarifvorrang,²²² einmal als Tarifvorbehalt²²³ definiert; manche verwenden die beiden Begriffe sogar als Synonyme.²²⁴

Sprachlich bedeutet der Begriff „Vorbehalt“ eine Einschränkung oder Bedingung.²²⁵ Im rechtlichen Sinne bezieht sich ein Vorbehalt darauf, dass die Geltung einer Regelung von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig ist. Hingegen bezieht sich der Begriff „Vorrang“ auf eine höhere Priorität oder einen höheren Rang.²²⁶ Das bedeutet, dass einer Regelung Vorrang vor einer anderen eingeräumt wird.

Aus dem sprachlichen Unterschied zwischen den beiden Begriffen ergibt sich, dass § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG als Tarifvorbehalt bezeichnet werden soll. Denn die Vorschrift setzt für die Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien nur den Vorbehalt des Tarifvertrags voraus. Fällt der Betrieb in den Geltungsbereich einer bestehenden oder üblicherweise bestehenden tariflichen Regelung, entfällt die Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien.²²⁷ Das BAG befürwortet diese Meinung und geht davon aus, dass § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG eine einschränkende Voraussetzung für die Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien enthält.²²⁸ Für den Tarifvorbehalt spricht weiterhin, dass § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht als Kollisionsnorm für konkurrierende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen betrachtet werden kann. Die Vorschrift spricht aus diesem Grund nicht vom

²²² BAG, v. 29.04.2004 – 1 ABR 30/02, NZA 2004, 670; Grobys/Panzer-Heemeier, SWK-ArbR/Ruttkamp, Betriebsvereinbarung Rn. 41; Kissel, NZA 1986, 73, 76; Kort, NZA 2005, 620; Burkićzak, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 60; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 50.

²²³ ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 43; MHdB ArbR/Arnold, § 315 Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats Rn. 68; Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, A. XIII. Rn. 1; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 290.

²²⁴ Taeger/Pohle, ComputerR-HdB/Imping, 70.7 Tarifvertrag Rn. 5, 8; Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze, § 77 BetrVG, B. I. 2. b) Tarifvorbehalt und Tarifvorrang (Abs. 3).

²²⁵ „Vorbehalt“ auf Duden online. URL: <https://www.duden.de/node/199431/revision/1398749>.

²²⁶ „Vorrang“ auf Duden online. URL: <https://www.duden.de/node/199799/revision/1398138>.

²²⁷ Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze, § 77 BetrVG Rn. 18.

Vorrang des Tarifvertrags gegenüber der Betriebsvereinbarung, sondern vom Vorrang der Tarifvertragsparteien gegenüber den Betriebsparteien.²²⁹ Zu berücksichtigen ist hier, dass man von einer Kollisionsnorm und somit vom Vorrang nur dann sprechen kann, wenn zwischen beiden Regelungsebenen Konkurrenz besteht. Beispiel dafür ist § 87 Abs. 1 BetrVG, der als reine Kollisionsnorm bezeichnet wird. Bei dieser Vorschrift verliert der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht, wenn eine tarifliche oder gesetzliche Regelung besteht.²³⁰ Hingegen kann § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht als reine Kollisionsnorm betrachtet werden, weil sie die Kollisionsregel in eine Zuständigkeitsregel überschreitet. Sie sperrt die Betriebsvereinbarung nicht nur dann, wenn ein Tarifvertrag besteht, sondern auch wenn die Angelegenheit tarifüblich ist.²³¹

§ 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG wurde von der Auffassung als „Tarifvorrang“ bezeichnet, die § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht nur als Kompetenznorm, sondern auch als Kollisionsnorm betrachtet, weil diese Vorschrift nach dieser Auffassung den Vorrang der Tarifautonomie gegenüber der Betriebsautonomie regelt.²³²

Die Sperrwirkung erfasst sowohl die früheren als auch die künftigen Betriebsvereinbarungen. Ist ein Tarifvertrag abgeschlossen, dehnt sich die Sperrwirkung auch auf die Betriebsvereinbarungen aus, die vor dem Tarifvertrag abgeschlossen wurden.²³³ Die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG betrifft nur die Betriebsvereinbarungen, die nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG unmittelbar und zwingend im Betrieb gelten, da diese Vereinbarungen mit den Tarifverträgen konkurrieren und diese Konkurrenz nur durch den Tarifvorbehalt vermieden werden kann.²³⁴ Das heißt, dass die individualrechtlichen Vereinbarungen (wie die betriebliche Übung, Gesamtzusage oder arbeitsvertragliche Einheitsregelung) von der Sperrwirkung ausgeschlossen sind. Somit können über diese individualrechtlichen Vereinbarungen Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen vereinbart werden, die durch einen Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden,²³⁵ weil die individualrechtlichen Vereinbarungen keine normative Wirkung auf das Arbeitsverhältnis haben.²³⁶ Die Ausnahme der individualrechtlichen Vereinbarungen wird zudem

²²⁸ BAG, v. 18.08.1987 – 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779, 780.

²²⁹ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarilmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 293.

²³⁰ *Bakopoulos*, Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung, 1991, S. 101.

²³¹ *Bakopoulos*, Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung, 1991, S. 101.

²³² *Schwarze*, Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien, 1991, S. 199, 200.

²³³ *ErfK/Kania*, § 77 BetrVG Rn. 43; *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 297.

²³⁴ *Heitzmann*, in: *Ring (Hrsg.)*, Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 184.

²³⁵ BAG, v. 20.02.2001 – 1 AZR 233/00, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 15.

²³⁶ BAG, v. 20.02.2001 – 1 AZR 233/00, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 15.

damit begründet, dass der Tarifvorbehalt verhindern soll, „dass eine Rechtsbindung des Arbeitgebers im Verhältnis zum Betriebsrat eintritt, während für das Verhältnis zu den betroffenen Arbeitnehmern keine Schranke der Vertragsfreiheit aufgestellt werden soll“.²³⁷

Das Günstigkeitsprinzip findet keine Anwendung,²³⁸ weil das Günstigkeitsprinzip nach § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG durch den Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verdrängt wird.²³⁹ Das heißt, dass die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG alle Betriebsvereinbarungen inklusive der begünstigenden Betriebsvereinbarungen umfasst.²⁴⁰ Der Tarifvorbehalt verbietet sogar solche Betriebsvereinbarungen, die den gleichen Inhalt wie der Tarifvertrag haben.²⁴¹ Der Hintergrund für diese absolute Sperrwirkung ist, dass § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG die Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG vor Gefahren schützt.²⁴²

3. Regelungszweck des § 77 Abs. 3 BetrVG

Da sowohl die Betriebsparteien als auch die Tarifvertragsparteien die Arbeitsbedingungen im Betrieb regeln können, war es erforderlich, die Konkurrenz zwischen dem Tarifvertrag und der Betriebsvereinbarung durch den Entzug der Zuständigkeiten der Betriebsparteien für den Abschluss der Betriebsvereinbarungen aufzulösen.²⁴³

§ 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG bezweckt die Sicherung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie vor Regelungskonkurrenz auf Betriebsebene, indem sie den Tarifvertragsparteien den Vorrang einräumt, die Arbeitsbedingungen zu regeln. Dieses Befugnis soll nicht durch eine Betriebsvereinbarung von der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie abweichen. Die Vorschrift dient somit der „Sicherung der ausgeübten und aktualisierten

²³⁷ Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 57.

²³⁸ ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 43; Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 1; Schmidt, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht, 1994, S. 98 ff.

²³⁹ Grobys/Panzer-Heemeier, SWK-ArbR/Ruttkamp, Betriebsvereinbarung, Rn. 41; Kort, NZA 2005, 620; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 50.

²⁴⁰ Schmidt, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht, 1994, S. 98 ff.

²⁴¹ Schaub ArbR-HdB/Ahrendt, § 231 Rn. 21.

²⁴² Schmidt, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht, 1994, S. 99.

²⁴³ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 794.

Tarifautonomie“.²⁴⁴ Der Tarifvorbehalt bezweckt auch die Erhaltung und Verstärkung der Funktionsfähigkeit der Koalitionen, vor allem der Gewerkschaften.²⁴⁵

Der Tarifvorbehalt führt zum Monopol der Tarifvertragsparteien für die Arbeitsbedingungen und zur Vermeidung, dass der Tarifvertrag und die Betriebsvereinbarung gleiche Angelegenheiten regeln.²⁴⁶ Das hat den Vorteil, dass die Tarifautonomie vor „Ersatztarifverträgen“ geschützt bleibt, die auf Betriebsebene abgeschlossen und auf die nichtorganisierten Arbeitnehmer angewendet werden könnten.²⁴⁷ Darüber hinaus führt der Vorrang der Tarifvertragsparteien für die Regelung dieser Angelegenheiten zum Schutz des Betriebsrats vor der Übervorteilung durch den Arbeitgeber.²⁴⁸ Der Tarifvorbehalt verhindert ferner, dass die Betriebsräte eine bessere Stellung als die Gewerkschaften haben, wenn sie diese Arbeitsbedingungen günstiger als die Gewerkschaften ausgehandelt haben.²⁴⁹ Die Legitimation der Gewerkschaften beruht auf der Mitgliedschaft ihrer Mitglieder, daher soll der Austritt aus den Gewerkschaften weniger attraktiv gemacht werden. Das geschieht dadurch, dass die Sperrwirkung in § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG „den Abbau tariflicher Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarungen“ verbietet.²⁵⁰

§ 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG dient ferner dazu, dass die Verlagerung der Regelung der Arbeitsbedingungen auf Betriebsebene nicht zum Autoritätsschwund der Tarifvertragsparteien führt, weil die Regelung dieser Arbeitsbedingungen in den klassischen Bereich der Tarifverträge fällt.²⁵¹

Durch den Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG kann weiterhin der Betriebsfrieden verwirklicht werden. Die Vereinbarung über die Arbeitsentgelte und andere materielle Arbeitsbedingungen ist meistens mit Konflikten verbunden. Daher führt die Regelung dieser Arbeitsbedingungen durch die Tarifvertragsparteien zum Fernhalten der Betriebsparteien von diesen

²⁴⁴ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, AP Nr. 21 zu § 77 BetrV 1972; BAG, v. 24.01.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948, 949; BAG, v. 29.04.2004 – 1 ABR 30/02, NZA 2004, 670, 675; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 258; Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 2.

²⁴⁵ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 264; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 292; Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 186.

²⁴⁶ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 186.

²⁴⁷ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 794; Schmidt, Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht, 1994, S. 99; Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 264.

²⁴⁸ Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 2.

²⁴⁹ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 187.

²⁵⁰ Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 51.

²⁵¹ Kissel, NZA 1986, 73, 78.

Spannungen.²⁵² Dieser Ansicht widerspricht *Lambrich* dahingehend, dass wenn man angenommen hat, dass die Regelungen der Arbeitsentgelte und andere materielle Arbeitsbedingungen durch eine Betriebsvereinbarung meistens zu Konflikten führen, die Sperrwirkung der Betriebsvereinbarungen nicht ausreichend ist, weil die anderen Regelungsinstrumente (Beispiel ist Betriebsabsprachen, Gesamtzusagen und das Institut der betrieblichen Übung) ebenfalls zu diesen Unruhen im Betrieb führen können.²⁵³ Darüber hinaus ist fraglich, warum es § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG den Betriebsparteien ermöglicht hat, diese Arbeitsbedingungen zu regeln, wenn das zur Störung des Betriebsfriedens führt.²⁵⁴

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG einem sowohl verfassungsrechtlichen als auch betriebsbezogenen Schutzzweck dient. Es gab zwar eine Ansicht,²⁵⁵ die besagt, dass die Regelung dieser Arbeitsbedingungen auf Betriebsebene effektiver ist, weil sie durch Betriebsparteien betriebsnah und flexibel geregelt werden können, jedoch ist diese Ansicht aus den oben genannten Gründen nicht vertretbar.

4. Voraussetzungen für die Sperrwirkung

a) Das Vorliegen von Arbeitsentgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen

Damit die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG eintreten kann, müssen in einer Betriebsvereinbarung Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen geregelt werden. Die Frage ist, was unter „Arbeitsentgelten“ und unter „sonstigen Arbeitsbedingungen“ zu verstehen ist. Unter „Arbeitsentgelten“ versteht man sowohl die Vergütungen für die im Arbeitsverhältnis geleistete Arbeit (Lohn und Gehalt) als auch andere finanzielle Vergütungen wie die zusätzlichen Sozialleistungen (Prämien, Familienzulagen, Urlaubsgelder und Altersvorsorgeleistungen).²⁵⁶ Formelle Arbeitsbedingungen beziehen sich auf „die Dienst- und Ordnungsvorschriften, die die Ordnung

²⁵² Kissel, NZA 1986, 73, 80.

²⁵³ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 261.

²⁵⁴ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 261.

²⁵⁵ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 794.

²⁵⁶ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 268.

des Betriebs und das damit zusammenhängende Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln“.²⁵⁷

Umstritten ist, ob die sonstigen Arbeitsbedingungen nur die materiellen Arbeitsbedingungen oder auch die formellen Arbeitsbedingungen umfassen.

Eine Auffassung geht davon aus, dass die sonstigen Arbeitsbedingungen nur materielle Arbeitsbedingungen umfassen.²⁵⁸ Darunter fallen also alle Arbeitsbedingungen, die das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffen.²⁵⁹ Nach dieser Auffassung besteht in Bezug auf betriebliche Regelungen über formelle Arbeitsbedingungen keine Gefahr für die Tarifautonomie, da diese Arbeitsbedingungen tariflichen Vorrang haben. Dieser Vorrang ergibt sich jedoch nicht aus § 77 Abs. 3 BetrVG, sondern aus § 87 Abs. 1 BetrVG oder kraft höheren Ranges.²⁶⁰

Diese Arbeit folgt der herrschenden Auffassung, wonach der Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ sowohl die materiellen als auch formellen Arbeitsbedingungen erfasst.²⁶¹ Das wird damit argumentiert, dass man dem Wortlaut nicht entnehmen kann, dass sich die Sperrwirkung nur auf die materiellen und nicht auf die formellen Arbeitsbedingungen bezieht. Es ist zwar richtig, dass die Arbeitsentgelte in § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG den materiellen Arbeitsbedingungen zuzuordnen sind, jedoch muss dies nicht zur Bildung einer Überzeugung führen, dass der Begriff „sonstige Arbeitsbedingungen“ nur die materiellen Arbeitsbedingungen umfasst. Hätte der Gesetzgeber dies bezweckt, hätte er anstatt „sonstige Arbeitsbedingungen“ den Begriff „ähnliche Arbeitsbedingungen“ verwenden können.²⁶² Darüber hinaus spricht der Zweck des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht für die Begrenzung des Anwendungsbereiches des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auf die materiellen Arbeitsbedingungen. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG bezweckt nur die Sicherung der Tarifautonomie gegenüber der Betriebsautonomie, indem er den Tarifvertragsparteien die vorrangige

²⁵⁷ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 87 BetrVG Rn. 35.

²⁵⁸ BAG, v. 21.02.1967 – 1 ABR 2/66, AP BetrVG § 59 Nr. 25; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 270, 271; Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze*, § 77 BetrVG Rn. 19.

²⁵⁹ Heitzmann, in: *Ring (Hrsg.)*, Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 183.

²⁶⁰ Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze*, § 77 BetrVG, Rn. 19.

²⁶¹ BAG, v. 09.04.1991 – 1 AZR 406/90 – NZA 1991, 734, 735, 736; BAG, v. 18.03.2010 – 2 AZR 337/08, NZA-RR 2011, 18, 21; BAG, v. 25.02.2015 – 5 AZR 481/13, NZA 2015, 943, 946; ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 44; MHdB ArbR/*Arnold*, § 315 Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats Rn. 68; v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 794; *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 190 ff; *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 56; Heitzmann, in: *Ring (Hrsg.)*, Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 183; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 52.

²⁶² v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 794; *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 191; *Brecht*, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 184.

Regelungskompetenz zuspricht. Diesem Schutzkonzept entspricht es, wenn die Sperrwirkung sowohl für materielle als auch formelle Arbeitsbedingungen gilt.²⁶³

Ferner wurde vor der Reform des Betriebsverfassungsrechts 1972 zwar akzeptiert, dass § 77 Abs. 3 BetrVG auf die materiellen Arbeitsbedingungen anwendbar ist, während § 87 Abs. 1 BetrVG für die formellen Arbeitsbedingungen gilt, jedoch ist diese Trennung mit der Neuregelung des § 87 Abs. 1 BetrVG und aufgrund der Gesetzessystematik heute nicht mehr vertretbar.²⁶⁴ Dies bestätigt sich darin, dass § 87 Abs. 1 BetrVG einige Regelungen enthält, die sich ausdrücklich auf materielle Arbeitsbedingungen beziehen (§ 87 Abs. 1 Nr. 3, 10 und 11 BetrVG).²⁶⁵

b) Vorliegen einer tarifvertraglichen oder tarifvertragsüblichen Regelung

aa) Tarifvertragliche Regelung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG

Die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG greift ein, wenn die Arbeitsentgelte und die sonstigen Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag geregelt sind. Das liegt vor, wenn diese Arbeitsbedingungen Gegenstand eines Tarifvertrags sind und der Betrieb dem räumlichen, fachlichen, persönlichen und zeitlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags unterliegt.²⁶⁶ Die Betriebsparteien sind aber außerhalb des Geltungsbereichs des Tarifvertrags berechtigt, solche Arbeitsbedingungen zu regeln.²⁶⁷

Nicht nur der Verbandstarifvertrag kann die Sperrwirkung auslösen, sondern auch der Firmentarifvertrag,²⁶⁸ wenn der Betrieb dem Geltungsbereich des Firmentarifvertrags unterliegt. Erfasst der Firmentarifvertrag nur einige Betriebe eines Unternehmens, entfaltet er für andere Betriebe keine Sperrwirkung.²⁶⁹

²⁶³ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 795; Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 192, 193; Heitzmann, in: Ring (Hrsg.), Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 183.

²⁶⁴ Brecht, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 184.

²⁶⁵ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 794; Brecht, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 184, 185.

²⁶⁶ BAG, v. 10.10.2006 – 1ABR 59/05, NZA 2007, 523, 524; Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 6; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 52.

²⁶⁷ Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 52; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 795.

²⁶⁸ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 273.

²⁶⁹ ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 47.

Nach der h. M. in der Literatur und der Rechtsprechung ist die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers für das Greifen der Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG nicht erforderlich.²⁷⁰ Diese Auffassung findet ihre Begründung im Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG, der den Schutz der Tarifautonomie durch Verwehrung des Abschlusses von Betriebsvereinbarungen durch die Betriebsparteien zugunsten der Tarifvertragsparteien bezweckte.²⁷¹ Dieser Schutzzweck würde ins Leere laufen, wenn dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben würde, die Sperrwirkung durch den Austritt aus dem Arbeitgeberverband zu umgehen.²⁷² Nach dieser Auffassung wird die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie auch beeinträchtigt, wenn die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber kollektivrechtliche „Konkurrenzregelungen“ in Form von Betriebsvereinbarungen schaffen würden.²⁷³ Das Auslösen der Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG hängt nach dieser Auffassung nur davon ab, dass der Betrieb dem Geltungsbereich des Tarifvertrags unterliegt.²⁷⁴

Eine andere Auffassung sieht die Tarifbindung des Arbeitgebers zu Recht als zwingende Voraussetzung für das Eingreifen der Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG.²⁷⁵ Die Sicherung der Tarifautonomie in § 77 Abs. 3 BetrVG gegenüber der Betriebsautonomie, die auf Art. 9 Abs. 3 GG basiert, ist nur notwendig, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist.²⁷⁶ Es ist auch nicht gerechtfertigt, dass den Tarifvertragsparteien Vorrang gegenüber den Betriebsparteien eingeräumt wird, während die Tarifverträge im Betrieb gar nicht gelten, weil das bedeutet, dass § 77 Abs. 3 BetrVG nicht mehr für die Sicherung der Tarifautonomie verwendet wird, sondern für die Schaffung eines Regelungsmonopols der Tarifvertragsparteien.²⁷⁷ Die Nichterforderlichkeit der Tarifbindung des Arbeitgebers spricht gegen die verfassungsrechtlich garantierte negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG, weil der Arbeitgeberverband durch den Abschluss eines Tarif-

²⁷⁰ BAG, v. 26.08.2008 – 1 AZR 354/07, NZA 2008, 1426, 1427; BAG, v. 23.03.2011 – 4 AZR 268/09, AP Nr. 101 zu § 77 BetrVG 1972; ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 45; Oberthür/*Seitz*, Betriebsvereinbarungen/*Seitz*, Teil XIII. Rn. 7; MHdB ArbR/*Arnold*, § 315 Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats Rn. 72; Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht/*Schwarze*, § 77 BetrVG Rn. 23; v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 795; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 52, 53.

²⁷¹ *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 52, 53.

²⁷² MHdB ArbR/*Arnold*, § 315 Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats Rn. 72.

²⁷³ BAG, v. 23.03.2011 – 4 AZR 268/09, AP Nr. 101 zu § 77 BetrVG 1972.

²⁷⁴ *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 53.

²⁷⁵ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 275; *Ehmann/Schmidt*, NZA 1995, 193, 196; *Hablitzel*, NZA 2001, 467, 471; *Lambrich*, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 333 ff.; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 301.

²⁷⁶ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 301, 302.

²⁷⁷ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 302.

vertrags die Möglichkeit hätte, dem Arbeitgeber trotz dessen fehlender Tarifbindung zu untersagen, eine Betriebsvereinbarung abzuschließen.²⁷⁸

Es könnte behauptet werden, dass die Nichterforderlichkeit der Tarifbindung des Arbeitgebers als Voraussetzung für die Auslösung der Sperrwirkung mit dem Grundsatz der Tarifeinheit nach § 4a TVG unvereinbar ist. Denn unabhängig von der Frage, welcher Tarifvertrag die Sperrwirkung auslösen kann, der Mehrheitstarifvertrag oder der Minderheitstarifvertrag, setzt § 4a Abs. 2. S. 1 TVG ausdrücklich voraus, dass der Arbeitgeber an die Tarifverträge nach § 3 TVG gebunden ist. Die Tarifbindung des Arbeitgebers muss also mindestens im Anwendungsbereich der Konkurrenzregelungen nach § 4a TVG vorliegen. Hier ist jedoch zu beachten, dass die Tarifbindung des Arbeitgebers eine Voraussetzung für die Anwendung der Konkurrenzregelungen nach § 4a TVG ist, nicht jedoch für die Auslösung der Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG.

Die Auslösung der Sperrwirkung erfordert nicht, dass der Tarifvertrag im Betrieb für die Branche repräsentativ ist. Voraussetzung ist lediglich, dass er gilt und dass der Betrieb in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt.²⁷⁹ Das heißt, dass im Falle der Tarifpluralität im Betrieb jeder Tarifvertrag die Sperrwirkung auslösen kann,²⁸⁰ da alle Tarifverträge im Betrieb gelten und der Betrieb ihren Geltungsbereichen unterliegt. Wie sich die Lage bei Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG darstellt, wird später betrachtet werden.²⁸¹

Im Nachwirkungsstadium gem. § 4 Abs. 5 TVG löst der Tarifvertrag keine Sperrwirkung i. S. d. § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG aus, da der nachwirkende Tarifvertrag keine zwingende Wirkung hat und stets durch eine andere Abmachung ersetzt werden kann.²⁸² Gleiches gilt für die Negativregelung, bei der die Tarifparteien in einem Tarifvertrag ausdrücklich oder konkludent darauf verzichten, bestimmte Arbeitsbedingungen zu regeln.²⁸³ Die bloßen Verhandlungen über bestimmte Arbeitsbedingungen reichen ferner für die Auslösung der Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3

²⁷⁸ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 275; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 302, 303.

²⁷⁹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 277; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 53; *Heitzmann*, in: *Ring (Hrsg.)*, Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 183.

²⁸⁰ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 279; *Oberthür/Seitz*, Betriebsvereinbarungen/*Seitz*, Teil XIII. Rn. 10.

²⁸¹ Siehe unten S.59 ff.

²⁸² *Oberthür/Seitz*, Betriebsvereinbarungen/*Seitz*, Teil XIII. Rn. 11; *Leitmeier*, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 187; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 53.

²⁸³ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 283; *Oberthür/Seitz*, Betriebsvereinbarungen/*Seitz*, Teil XIII. Rn. 13.

S. 1 Alt. 1 BetrVG nicht aus, da die Arbeitsbedingungen Gegenstand des Tarifvertrages sein müssen und für die Tarifvertragsparteien ein Interesse am Bestehen dieser Bedingungen besteht.²⁸⁴

bb) Tarifvertragsübliche Regelung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BetrVG

Sind die Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen nicht in einem Tarifvertrag geregelt, besteht eine andere Möglichkeit für die Auslösung der Sperrwirkung, wenn die tarifrechtlichen Regelungen nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BetrVG üblich sind. Es stellt sich aber die Frage, was genau unter Tarifüblichkeit zu verstehen ist.

Arbeitsbedingungen sind tarifüblich, wenn sie bereits Gegenstand eines Tarifvertrags waren und wenn die Möglichkeit besteht, dass diese Arbeitsbedingungen künftig erneut tariflich geregelt werden.²⁸⁵ Die bloße zeitliche Geltungslücke zwischen einem abgelaufenen und einem neu zu erwartenden Tarifvertrag sollte also nicht zum Wegfall der Sperrwirkung führen,²⁸⁶ weil die Betriebsparteien auch in dem Zeitraum zwischen der Beendigung eines Tarifvertrags und seinem Neuabschluss daran gehindert werden sollen, Betriebsvereinbarungen zu treffen, die in Konkurrenz zum bevorstehenden Tarifvertrag treten.²⁸⁷

Diese weite Auslegung der Tarifüblichkeit soll jedoch begrenzt werden.

Wie bereits erwähnt setzt die Tarifüblichkeit voraus, dass eine Arbeitsbedingung (1) Gegenstand eines Tarifvertrags war und sie (2) künftig wieder tariflich geregelt werden könnte. Die Tarifüblichkeit ist i. d. S. sowohl vergangenheits- als auch zukunftsbezogen.²⁸⁸

(I.) Vergangenheitsvoraussetzung

Maßgeblich für das Vorliegen der Tarifüblichkeit ist die bisherige Tarifpraxis.²⁸⁹ Die Beurteilung, wann die bisherige Tarifpraxis vorliegt, ist jedoch umstritten.

Einer Ansicht nach genügt für die Tarifüblichkeit, dass die Arbeitsbedingung nur einmal Gegenstand eines Tarifvertrags war und dass vermutet werden kann, dass sie künftig wieder tariflich

²⁸⁴ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 305.

²⁸⁵ *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 54.

²⁸⁶ BAG, v. 05.03.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 917.

²⁸⁷ BAG, v. 10.12.2013 – 1 ABR 39/12, NZA 2014, 1040, 1045.

²⁸⁸ *Lambrich*, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 320, 321; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 312.

²⁸⁹ BAG, v. 26.08.2008 – 1 AZR 354/07, NZA 2008, 1426, 1427; Schaub ArbR-HdB/*Ahrendt*, § 231 Rn. 27; Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/*Seitz*, Teil XIII. Rn. 14.

geregelt wird.²⁹⁰ Begründung dieser Ansicht war, dass die Tarifüblichkeit lediglich Auffangfunktion hat und daher keine höheren Anforderungen benötigt als die tarifvertraglichen Regelungen nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG, die die Regelung der Arbeitsbedingung in mehreren Tarifverträgen nicht voraussetzt.²⁹¹

Eine andere Ansicht geht hingegen davon aus, dass die Tarifüblichkeit vorliegt, wenn entweder über eine Arbeitsbedingung mehrere Tarifverträge nacheinander abgeschlossen werden oder ein Tarifvertrag für einen längeren Zeitraum besteht.²⁹² Dieses Verständnis ist mit dem Wortlaut des Gesetzgebers, „üblicherweise“, was die gleiche Bedeutung wie „gewöhnlich“ oder „wie üblich“ hat, vereinbar, denn die Üblichkeit setzt eine gewisse Wiederholung oder Regelmäßigkeit voraus und dies liegt nur vor, wenn die Arbeitsbedingung in mehreren Tarifverträgen nacheinander oder in einem Tarifvertrag für einen längeren Zeitraum geregelt wurde.²⁹³

Die Tarifüblichkeit fehlt also, wenn die Vertragsparteien lediglich die Absicht haben, bestimmte Regelungsgegenstände künftig tariflich zu regeln, ohne dass es in der Vergangenheit einen entsprechenden Tarifvertrag gab.²⁹⁴ Dies trifft beispielsweise auf Tarifverhandlungen zu.²⁹⁵

Der Tarifvertrag löst im Nachwirkungsstadium gem. § 4 Abs. 5 TVG zwar keine Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG aus, jedoch kann er die Sperrwirkung üblicherweise nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BetrVG auslösen.²⁹⁶ Diese Ansicht stieß jedoch auf Kritik, da sie zu einer starken Einschränkung der Betriebsautonomie führt und diese ausschließlich vom Willen der Tarifparteien abhängig macht.²⁹⁷ Der nachwirkende Tarifvertrag kann nach dieser Ansicht keine Tarifüblichkeit entfalten, denn er muss – da der Begriff „andere Abmachung“ gem. § 4 Abs. 5 TVG nicht beschränkt ist – sowohl eine Abmachung als auch eine Betriebsvereinbarung möglich machen.²⁹⁸ Dieser Ansicht ist aber nicht zu folgen, da § 4 Abs. 5 TVG zwar den Begriff „andere Abmachung“ nicht definiert und eine Betriebsvereinbarung deswegen getroffen werden kann, jedoch bezieht sich das nur auf den Fall, dass die Tarifvertragsparteien den Betriebsvertragspar-

²⁹⁰ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 795.

²⁹¹ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 322.

²⁹² Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 291; Schaub ArbR-HdB/Ahrendt, § 231 Rn. 27; Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 322, 323.

²⁹³ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 322, 323.

²⁹⁴ BAG, v. 05.03.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916; Schaub ArbR-HdB/Ahrendt, § 231 Rn. 27.

²⁹⁵ Schaub ArbR-HdB/Ahrendt, § 231 Rn. 27.

²⁹⁶ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 319, 320; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 54.

²⁹⁷ Schneider, Die Auswirkungen von Tarifrückstellungen im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 311.

²⁹⁸ Schneider, Die Auswirkungen von Tarifrückstellungen im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 313.

teien die Möglichkeit einräumen, Betriebsvereinbarungen generell oder eingeschränkt auf die Zeit der Nachwirkung abzuschließen.²⁹⁹

(II.) Zukunftsvoraussetzung

Für das Entstehen der Tarifüblichkeit muss auch erwartet werden, dass eine Arbeitsbedingung künftig wieder tariflich geregelt wird. Das heißt, für die Auslösung der Sperrwirkung ist es nicht ausreichend, dass die Tarifvertragsparteien nur beabsichtigen, die ehemalige Arbeitsbedingung künftig in einer anderen Abmachung zu regeln oder nur über sie zu verhandeln.³⁰⁰ Die gesetzliche Formulierung („üblicherweise tariflich geregelt“) macht klar, dass die Arbeitsbedingung künftig nur in einem Tarifvertrag geregelt werden kann.³⁰¹

Diese zeitliche Voraussetzung, dass die ehemalige Arbeitsbedingung tariflich wieder geregelt wird, sollte aber beschränkt werden.

Schneider ist der Ansicht, dass die betriebliche Regelungskompetenz nicht ausschließlich vom Willen der Tarifvertragsparteien abhängig sein sollte. Arbeitsbedingungen, die nach einer bestimmten Zeit nicht erneut tariflich geregelt wurden, sollten nicht mehr als tarifüblich betrachtet werden. Er schlägt vor, dass der regelmäßige Verhandlungszeitraum für den Abschluss eines neuen Tarifvertrags die Grenze der Üblichkeit sein sollte. Ist dieser Zeitraum abgelaufen, könne man davon ausgehen, dass diese Arbeitsbedingungen künftig nicht mehr geregelt werden sollen.³⁰² Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn die Tarifüblichkeit soll – wie das BAG bestätigt hat? – nur dann bestehen, „wenn der Regelungsgegenstand in der Vergangenheit in einem einschlägigen Tarifvertrag enthalten war und die Tarifvertragsparteien über ihn Verhandlungen führen“. ³⁰³

Die tariflichen Regelungen dürfen künftig praktisch nicht ausgeschlossen sein.³⁰⁴ Daher kann die Tarifüblichkeit vor dem Ende des Verhandlungszeitraums enden, wenn die Tarifvertragsparteien in den Verhandlungen vereinbart haben, dass sie bestimmte Regelungsgegenstände nicht mehr

²⁹⁹ Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 424.

³⁰⁰ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 321.

³⁰¹ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 321.

³⁰² Schneider, Die Auswirkungen von Tarifröhrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 313, 314.

³⁰³ BAG, v. 05.03.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 917.

³⁰⁴ Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze, § 77 BetrVG Rn. 26.

regeln möchten,³⁰⁵ oder wenn eine Tarifvertragspartei seine Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit verliert.³⁰⁶

5. Schicksal der gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarung

a) Begriffliche Abgrenzung zwischen „Unwirksamkeit“ und „Nichtigkeit“

In der Literatur wird teilweise von „Unwirksamkeit“,³⁰⁷ teilweise von „Nichtigkeit“³⁰⁸ der gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarung gesprochen, ohne dass zwischen den beiden Begriffen unterschieden wird. In der Literatur werden beide Begriffe entweder als Synonyme³⁰⁹ für „Wirklosigkeit“ verwendet oder sie werden getrennt³¹⁰ behandelt. Hier sollte klargestellt werden, wo die genaue Grenze zwischen den beiden Begriffen liegt.

Da die allgemeinen Grundsätze für die Rechtsgeschäfte im BGB auch für die Betriebsvereinbarungen gelten,³¹¹ richtet sich die Abgrenzung zwischen der Unwirksamkeit und der Nichtigkeit der Betriebsvereinbarungen nach der Abgrenzung der Unwirksamkeit und der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte.

³⁰⁵ ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 48; Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze*, § 77 BetrVG Rn. 26; *Lambrich*, *Tarif- und Betriebsautonomie*, 1999, S. 320; *Krohm*, *Weitergeltung & Nachwirkung*, 2014, S. 54, 55.

³⁰⁶ Richardi, *Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 293.

³⁰⁷ ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 43; Richardi, *Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 327; *Goethner*, *Die rechtlichen Auswirkungen der gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarungen*, 2003, S. 22.

³⁰⁸ LAG Düsseldorf, v. 01.03.2000 – 1 Sa 1470/99, BeckRS 2007, 46806; v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 795; *Belling/Hartmann*, NZA 1998, 673; *Moll*, *Der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz*, 1980, S. 51; *Bakopoulos*, *Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung*, 1991, S. 177; *Schneider*, *Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung*, 2014, S. 293.

³⁰⁹ BAG, v. 24.01.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948; BAG, v. 05.03.1997 – 4 AZR 532/95 NZA 1997, 951; *Taeger/Pohle*, *ComputerR-HdB/Imping*, 70.7 Tarifvertrag Rn. 8; *Fischer*, *Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen*, 1998, S. 22.

³¹⁰ Oberthür/Seitz, *Betriebsvereinbarungen/Seitz*, Teil XIII. Rn. 1: „Entgegenstehende Betriebsvereinbarungen sind schwebend oder endgültig unwirksam, jedoch nicht nichtig“; Grobys/Panzer-Heemeier, *SWK-ArbR/Ruttkamp*, *Betriebsvereinbarung*, Rn. 41: „ist diese entweder schwebend (bei nachträglicher Genehmigung durch rückwirkende Öffnungsklausel) oder endgültig unwirksam, jedoch nicht nichtig“; *Heitzmann*, in: *Ring (Hrsg.)*, *Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen*, 2012, S. 189, 190: „Ein Verstoß gegen die Sperrwirkung von §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG führt zur Unwirksamkeit, nicht aber zur Nichtigkeit der betrieblichen Regelung“.

³¹¹ Richardi, *Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 46.

Unwirksamkeit bezieht sich auf das Rechtsgeschäft, das am Anfang zwar wirksam ist, dessen Rechtsfolgen aber später aus bestimmten Gründen nicht eintreten können.³¹² Ein unwirksames Rechtsgeschäft kann aber künftig geheilt werden und seine Wirksamkeit wieder erlangen.³¹³ Eine Art von Unwirksamkeit ist die schwebende Unwirksamkeit; sie bezeichnet ein Rechtsgeschäft, das zunächst unwirksam ist, aber durch eine nachträgliche Genehmigung wirksam werden kann.³¹⁴

Nichtigkeit bedeutet hingegen, dass sämtliche beabsichtigten Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäfts von Anfang an nicht eintreten können.³¹⁵ Das heißt aber nicht, dass das Rechtsgeschäft inexistent ist. Das Rechtsgeschäft ist vorhanden,³¹⁶ jedoch löst es weder für die Beteiligten noch für Dritte eine Wirkung aus.³¹⁷ Im Gegensatz zur Unwirksamkeit kann ein nichtiges Rechtsgeschäft künftig nur in Ausnahmefällen wirksam werden.³¹⁸ Zu diesen Ausnahmefällen gehört aber nicht das gesetzliche Verbot in § 134 BGB, was bedeutet, dass das gegen § 134 BGB verstoßende Rechtsgeschäft nicht geheilt werden kann.

Diese in der Literatur fehlende Differenzierung zwischen den beiden Begriffen lässt sich darauf zurückführen, dass manche den Begriff der Unwirksamkeit als Oberbegriff für alle die Fälle ansehen, bei denen das Rechtsgeschäft keine Wirkung entfaltet.³¹⁹ Dazu gehört die Nichtigkeit, die den höchsten Grad der Unwirksamkeit darstellt.³²⁰

In der vorliegenden Arbeit wird die Auffassung vertreten, dass zwischen den beiden Begriffen unterschieden werden muss, da beide Sachverhalte zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen.

b) Meinungsstreit

Wie bereits angeführt ist umstritten, ob eine Betriebsvereinbarung, die gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstößt, unwirksam oder nach § 134 BGB nichtig ist. Das liegt daran, dass einige es als Verbotsnorm betrachten, während andere es nicht so sehen.

³¹² *Neuner*, BGB AT, § 55 Rn. 1.

³¹³ *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 22.

³¹⁴ *Neuner*, BGB AT, § 55 Rn. 1.

³¹⁵ *Jäpel*, Rechtliche Unmöglichkeit und gesetzliches Verbot, 2014, S. 28.

³¹⁶ *Neuner*, BGB AT, § 55 Rn. 8.

³¹⁷ *Neuner*, BGB AT, § 55 Rn. 3.

³¹⁸ *Neuner*, BGB AT, § 55 Rn. 7.

³¹⁹ *Beer*, Die relative Unwirksamkeit, 1975, S. 30; *Neuner*, BGB AT, § 55 Rn. 1.

³²⁰ *Beer*, Die relative Unwirksamkeit, 1975, S. 30; *Neuner*, BGB AT, § 55 Rn. 3.

Der Teil der Autorenschaft,³²¹ der sich für die Nichtigkeit der Betriebsvereinbarung ausspricht, hat seine Ansicht nicht genügend begründet. Er beschränkt sich nur darauf, die Norm dergestalt zu interpretieren, dass § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG ein Gesetzverbot nach § 134 BGB enthält, das es den Betriebsparteien untersagt, bestimmte Arbeitsbedingungen zu regeln, wenn diese bereits durch einen Tarifvertrag geregelt wurden oder üblicherweise geregelt werden.

Die andere Ansicht³²² sieht die gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung zu Recht als unwirksam, da § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht als Verbotsnorm betrachtet werden kann. Das BAG begründet diese Ansicht so: „Die Vorschrift ist als kompetenzbegrenzende Norm ausgestaltet, sie beschränkt die rechtliche Gestaltungsmacht der Betriebspartner. Kompetenznormen sind aber nicht ohne weiteres einer Verbotsnorm i. S. d. § 134 BGB gleichzusetzen“.³²³

Weiterhin kann man sich zwar nicht lediglich auf die Auslegung des Wortlautes „können nicht“ berufen, da er unterschiedlich interpretiert wird.³²⁴ Allerdings kann der Wortlaut in Verbindung mit anderen Anhaltspunkten klären, ob die Norm als Verbotsnorm betrachtet werden sollte oder nicht.³²⁵ Der Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG spricht gegen die Verbotsnorm. Nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG „können“ Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Aus dem Wortlaut „können“ ergibt sich, dass es sich bei § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG

³²¹ LAG Düsseldorf, v. 01.03.2000 – 1 Sa 1470/99, BeckRS 2007, 46806; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi, § 77 BetrVG Rn. 292; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 795; Belling/Hartmann, NZA 1998, 673; Moll, Der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz, 1980, S. 51; Bakopoulos, Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung, 1991, S. 177; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 293.

³²² BAG, v. 29.10.2002 – 1 AZR 573/01, NZA 2003, 393, 394; ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 43; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 327; Grobys/Panzer-Heemeier, SWK-ArbR/Ruttkamp, Betriebsvereinbarung, Rn. 41; Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 1; Kort, NZA 2005, 620; Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 211; Goethner, Die rechtlichen Auswirkungen der gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarungen, 2003, S. 22.

³²³ BAG, v. 20.04.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059, 1063.

³²⁴ Neuner, BGB AT, § 45 Rn. 4: „Keine gesetzlichen Verbote enthalten daher zwingende oder halbzwingende Normen, die besagen, dass Rechtsgeschäfte nicht vorgenommen werden können. Solche Rechtsgeschäfte liegen von vornherein außerhalb des rechtlichen Vermögens der Privatrechtssubjekte. Die Frage, ob sie nichtig oder trotz Verbotswidrigkeit gültig sind, lässt sich bei ihnen vernünftigerweise gar nicht stellen. Hierzu gehören insbesondere Vorschriften, die ausdrücklich hervorheben, jemand „könne“ ein bestimmtes Rechtsgeschäft nicht vornehmen oder eine bestimmte Rechtsfolge „könne“ nicht vereinbart werden“; MüKoBGB/Armbrüster, § 134 BGB, Rn. 61: „man könne zwischen Verbotsgesetzen und anderen Gesetzen nach der Wortwahl des Gesetzgebers unterscheiden. „Kann nicht“, „ist unzulässig“ oder „ist nicht übertragbar“ erschienen dabei als Merkmale eines Verbotsgesetzes, „soll nicht“ dagegen als Hinweis darauf, dass ein solches nicht vorliege“.

³²⁵ MüKoBGB/Armbrüster, § 134 BGB, Rn. 62, 63.

nicht um eine Verbotsnorm, sondern nur um eine Einschränkung der Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien handelt.³²⁶

Nach § 134 BGB tritt die Nichtigkeit ein, wenn sich aus dem Gesetz nichts anders ergibt. Aus dem Schutzzweck des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG kann man aber anderes folgern, weil dieser Vorschrift nicht entnommen werden kann, dass die gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung nichtig ist, weil § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nur die Sicherung der Tarifautonomie bezweckt, indem er den Tarifvertragsparteien den Vorrang zur Regelung der Arbeitsbedingungen einräumt.³²⁷

Ein weiteres Argument gegen die Einstufung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG als Verbotsnorm ergibt sich aus der Zulassung von Tariföffnungsklauseln in § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG. Die Tarifvertragsparteien haben die Möglichkeit, selbst zu entscheiden, ob sie die Betriebsvereinbarung zulassen möchten oder nicht. Durch die Nutzung von Tariföffnungsklauseln können sie nachträglich eine Genehmigung erteilen und die Betriebsvereinbarung wirksam machen. Diese Situation ist mit einem genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft zu vergleichen, bei dem angenommen wird, dass das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam ist, wenn es ohne erforderliche Genehmigung durchgeführt wird.³²⁸

Ferner ist es bekannt, dass eine Betriebsvereinbarung, die gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstößt, unter bestimmten Umständen durch individuelle Vereinbarung oder Umdeutung wieder Gültigkeit erlangen kann. Das bedeutet, dass im Falle der Annahme der Nichtigkeit gem. § 134 BGB eine Umgehung des gesetzlichen Verbots durch individuelle Vereinbarungen möglich ist,³²⁹ während sich die Nichtigkeit des § 134 BGB auf das Umgehungsgeschäft ausdehnen soll, da es unter § 134 BGB fällt.³³⁰

Daraus ergibt sich, dass die schwebende oder endgültige Unwirksamkeit selbst aus dem § 77 Abs. 3 BetrVG und nicht aus dem § 134 BGB hervorgeht.

³²⁶ BAG, v. 20.04.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059, 1063; *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 212; *Goethner*, Die rechtlichen Auswirkungen der gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarungen, 2003, S. 22.

³²⁷ BAG, v. 20.04.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059, 1063.

³²⁸ BAG, v. 20.04.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059, 1063; *Heitzmann*, in: *Ring (Hrsg.)*, Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 189, 190.

³²⁹ *Hablitzel*, NZA 2001, 467, 471.

³³⁰ *Neuner*, BGB AT, § 45 Rn. 26.

c) Folgen der Unwirksamkeit und Nichtigkeit unter Herrschaft der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG

Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kann – bei der Tarifkollision – ein Tarifvertrag andere Tarifverträge verdrängen, soweit dieser Tarifvertrag zu einer Gewerkschaft gehört, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt geschlossenen kollidierenden Tarifvertrags die meisten Mitglieder im Betrieb hatte. Die Frage ist nun, nach Anwendung der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG, welche Konsequenzen erwartet werden können, wenn man eine der Auffassungen, nämlich dass die gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung unwirksam oder nach § 134 BGB nichtig ist, übernommen hat.

Folgt man der Ansicht der Nichtigkeit der Betriebsvereinbarung nach § 134 BGB, hat das zur Folge, dass die Betriebsvereinbarung, die ohne Zulassungsklausel abgeschlossen wurde, nachträglich nicht geheilt werden kann, auch wenn später ein Tarifvertrag mit rückwirkender Zulassungsklausel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG zur Anwendung kommen würde. Die nachträgliche Genehmigung ist hier nicht möglich, da die Betriebsvereinbarung nach § 134 BGB nichtig ist. Der verdrängende Tarifvertrag hat nur die Möglichkeit, die nichtige Betriebsvereinbarung ab dem Zeitpunkt der Verdrängung zuzulassen. Dies könnte sich darauf zurückführen lassen, dass ein gesetzliches Verbot nach dieser Auffassung nur besteht, wenn die Betriebsvereinbarung gegen den Willen der Tarifvertragsparteien abgeschlossen wurde. Haben die Tarifvertragsparteien den Betriebsparteien erlaubt, eine Betriebsvereinbarung abzuschließen, liegt kein gesetzliches Verbot mehr vor. Mit anderen Worten: Ab der Geltung der Zulassungsklausel liegt kein Nichtigkeitsgrund mehr vor.

Die Rechtsprechung lehnt diese Ansicht ab und bestätigt, dass die Betriebsvereinbarung nicht aufgrund der Nichtigkeit gem. § 134 BGB geheilt werden kann:

„Die Rückwirkung der Öffnungsklausel scheitert entgegen der Auffassung der Kl. auch nicht bereits daran, daß eine nachträgliche Genehmigung der Betriebsvereinbarung wegen deren „Nichtigkeit“ gar nicht in Betracht käme und nur ein Neuabschluß den Mangel heilen konnte“.³³¹

Die Übernahme der Auffassung, die besagt, dass die gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG abgeschlossene Betriebsvereinbarung unwirksam ist, führt zu einem anderen Ergebnis. Denn der Verstoß gegen eine Kompetenznorm führt zwar zur Ex-nunc-Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung,

³³¹ BAG, v. 20.04.1999 – 1 AZR 631/98, NZA 1999, 1059, 1063.

jedoch kann diese Unwirksamkeit rückwirkend (ex tunc) durch nachträgliche Genehmigung geheilt werden.³³² Im Falle der Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kann also der verdrängende Tarifvertrag die frühe unwirksame Betriebsvereinbarung rückwirkend wirksam machen. Es ist aber wichtig, darauf hinzuweisen, dass die Rückwirkung nicht uneingeschränkt ist, sondern durch die Grundsätze des Vertrauensschutzes begrenzt ist.³³³

Daraus ergibt sich, dass die rückwirkende Zulassungsklausel nur mit der Auffassung der Unwirksamkeit vereinbar ist, die § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht als Verbotsnorm nach § 134 BGB, sondern als Kompetenznorm ansieht.³³⁴

d) Umdeutung

Strittig ist, ob die gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßende unwirksame Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage umgedeutet werden kann.

Manche behaupten, dass die unwirksame Betriebsvereinbarung nicht in eine Gesamtzusage umgedeutet werden kann.³³⁵ Das BAG hält die Umdeutung zwar nicht für ausgeschlossen, die Betriebsvereinbarung als kollektivrechtliches Gestaltungsmittel jedoch schon.³³⁶ Das LAG Hamm geht weiter und verneint die Umdeutung unabhängig vom hypothetischen Willen des Arbeitgebers schon aus Gründen des rechtsgeschäftlichen Verkehrsschutzes. Berücksichtigt wird „allein eine Auslegung derjenigen Erklärungen und Handlungen des Arbeitgebers, welche zum Abschluss der Betriebsvereinbarung geführt haben, dem Arbeitnehmer zugegangen sind und aus objektiver Empfängersicht einen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungs- und Gestaltungswillen des Arbeitgebers erkennen lassen“.³³⁷ Nach dieser Ansicht setzt § 140 BGB für eine Umdeutung voraus, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft durch ein anderes Rechtsgeschäft ersetzt werden kann. Die Betriebsvereinbarung gilt aber für die Arbeitnehmer nicht kraft eines Rechtsgeschäfts zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern, sondern kraft der Normsetzung. Ein solches Rechtsgeschäft besteht nur zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat.³³⁸ Zudem führt die

³³² Greiner, RdA 2022, 164, 168.

³³³ BAG, v. 20.04.1999 – I AZR 631/98, NZA 1999, 1059.

³³⁴ Goethner, Die rechtlichen Auswirkungen der gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarungen, 2003, S. 9.

³³⁵ LAG Hamm, v. 22.10.1998 – 8 Sa 1353/98, NZA-RR 2000, 27; Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze, § 77 BetrVG, Rn. 28; Moll, RdA 2019, 229, 231.

³³⁶ BAG, v. 23.01.2018 – I AZR 65/17, AP Nr. 111 zu § 77 BetrVG 1972; Moll, RdA 2019, 229, 231.

³³⁷ LAG Hamm, v. 22.10.1998 – 8 Sa 1353/98, NZA-RR 2000, 27.

³³⁸ Moll, RdA 2019, 229, 231.

Umdeutung einer kollektiven Vereinbarung in eine individuelle Vereinbarung dazu, dass die Umdeutung nicht mehr unter den Anwendungsbereich des § 140 BGB fällt, da diese Umdeutung zum Parteiwechsel führt.³³⁹ Gegen die Umdeutung spricht auch, dass die Umdeutung nach § 140 BGB dem Schutzzweck des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG zuwiderläuft,³⁴⁰ der die kollektivrechtliche Konkurrenz zwischen den Tarifverträgen und den Betriebsvereinbarungen vermeiden wollte.³⁴¹ Richtigerweise geht die h. M. in der Rechtsprechung und der Literatur davon aus, dass die gegen § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßende Betriebsvereinbarung nach § 140 BGB umgedeutet werden kann. Die Umdeutung ist jedoch vom Vorliegen besonderer Umstände abhängig, die den Schluss rechtfertigen, dass der Arbeitgeber unabhängig von der Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung verpflichtet wollte, den Arbeitnehmern bestimmte Leistungen zu gewähren.³⁴² Dies wird damit argumentiert, dass es dem Normzweck des § 140 BGB darum geht, den von den Parteien erstrebten Erfolg zu erreichen, auch dann, wenn das rechtliche Mittel, das sie dafür gewählt haben, unzulässig ist, jedoch ein anderer rechtlicher Weg zur Verfügung steht, der zum beinahe gleichen wirtschaftlichen Resultat führt.³⁴³ Das heißt, dass kein Rechtsgeschäft zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern besteht, sondern nur zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat, scheidet des § 140 BGB nicht aus, weil das dem allgemeinen Gedanken nicht entgegensteht.³⁴⁴ Darüber hinaus verhindert es § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht, den Arbeitnehmern bestimmte Leistungen zu gewähren. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG bezweckt nur, die kollektivrechtliche Konkurrenz zwischen den Tarifverträgen und den Betriebsvereinbarungen zu vermeiden.³⁴⁵ Da die Umdeutung rein individualrechtlichen Charakter hat, scheidet solche kollektivrechtliche Konkurrenz zwischen den Gewerkschaften und den Betriebsräten aus.³⁴⁶ Es besteht somit keine Gefahr, den Normzweck des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu umzugehen.

³³⁹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 52; Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht/*Schwarze*, § 77 BetrVG, Rn. 28; *Moll*, RdA 2019, 229, 231.

³⁴⁰ LAG Baden-Württemberg, v. 16.01.1997 – 11 Sa 101/96, NZA-RR 1997, 387, 389; *Moll*, RdA 2019, 229, 232.

³⁴¹ LAG Baden-Württemberg, v. 16.01.1997 – 11 Sa 101/96, NZA-RR 1997, 387, 389.

³⁴² BAG, v. 24.01.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948 ff.; BAG, v. 23.02.2016 – 3 AZR 960/13, NZA 2016, 642; BAG, v. 23.01.2018 – 1 AZR 65/17, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 111, NZA 2018, 871, 874; BAG, v. 09.11.2021 – 1 AZR 206/20, NZA 2022, 286, 289; Schaub ArbR-HdB/*Ahrendt*, § 111. Gesamtzusage, Rn. 7; Grobys/Panzer-Heemeier, SWK-ArbR/*Ruttkamp*, Betriebsvereinbarung, Rn. 41; *Belling/Hartmann*, NZA 1998, 673 ff.; *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 55.

³⁴³ *Belling/Hartmann*, NZA 1998, 673, 674.

³⁴⁴ BAG, v. 24.01.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948, 949, 950; *Belling/Hartmann*, NZA 1998, 673, 674.

³⁴⁵ BAG, v. 24.01.1996 – 1 AZR 597/95, NZA 1996, 948, 950.

³⁴⁶ *Belling/Hartmann*, NZA 1998, 673, 677.

6. Verhältnis § 77 Abs. 3 BetrVG zu § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG

Während sich § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auf die Sperrwirkung von Betriebsvereinbarungen über Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen bezieht, wenn diese Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, regelt § 87 Abs. 1 BetrVG das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, wenn eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht.

Dieses Verhältnis zwischen den beiden Vorschriften ist seit langem strittig und kreist um die Frage, ob die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auch im Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 BetrVG Anwendung findet oder nicht. Der Streit wird damit begründet, dass eine Überschneidung zwischen den beiden Vorschriften denkbar ist, weil das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG normalerweise durch die Form einer Betriebsvereinbarung ausgeübt wird.³⁴⁷

Eine Untersuchung des Verhältnisses zwischen den beiden Vorschriften ist für den weiteren Verlauf dieser Arbeit von Relevanz, weil dadurch sowohl die Reichweite der Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG als auch die Reichweite der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG nach Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 TVG bestimmt werden kann.

a) Zwei-Schranken-Theorie

Diese Auffassung besagt, dass der Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auch auf die Arbeitsbedingungen, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind, Anwendung findet.³⁴⁸ Nach dieser Auffassung gilt § 87 Abs. 1 BetrVG nicht als Ausnahme vom Tarifvorbehalt gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG, was bedeutet, dass der Abschluss einer Betriebsvereinbarung über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten ausgeschlossen ist, wenn diese Angelegenheiten üblicherweise durch einen Tarifvertrag geregelt werden.³⁴⁹ Diese starke Einschränkung des betrieblichen Mitbestimmungsrechts wurde jedoch dadurch gemildert, dass die Anwendung des Tarif-

³⁴⁷ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 797.

³⁴⁸ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 263; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 797; Moll, der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz, 1980, S. 39; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 71, 72.

³⁴⁹ Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 73.

vorbehalts nur auf materielle Arbeitsbedingungen in § 87 Abs. 1 Nr. 3, 10, 11 BetrVG beschränkt wird.³⁵⁰

Diese Auffassung wird oft von den Autoren als Zwei-Schranken-Theorie bezeichnet, da der Abschluss einer Betriebsvereinbarung über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten sowohl der Schranke des Tarifvorrangs nach § 87 Abs. 1 BetrVG als auch der Schranke des Tarifvorbehalts nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG unterliegt.³⁵¹ Der Begriff „Zwei-Schranken-Theorie“ wurde jedoch von überzeugten Verfechtern kritisiert,³⁵² da § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG als einzige Schranke für den Abschluss von Betriebsvereinbarungen über die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten angesehen wird.³⁵³

Nach den Vertretern ist der Zweck des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG durch diese Auffassung geschützt. Es wird nämlich verhindert, dass die Betriebsräte als beitragsfreie Ersatzgewerkschaften auftreten.³⁵⁴ Weiterhin spricht der Wortlaut der beiden Vorschriften § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG dafür, dass es zwischen dem Tarifvorbehalt und dem Tarifvorrang kein Konkurrenzverhältnis gibt.³⁵⁵ Somit besteht kein Grund dafür, den Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG zugunsten des § 87 Abs. 1 BetrVG auszuschließen.

Es wird auch behauptet, dass die systematische Stellung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG im Betriebsverfassungsgesetz die Zwei-Schranken-Theorie bestätigt. Denn der Tarifvorbehalt in § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG steht im Ersten Abschnitt des Vierten Teils „Grundsatzcharakter“ und soll somit auf alle Beteiligungsangelegenheiten im Vierten Teil Anwendung finden.³⁵⁶ § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG stimmt diesem Ergebnis zu, da der Gesetzgeber in dieser Vorschrift ausdrücklich festgestellt hat, dass der Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auf den Sozialplan keine Anwendung findet. Das heißt, dass der Tarifvorbehalt auf andere Beteiligungsangelegenheiten anwendbar ist, weil andernfalls die Ausnahme in § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG ohne Bedeutung wäre.³⁵⁷

³⁵⁰ *Bakopoulos*, Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung, 1991, S. 130.

³⁵¹ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 640; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 263; v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 797; *Heinze*, NZA 1989, 41, 42.

³⁵² Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 263; *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996, S. 47, 48.

³⁵³ *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 72.

³⁵⁴ *Moll*, der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz, 1980, S. 39.

³⁵⁵ *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 72.

³⁵⁶ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 641; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 73.

³⁵⁷ *Moll*, der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz, 1980, S. 36; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 73.

Die Verfechter behaupten ferner, dass die Zwei-Schranken-Theorie einen effektiven Schutz für die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie bietet, indem sie versichert, dass die Tarifvertragsparteien auch bei fehlender Tarifbindung des Arbeitgebers oder bei bloßer Tarifüblichkeit vor den Eingriffen der Betriebsparteien geschützt sind.³⁵⁸

Diese Auffassung erscheint aber nicht überzeugend. Die Frage, ob Mitbestimmungsrechte in Bezug auf eine Angelegenheit bestehen und ob diese Angelegenheit durch eine Betriebsvereinbarung geregelt werden kann, ist untrennbar, weil die Betriebsvereinbarung das geeignete Instrument ist, die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit im Betrieb zu regeln.³⁵⁹ Hier ist auch zu berücksichtigen, dass lediglich die Normen der Betriebsvereinbarung gem. § 77 Abs. 4 BetrVG unmittelbare und zwingende Wirkung haben. Demzufolge ist nur die Betriebsvereinbarung geeignet, den zwingenden und unabdingbaren Schutz des Arbeitnehmers herbeizuführen, um deswillen § 87 Abs. 1 BetrVG Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in den betreffenden Angelegenheiten begründet. Deswegen ist der Ausschluss des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 BetrVG durch den Tarifvorbehalt gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG inakzeptabel.³⁶⁰ Außerdem hat der Ausschluss einer Betriebsvereinbarung über eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nach dieser Auffassung auch zur Folge, dass die Mitbestimmung über diese Angelegenheit ausgeschlossen ist. Das ist jedoch fehlerhaft, da diese Angelegenheit durch eine formlose Betriebsabsprache geregelt werden kann.³⁶¹

Die systematische Stellung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG spricht nicht für die Zwei-Schranken-Theorie. Denn wenn der Gesetzgeber in § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG ausdrücklich festgestellt hat, dass die Tarifvertragsparteien bei der Regelung der materiellen Arbeitsbedingungen bei bloßer Tarifüblichkeit Vorrang haben, heißt das nicht, dass dieser Vorrang im gesamten BetrVG gelten soll, wenn keine ausdrückliche Ausnahme – wie § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG – vorliegt.³⁶²

Es ist auch nicht gerechtfertigt, dass die Tarifparteien gegenüber erzwingbaren Betriebsvereinbarungen Vorrang haben, nur weil diese Vereinbarungen von tarifüblichen Regelungen abweichen. Die Zwei-Schranken-Theorie führt in diesem Fall nicht zum effektiven Schutz der Tarifautono-

³⁵⁸ Moll, der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz, 1980, S. 38; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 74.

³⁵⁹ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 640.

³⁶⁰ Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 296.

³⁶¹ Richardi, Anm. zu BAG 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21.

³⁶² BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 641.

mie, sondern zur Einschränkung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats und somit zur Beeinträchtigung des Arbeitnehmerschutzes.³⁶³

b) Vorrangtheorie

Nachdem sich das BAG im Jahr 1987 der Vorrangtheorie angeschlossen hatte,³⁶⁴ hat die h. M. in der Literatur dieser Theorie ebenfalls verfolgt.³⁶⁵

Nach dieser Theorie findet der Tarifvorbehalt gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auf die Betriebsvereinbarungen über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten gem. § 87 Abs. 1 BetrVG keine Anwendung. Solche Betriebsvereinbarungen unterliegen einzig dem § 87 Abs. 1 BetrVG, weil § 87 Abs. 1 BetrVG als spezielle Vorschrift dem § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG vorgeht.³⁶⁶ Diese Auffassung hat zur Folge, dass die Betriebsparteien nur beim Bestehen eines Tarifvertrags keine Betriebsvereinbarungen über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten treffen können, jedoch nicht bei bloßer Tarifüblichkeit.³⁶⁷ Diesem Ergebnis ist zuzustimmen, weil die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifaufonomie keinen absoluten Vorrang der Tarifparteien gegenüber den Betriebsparteien verlangt. Es handelt sich hier nur um eine Vorrangkompetenz und nicht um die Gewährung eines Monopols zugunsten der Tarifparteien, das am Ende zu Lasten der Arbeitnehmer führen könnte.³⁶⁸ Außerdem führt der Ausschluss der Mitbestimmungsrechte nur bei bloßer Tarifüblichkeit zum gänzlichen Wegfall eines kollektiv-rechtlichen Schutzes der Arbeitnehmer und dem Vorrang von einseitigen individuell-rechtlichen Gestaltungsbefugnissen des Arbeitgebers.³⁶⁹ Der Zweck des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG steht ferner nicht im Wege, da die Tarifvertragsparteien unerwünschte Regelungen in einer Betriebsvereinbarung durch Verwendung ihrer Normsetzungsprärogative nach § 87 Abs. 1 BetrVG vermeiden können.³⁷⁰

³⁶³ Heitzmann, in: Ring (Hrsg.), Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 188, 189.

³⁶⁴ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639.

³⁶⁵ ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 53ff.; Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 22, 24; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 797 ff.; Heinze, NZA 1989, 41, 47; Bakopoulos, Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung, 1991, S. 145; Brecht, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 206; Heitzmann, in: Ring (Hrsg.), Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 189; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 300; Koschker, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, 2015, S. 91.

³⁶⁶ ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 53.

³⁶⁷ Bakopoulos, Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung, 1991, S. 132.

³⁶⁸ Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 297.

³⁶⁹ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 641.

³⁷⁰ Heinze, NZA 1989, 41, 42.

Die Vorrangtheorie wird dadurch unterstützt, dass für den Schutz der Arbeitnehmer durch die Mitbestimmungsrechte kein Bedürfnis besteht, wenn eine gesetzliche oder tarifliche Regelung in Bezug auf eine Angelegenheit i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG besteht. Die tarifliche Regelung einer an sich mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit, die nur üblich ist, hat keine normative Wirkung im Betrieb und kann somit für die Arbeitnehmer den erforderlichen Schutz nicht gewährleisten.³⁷¹ Der Wortlaut der beiden Vorschriften spricht ebenfalls für diese Auffassung: Auf der einen Seite spricht § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nur vom Verbot der Betriebsvereinbarungen über die Arbeitsbedingungen, die tarifüblich geregelt werden, jedoch nicht vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats;³⁷² auf der anderen Seite stellt § 87 Abs. 1 BetrVG fest, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nur besteht, wenn ein bestehender Tarifvertrag nicht existiert.³⁷³

Schließlich erlangt der Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG mit Annahme der Anwendung des Tarifvorbehalts nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG im Bereich der Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG eine geringe Bedeutung, da der Tarifvorrang in diesem Fall nur für die anderen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten gilt, die nicht unter § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG fallen.³⁷⁴ Basierend auf den oben genannten Argumenten scheint die Vorrangtheorie vertretbar.

7. Reichweite der Sperrwirkung bei Tarifeinheit nach § 4a TVG

Infolge der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kommt bei der Tarifkollision nur der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft zur Anwendung, die zum Zeitpunkt des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten Mitglieder hatte. Da § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG das Verhältnis zwischen der Betriebsvereinbarung und dem Tarifvertrag regelt, demzufolge den Tarifvertragsparteien Vorrang gewährt wird, stellt sich nunmehr die Frage, welchen Umfang die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nach Einführung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG hat.

Die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG führt dazu, dass sich im Betrieb ein Mehrheitstarifvertrag und ein oder mehrere Minderheitstarifverträge befinden. Löst in diesem Fall nur der Mehrheitstarifvertrag die Sperrwirkung gem. § 77

³⁷¹ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 640; BAG, v. 03.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749, 752.

³⁷² BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 640.

³⁷³ Bakopoulos, Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung, 1991, S. 133.

³⁷⁴ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 798; Koschker, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, 2015, S. 91.

Abs. 3 S. 1 BetrVG aus oder kann auch der Minderheitstarifvertrag diese Sperrwirkung auslösen? Im Folgenden ist auf die Lösungsvorschläge einzugehen.

a) Auslösung der Sperrwirkung gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nur durch den Mehrheitstarifvertrag

Ein Teil des Schrifttums vertritt die Ansicht, dass beim Eingreifen der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur der Mehrheitstarifvertrag die Sperrwirkung i. S. d. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auslösen kann.³⁷⁵ Der Minderheitstarifvertrag ist nach der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG aus dem Betrieb verdrängt und kann deswegen die Sperrwirkung nicht auslösen.³⁷⁶

Greiner begründet diese Ansicht damit, dass das Anliegen des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht darin besteht, „irgendwen vor mitbestimmten Regelungen zu schützen und dafür einen regelungslosen Zustand zu erzwingen, sondern vielmehr der institutionelle Schutz der Tarifautonomie“. Er bestätigt, dass dieser Schutzzweck nur durch einen Tarifvertrag aktiviert werden kann, „dessen Geltungsvoraussetzungen – abgesehen von der normativen Bindung und in Fällen der Tarifüblichkeit abgesehen vom zeitlichen Geltungsbereich – vollumfänglich gegeben sind. Dies ist beim Minderheitstarifvertrag wegen der Verdrängungswirkung des § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG gerade nicht der Fall“. ³⁷⁷ *Löwisch/Rieble* stimmen diesem Argument zu und gehen davon aus, dass die Minderheitstarifverträge mindestens eine Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG nicht entfalten können, weil die verdrängten Tarifverträge nur Reflexwirkungen haben und ihre Sperrwirkung deswegen nicht von der Geltung des Tarifvertrags abhängig ist.³⁷⁸

Die Sperrwirkung kann nach dieser Auffassung sowohl nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG als auch nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BetrVG (Tarifüblichkeit) nur vom Mehrheitstarifvertrag ausgelöst werden.

Nach dieser Auffassung ist auch die Auslösung der Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 BetrVG abzulehnen, „da die möglicherweise dauerhafte Verdrängung eines Tarifvertrags bei „klaren“ Mehrheitsverhältnissen ein ganz anderer Fall ist als die klassische Situation der Tarifüb-

³⁷⁵ GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 BetrVG Rn. 111; *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 281; *Greiner*, RdA 2022, 164, 165; *Meyer*, NZA Nachrichten Heft 24/2023.

³⁷⁶ GK-BetrVG/*Kreutz*, § 77 BetrVG Rn. 111.

³⁷⁷ *Greiner*, RdA 2022, 164, 165.

³⁷⁸ *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 193.

lichkeit, bei der lückenschließend die Regelungskontinuität auf tarifvertraglicher Ebene geschützt werden soll, wenn der die Sachmaterie regelnde Tarifvertrag nachwirkt und absehbar wieder voll normativ gelten wird“.³⁷⁹ Darüber hinaus ist die Annahme, dass die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb geändert werden könnten und der Minderheitstarifvertrag zum Mehrheitstarifvertrag werden kann, nicht überzeugend, da der Tarifvertrag lediglich mit realistischen Geltungschancen die Sperrwirkung auslösen kann.³⁸⁰

Die Minderheitstarifverträge sind also beim Eingreifen der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG „neutral“, was bedeutet, dass sie i. S. d. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG keine Sperrwirkung mehr auslösen können.³⁸¹

b) Auslösung der Sperrwirkung gem. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auch durch die Minderheitstarifverträge

Die h. M. vertritt die Ansicht, dass beim Eingreifen der Kollisionsregel § 4a Abs. 2 S. 2 TVG sowohl Mehrheitstarifvertrag als auch Minderheitstarifvertrag die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG entfalten können,³⁸² da die Rechtsnormen des Minderheitstarifvertrags während der Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht unwirksam sind, sondern nur von den Rechtsnormen des Mehrheitstarifvertrags verdrängt werden.³⁸³ Eine Betriebsvereinbarung ist also ausgeschlossen, wenn in einer der nach § 4a Abs. 2 S. 1 TVG kollidierenden Tarifverträge die in § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG genannten Arbeitsbedingungen geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden.

Das BVerfG hat sich in seinem berühmten Urteil zur Tarifeinheit im Jahr 2017³⁸⁴ entschieden, dass „die Sperrwirkung der §§ 77 III, 87 I BetrVG greift, die sich entweder aus dem anwendbaren Tarifvertrag oder der durch den verdrängten Tarifvertrag belegten Tarifüblichkeit

³⁷⁹ Greiner, RdA 2022, 164, 166.

³⁸⁰ Greiner, RdA 2022, 164, 166.

³⁸¹ Greiner, RdA 2022, 164, 166.

³⁸² BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 129; Däubler/Klebe/Wedde/Berg, § 77 BetrVG Rn. 145; Fitting § 77 BetrVG Rn. 155; ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 49; Schaub ArbR-HdB/Ahrendt, § 231 Rn. 26; MHdB ArbR/Klumpp, § 256 Rn. 63; Henssler/Willemsen/Kalb/Gaul BetrVG § 77 BetrVG Rn. 50; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 193; Gooren, NZA 2022, 444, 449.

³⁸³ Däubler/Klebe/Wedde/Berg, § 77 BetrVG Rn. 145.

³⁸⁴ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71.

ergibt“.³⁸⁵ In diesem Urteil bestätigt das BVerfG also, dass die Auslösung der Sperrwirkung von Minderheitstarifverträgen nicht an die Tarifgeltung, sondern an die Tarifüblichkeit geknüpft ist. Das BVerfG gibt keine deutliche Erklärung, warum die Minderheitstarifverträgen die Sperrwirkung auslösen können. Aber da das BVerfG die Vereinbarkeit des Tarifeinheitgesetzes mit der Verfassung überprüft hat und zum Ergebnis gekommen ist, dass das Tarifeinheitsgesetz weitgehend mit dem Grundsatz vereinbar ist, wird vermutet, dass das BVerfG sich auf die folgende Annahme beruft: Die Auslösung der Sperrwirkung von Minderheitstarifverträgen bietet mehr Schutz für die verfassungsrechtlich gewährleistete Tarifautonomie, indem die Minderheitstarifverträge zusammen mit dem Mehrheitstarifvertrag die Tarifautonomie vor Konkurrenz der betrieblichen Regelungen schützen.

Das BAG hat in seiner Entscheidung im Jahr 2023³⁸⁶ den Fall der Tarifeinheit nicht behandelt. Das Gericht beschränkte sich darauf festzustellen, dass der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht entgegensteht, wenn sich die Geltungsbereiche der nicht inhaltsgleichen Tarifverträge überschneiden.³⁸⁷ Das Vorliegen einer Tarifikollision i. S. d. § 4a Abs. 2. S. 1 TVG hindert also die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht. Ob nur der Mehrheitstarifvertrag diese Sperrwirkung auslöst oder auch der Minderheitstarifvertrag, kann man der BAG-Entscheidung nicht entnehmen. Unmittelbar anschließend weist das Gericht jedoch darauf hin, dass dieser Streit, ob ein nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängter Tarifvertrag die Sperrwirkung auslösen kann, in der Literaturdiskussion noch nicht entschieden wurde.³⁸⁸

Die Literatur geht auch davon aus, dass die nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängten Tarifverträge die Sperrwirkung entfalten können, da die Sperrwirkung nicht von der Tarifgebundenheit des Arbeitsgebers abhängig ist.³⁸⁹ Darüber hinaus erfordert es der Schutzzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG nicht, dass der auslösende Tarifvertrag repräsentativ oder aktuell anwendbar ist.³⁹⁰ Der Annahme, dass der Minderheitstarifvertrag nach der Verdrängung gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG seine Geltungsvoraussetzungen verliert und somit die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG nicht auslösen kann, widerspricht *Ahrendt* in dem Sinne, dass § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht

³⁸⁵ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 129.

³⁸⁶ BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979.

³⁸⁷ BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 986.

³⁸⁸ BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 986.

³⁸⁹ ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 49; *Fitting* § 77 BetrVG Rn. 155.

³⁹⁰ Däubler/Klebe/Wedde/*Berg*, § 77 BetrVG Rn. 145.

dazu führt, die normative Geltung des Minderheitstarifvertrag zu beseitigen, sondern lediglich seine Anwendung auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer im Betrieb zu verhindern.³⁹¹

Die Vertreter letzterer Auffassung begründen ihre Ansicht mit dem Vorliegen der allgemein anerkannten Voraussetzungen der Tarifüblichkeit,³⁹² die die Minderheitstarifverträge während der Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Tarifüblichkeit begründen lassen und demzufolge die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auslösen. Nach dieser Auffassung ist die Tarifüblichkeit nicht beendet, wenn zu erwarten ist, dass über die Arbeitsbedingungen erneut tarifliche Regelungen abgeschlossen werden,³⁹³ auch wenn diese Regelungen über einen bestimmten längeren Zeitraum nicht abgeschlossen werden.³⁹⁴ Der längere Zeitraum ist also kein Grund für die Beendigung der Tarifüblichkeit. Daraus ergibt sich, dass die Minderheitstarifverträge die Tarifüblichkeit während der Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG begründen, da die Minderheitstarifverträge erneut zur Anwendung kommen können, wenn sich die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb geändert haben.

c) Stellungnahme

Der ersten Auffassung ist zuzustimmen. Man kann davon ausgehen, dass der Gesetzgeber in § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG über die Auslösung der Sperrwirkung von einem Tarifvertrag redet. Dieses bestätigt den Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG, weil dem Wortlaut nach die Regelung der Arbeitsentgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen durch Betriebsvereinbarung ausgeschlossen ist, wenn diese durch „Tarifvertrag“ und nicht durch „Tarifverträge“ geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden. Solch eine Auslegung des Wortlauts findet sich aber nicht. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG spricht zwar nicht von „Tarifverträgen“, sondern von „Tarifvertrag“, er spricht jedoch auch nicht davon, dass für den Entzug der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien die betreffenden Arbeitsbedingungen durch „einen Tarifvertrag“ geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden müssen. Aus dem Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG geht lediglich hervor, dass Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die „durch Tarifvertrag“ geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können.³⁹⁵ Beim Begriff „Ta-

³⁹¹ Schaub ArbR-HdB/Ahrendt, § 231 Rn. 26.

³⁹² Gooren, NZA 2022, 444, 449.

³⁹³ Thon, NZA 2005, 858, 860.

³⁹⁴ Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 15.

³⁹⁵ Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 415.

rifvertrag“ ohne Artikel ist jedoch unklar, ob er sich auf einen bestimmten Tarifvertrag oder auf jeden Tarifvertrag bezieht. Der Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG enthält somit keine klaren Anhaltspunkte dazu, ob nur der Mehrheitstarifvertrag oder auch die Minderheitstarifverträge die Sperrwirkung i. S. d. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG entfalten können.

Hier ist aber zu beachten, dass § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG sagt, dass der Tarifvorbehalt nicht gilt, wenn „ein Tarifvertrag“ den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Die Formulierung „ein Tarifvertrag“ gibt den Hinweis, dass die Sperrwirkung, die durch einen Tarifvertrag nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG ausgelöst wurde, nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG von einem anderen Tarifvertrag aufgehoben werden kann. Wollte der Gesetzgeber, dass nur der Mehrheitstarifvertrag die Sperrwirkung auslösen kann, müsste er den Wortlaut des S. 2 wie folgt formulieren: Dies gilt nicht, wenn „der“ Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt.³⁹⁶ Die Berufung alleine auf den Wortlaut für die Beantwortung die Frage, ob nur der Mehrheitstarifvertrag nach Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG entfaltet oder auch die Minderheitstarifverträge, ist nicht ausreichend, weil der Wortlaut nur berücksichtigt werden kann, wenn er mit den anderen Anhaltspunkten eine schlüssige Aufklärung zulässt. Im Folgenden ist zu erklären, ob die anderen Anhaltspunkte den Wortlaut des § 77 Abs. 3 BetrVG befürworten oder nicht.

Fraglich ist, ob die Annahme, dass die Sperrwirkung auch von den Minderheitstarifverträgen ausgelöst werden könnte, mit dem Sinn und Zweck des § 77 Abs. 3 BetrVG, nämlich Sicherung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie vereinbar ist. Zur Verwirklichung dieses Zwecks räumt § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG den Tarifparteien gegenüber den Betriebsparteien den Vorrang für die Regelung der Arbeitsbedingungen ein und verhindert, dass die Regelungen des Tarifvertrags durch eine Betriebsvereinbarung ausgehöhlt werden.³⁹⁷ Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie verlangt aber keinen absoluten Vorrang der Tarifparteien gegenüber den Betriebsparteien.³⁹⁸ § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG bezweckt lediglich, dass die tariflichen Regelungen nicht zu weit zurückgedrängt werden, so dass die Tarifautonomie

³⁹⁶ Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 415.

³⁹⁷ Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 2.

³⁹⁸ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 794; Hablitzel, NZA 2001, 467, 471; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 297.

gegenüber der Betriebsautonomie überflüssig wird.³⁹⁹ Dazu soll durch Art. 9 Abs. 3 GG verhindert werden, den Tarifparteien ein Monopol für die Regelung der Arbeitsbedingungen zu gewähren.⁴⁰⁰

Der Gesetzesbegründung zum BetrVG 1972 kann ebenfalls nicht entnommen werden, dass § 77 Abs. 3 BetrVG einen absoluten Vorrang verlangt. Die Gesetzesbegründung spricht nur vom allgemeinen Vorrang der Tarifautonomie, wodurch verhindert werden soll, „dass der persönliche Geltungsbereich von Tarifverträgen auf einem anderen als dem hierfür vorgesehenen Weg der Allgemeinverbindlicherklärung nach dem Tarifvertragsgesetz ausgedehnt wird“.⁴⁰¹

Zu berücksichtigen ist hier auch, dass der Ausschluss der Sperrwirkung von Minderheitstarifverträgen infolge der Verdrängung gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kein Eingriff in die verfassungsrechtlich gewährleistete Tarifautonomie ist, weil § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur bestimmte Anwendungsbedingungen von Tarifverträgen im Kollisionsfall regelt und nicht den Inhalt der Minderheitstarifverträge betrifft.⁴⁰² Die Minderheitsgewerkschaft darf und kann also weiter die Tarifverträge abschließen.⁴⁰³ Außerdem bleibt die Koalitionsfreiheit der Minderheitsgewerkschaft nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG unberührt, weil sie gesetzlich nicht zur Einheitsgewerkschaft gezwungen ist.⁴⁰⁴

Diese Annahme hat ferner negative Konsequenzen im Betrieb, da sie nur zu einer erheblichen Einschränkung der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien zugunsten der Regelungsbefugnis der Tarifparteien führt, was mit dem Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG unvereinbar ist.⁴⁰⁵ Sie entzieht den Betriebsparteien auch die Möglichkeit, betriebsnahe und flexible Regelungen auf Betriebsebene zu treffen.⁴⁰⁶

Das LAG München führt richtigerweise aus: „Von einem Eingriff in die Tarifautonomie könne dann gesprochen werden, wenn eine Tarifnorm als kollektive Ordnung verdrängt und damit ihrer zentralen Funktion beraubt werden solle. Dies setze eine betriebliche Regelung voraus, die einheitlich wirken und an die Stelle der Tarifnorm treten solle. Geltendes Tarifrecht werde allerdings nur dann verdrängt, wenn der betreffende Tarifvertrag im Anwendungsbereich der fraglichen be-

³⁹⁹ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 168.

⁴⁰⁰ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 172; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 297.

⁴⁰¹ BT-Drucks. VII 1786, S. 47.

⁴⁰² Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 2015, 3, 21.

⁴⁰³ Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 2015, 3, 38.

⁴⁰⁴ Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 2015, 3, 17.

⁴⁰⁵ Meyer, NZA 2006, 1387, 1391.

⁴⁰⁶ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 794.

trieblichen Regelung normativ gelte. Fehle diese Voraussetzung, bestehe kein Geltungsanspruch des Tarifvertrags und der Arbeitgeber sei frei mit seinen Arbeitnehmern untertarifliche Arbeitsbedingungen zu vereinbaren“.⁴⁰⁷ Aus diesem Absatz ergibt sich, dass das LAG München die Unvereinbarkeit der Auslösung der Sperrwirkung von Minderheitstarifverträgen mit dem Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG bestätigt, da die Minderheitstarifverträge während der Verdrängung gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht normativ gelten.

Abschließend lässt sich feststellen, dass der Zweck des § 77 Abs. 3 BetrVG, die verfassungsrechtlich gewährleistete Tarifaufonomie zu sichern, die Auslösung der Sperrwirkung auch nicht von den Minderheitstarifverträgen erfordert.

Der Grundsatz der Tarifeinheit verliert seine Bedeutung in Bezug auf die Betriebsverfassungsrechtlichen Fragen insbesondere §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 BetrVG. Nach Anwendung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG wird erwartet, dass im Betrieb nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommt, der alleine die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auslösen kann. Außerdem besteht infolge der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit die Annahme, dass dieser Grundsatz die Folgeprobleme der Tarifpluralität überwinden kann. Durch Auslösung der Sperrwirkung der Minderheitstarifverträge bleibt das Folgeproblem der Tarifpluralität in Bezug auf § 77 Abs. 3 BetrVG, nämlich die Beeinträchtigung der Betätigungsfreiheit der Betriebsparteien,⁴⁰⁸ jedoch bestehen.

Die allgemeinen Voraussetzungen der Tarifüblichkeit sprechen gegen die Auslösung der Sperrwirkung von Minderheitstarifverträgen. Die Tarifüblichkeit setzt voraus, dass eine Arbeitsbedingung bereits Inhalt eines Tarifvertrags war und dass erwartet wird, dass sie künftig wieder geregelt wird.⁴⁰⁹ Dies wird damit begründet, dass die bloße zeitliche Geltungslücke zwischen einem abgelaufenen und einem zu erwartenden Tarifvertrag nicht zum Wegfall der Sperrwirkung führen soll.⁴¹⁰

Die Voraussetzung einer künftigen Regelung soll jedoch begrenzt werden, damit die betriebliche Regelungsbefugnis der Arbeitsbedingungen nicht von den Tarifparteien monopolisiert wird.⁴¹¹ Für viele sind die zeitlichen Grenzen für die Begründung der Tarifüblichkeit mit dem Zeitraum der

⁴⁰⁷ LAG München, v. 28.04.2021 – 10 TaBV 51/20, BeckRS 2021, 27772. Rn. 45.

⁴⁰⁸ Meyer, NZA 2006, 1387, 1391.

⁴⁰⁹ Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/Lorenz, § 77 BetrVG Rn. 46; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 54.

⁴¹⁰ BAG, v. 05.03.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 917.

⁴¹¹ Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 313.

Verhandlung über den Neuabschluss eines Tarifvertrags verbunden.⁴¹² Die Tarifüblichkeit könnte jedoch vorher enden, wenn die Tarifparteien darauf hinweisen, dass sie eine Arbeitsbedingung nicht mehr regeln wollen.⁴¹³

Die bloße zeitliche Geltungslücke, die nicht zum Wegfall der Sperrwirkung führen soll, bezieht sich auf die Geltungslücke zwischen einem abgelaufenen und einem zu erwartenden Tarifvertrag, jedoch nicht auf den Zeitraum zwischen der Verdrängung des Minderheitstarifvertrags und der Wiedergeltung, wenn er zum Mehrheitstarifvertrag geworden ist. Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist etwas anderes, weil hier unklar ist, wann die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb geändert werden und der Minderheitstarifvertrag zum Mehrheitstarifvertrag wird. Das kann Jahre dauern und so üben die Tarifparteien die Macht über die Betriebsparteien aus.

Da im Fall der Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG klare zeitliche Grenzen für die Tarifüblichkeit fehlen, geht man davon, dass die Minderheitstarifverträge während der Verdrängung gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG anders als ein nachwirkender Tarifvertrag die Tarifüblichkeit nicht begründen können.

8. Ausnahmen der Sperrwirkung

a) Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG

Nach der Vorrangtheorie greift die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG nicht, wenn es sich um Betriebsvereinbarungen über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten gem. § 87 Abs. 1 BetrVG handelt.⁴¹⁴ Der Anwendungsbereich des § 77 Abs. 3 BetrVG wird durch § 87 Abs. 1 BetrVG verdrängt, da dieser als speziellere Norm den Vorrang hat.⁴¹⁵

b) Öffnungsklauseln

§ 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG enthält eine Ausnahme von der Sperrwirkung. Nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG entfällt die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG, wenn der Tarifvertrag den Ab-

⁴¹² BAG, v. 05.03.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916, 917; Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/Lorenz, § 77 BetrVG Rn. 46; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifröhrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 314; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 54.

⁴¹³ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 292.

⁴¹⁴ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 264; ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 53.

⁴¹⁵ Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 22; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 797.

schluss der Betriebsvereinbarung ausdrücklich zulässt. Die Tarifparteien können durch die sog. rückwirkenden Öffnungsklauseln eine Betriebsvereinbarung ferner nachträglich genehmigen, die zunächst wegen eines Verstoßes gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG schwebend unwirksam war.⁴¹⁶

c) Sozialpläne

§ 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG schließt die Anwendung der Sperrwirkung gem. § 77 Abs. 3 BetrVG auf die Sozialpläne aus, obwohl die Sozialpläne wie eine Betriebsvereinbarung unmittelbare und zwingende Wirkung auf das Arbeitsverhältnis haben.⁴¹⁷ Die Betriebsparteien können also auch bei Bestehen tariflicher oder tarifüblicher Regelungen Vereinbarungen abschließen.⁴¹⁸ Der Ausschluss der Sperrwirkung hat zur Folge, dass das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zu Sozialplan und Tarifvertrag angewendet wird.⁴¹⁹ Schließlich sollte beachtet werden, dass die Ausnahme in § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG nicht für freiwillige vorsorgliche Sozialpläne gilt.⁴²⁰ Für sie findet noch immer die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG Anwendung.

⁴¹⁶ BAG, v. 29.10.2002 – 1 AZR 573/0, NZA 2003, 393, 395.

⁴¹⁷ Heitzmann, in: *Ring (Hrsg.)*, Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 185.

⁴¹⁸ Oberthür/Seitz, Betriebsvereinbarungen/Seitz, Teil XIII. Rn. 25.

⁴¹⁹ Heitzmann, in: *Ring (Hrsg.)*, Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 185.

⁴²⁰ BAG, v. 14.11.2006, 1 AZR 40/06, NZA 2007, 339.

II. Öffnungsklausel gem. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG

1. Vorbemerkungen

§ 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG sieht vor, dass die Betriebsvereinbarung wirksam ist, wenn ein Tarifvertrag diese ausdrücklich zugelassen hat (Öffnungsklausel). Die Tarifparteien verzichten durch solche Öffnungsklausel auf ihre Vorrangkompetenz aus § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG und ermöglichen es den Betriebsparteien, die unterschiedlichen betrieblichen Bedürfnisse durch eine Betriebsvereinbarung zu regeln.⁴²¹ Die durch Öffnungsklauseln zugelassenen Betriebsvereinbarungen können sowohl ergänzende als auch abweichende Betriebsvereinbarungen sein.⁴²²

Da die Betriebsvereinbarungen für alle Arbeitnehmer im Betrieb gelten und die Öffnungsklauseln als betriebsverfassungsrechtliche Normen gem. § 3 Abs. 2 TVG betrachtet werden,⁴²³ stellt sich die Frage, wie mit den Folgeproblemen des § 4a TVG für die Öffnungsklauseln nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG umzugehen ist.

In einem tarifpluralen Betrieb könnte es dazu kommen, dass nur einer der kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthält oder dass alle kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln enthalten.⁴²⁴ In diesem Zusammenhang ist fraglich, wie solche Fälle nach dem Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a Abs. 2 TVG aufgelöst werden sollen. Ist es ausreichend, dass nur der Mehrheitstarifvertrag eine Öffnungsklausel enthält, damit die Betriebsparteien eine ergänzende oder abweichende Betriebsvereinbarung abschließen können oder dass auch die Minderheitstarifverträge die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG öffnen können?

Weiterhin stellt sich die Frage, ob, wenn sich die Umstände im Betrieb geändert haben und der Minderheitstarifvertrag zum Mehrheitstarifvertrag geworden ist, die Öffnungsklausel bzw. die Betriebsvereinbarung wiederaufleben kann oder nicht.⁴²⁵

⁴²¹ *Leitmeier*, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 219.

⁴²² *Schneider*, Die Auswirkungen von TariftMehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 316.

⁴²³ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 201.

⁴²⁴ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 201.

⁴²⁵ *Greiner*, RdA 2022, 164, 166.

2. Rechtsnatur der Öffnungsklauseln

Umstritten ist, ob die Öffnungsklauseln nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG als Delegationsnormen oder als betriebsverfassungsrechtliche Normen zu betrachten sind.

Eine Ansicht hält die Öffnungsklausel für eine tarifvertragliche Delegation einer Normsetzungsbefugnis,⁴²⁶ da die Tarifparteien die Befugnis haben, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu erweitern und zu verstärken.⁴²⁷ Die Betriebsparteien können die tariflichen Regelungen über bestimmte Angelegenheiten durch eine Betriebsvereinbarung ergänzen, auch wenn sie für die Regelung dieser Angelegenheiten keine originäre Zuständigkeit haben. Dies erfolgt dadurch, dass die Tarifparteien ihre eigene Normsetzungsbefugnis auf die Betriebsparteien übertragen.⁴²⁸ Die Rechtsgrundlage für die Handlung der Betriebsparteien beruft sich also nur auf die Ermächtigung der Tarifparteien.⁴²⁹ Der Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG spricht nach dieser Ansicht für den Ermächtigungscharakter der Öffnungsklausel. Denn „Zulassen“ i. S. d. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG hat keine andere Bedeutung als „Ermächtigung“.⁴³⁰ Außerdem deutet der Wortlaut „ergänzende“ Betriebsvereinbarung darauf hin, dass schon tarifliche Regelungen über bestimmte Angelegenheiten bestehen und diese im Übrigen nur durch eine Betriebsvereinbarung vervollkommen werden können; dies entspricht dem Fall der Delegation.⁴³¹

§ 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG führt nach dieser Ansicht nicht zur Freigabe der originären Zuständigkeit von Betriebsparteien, sondern zur Begründung neuer Befugnisse. Demzufolge ist die durch Öffnungsklausel zugelassene Betriebsvereinbarung eine Betriebsvereinbarung kraft der Delegation der Tarifparteien.⁴³²

Die h. M. nimmt zu Recht an, dass die Tariföffnungsklauseln nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG als betriebsverfassungsrechtliche Normen i. S. d. § 1 Abs. 1 TVG gelten,⁴³³ da diese Normen alle

⁴²⁶ Wendeling-Schröder, NZA 1998, 624, 626; Bakopoulos, Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung, 1991, S. 178, 179; Baumann, Die Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse, 1992, S. 90 ff.

⁴²⁷ Wendeling-Schröder, NZA 1998, 624.

⁴²⁸ Lambrich, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 361.

⁴²⁹ Leitmeier, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 220.

⁴³⁰ Baumann, Die Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse, 1992, S. 91.

⁴³¹ Baumann, Die Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse, 1992, S. 91.

⁴³² Baumann, Die Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse, 1992, S. 100.

⁴³³ BAG, v. 18.08.1987 – 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779, 783; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 320; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 518; MHdB ArbR/Arnold, § 315 Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats Rn. 76; Franzen, RdA 2008, 193, 200; Schmidt, Tarifpluralität im System der

Tarifbestimmungen beinhalten, die das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat betreffen.⁴³⁴

Die Tarifvertragsparteien verzichten durch eine Öffnungsklausel zwar auf ihre eigenen Befugnisse, um die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG aufzuheben, jedoch übertragen sie auf die Betriebsparteien keine neuen tariflichen Befugnisse, die sie früher nicht ausüben konnten.⁴³⁵ Die Betriebsparteien haben grundsätzlich die Befugnis, alle Arbeitsbedingungen durch eine Betriebsvereinbarung zu regeln.⁴³⁶ Die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG entzieht den Betriebsparteien diese Befugnis nur für bestimmte Bereiche, um eine Kollision zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung zu vermeiden.⁴³⁷ Darüber hinaus ist die Öffnungsklausel zwar für die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien erforderlich, jedoch nicht ausreichend, da die Betriebsparteien für den Abschluss einer Betriebsvereinbarung durch eine Tariföffnungsklausel von Anfang an kompetent sein müssen.⁴³⁸ Weiterhin erfordert es die Ermächtigung, dass die Betriebsparteien eine Betriebsvereinbarung abschließen müssen, während die Betriebsparteien – im Gegensatz zu den Mitbestimmungsrechten – bei einer Öffnungsklausel nicht zum Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarung gezwungen werden können. Sie sollen bei einer Öffnungsklausel selbst entscheiden dürfen, ob sie eine Betriebsvereinbarung abschließen oder nicht.⁴³⁹ Das BAG schließt auch den Ermächtigungscharakter der Öffnungsklauseln aus, „auch bei der näheren Ausgestaltung einer bloßen tariflichen Rahmenregelung handeln die Betriebspartner in Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Regelungsbefugnisse, nicht aber werden sie nur aufgrund einer durch die Tarifvertragsparteien delegierten Regelungsbefugnis tätig“.⁴⁴⁰

Die Einstufung der Öffnungsklausel nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG als betriebsverfassungsrechtliche Norm hat zur Folge, dass sich die durch Betriebsvereinbarung ergänzten Tarifregelungen auch auf die nichtorganisierten Arbeitnehmer erstrecken, da dies mit dem Charakter der Be-

Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 490; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 316.

⁴³⁴ BAG, v. 18.08.1987 – 1 ABR 30/86, NZA 1987, 779, 783; *Lambrich*, Tarif- und Betriebsautonomie, 1999, S. 362.

⁴³⁵ *Leitmeier*, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 220.

⁴³⁶ v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 794; *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979, S. 208.

⁴³⁷ v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 794.

⁴³⁸ *Leitmeier*, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 220.

⁴³⁹ v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, ZfA 1988, 293, 303.

⁴⁴⁰ BAG, v. 20.08.1991 – 1 ABR 85/90, NZA 1992, 317, 320.

etriebsvereinbarung als betriebliche Normsetzung vereinbar ist.⁴⁴¹ Außerdem führt das dazu, dass die Anwendbarkeit der Öffnungsklausel – wie sich aus § 3 Abs. 2 TVG ergibt – von der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers abhängig ist.⁴⁴² Folge dieser Qualifizierung ist ferner, dass § 4 Abs. 5 TVG für die Nachwirkung einer durch Öffnungsklausel zugelassenen Betriebsvereinbarung zuständig ist.⁴⁴³ D. h., nach Ablauf des Tarifvertrags bleibt die Betriebsvereinbarung wirksam, bis ein neuer Tarifvertrag ohne Öffnungsklausel in Kraft tritt.⁴⁴⁴ Eine gegenteilige Auffassung verlangt, dass die durch eine Öffnungsklausel zugelassene Betriebsvereinbarung § 77 Abs. 4 BetrVG und nicht § 3 Abs. 2 TVG Anwendung findet. Demzufolge gilt für die Nachwirkung § 77 Abs. 6 BetrVG nicht § 4 Abs. 5 TVG, da die Befugnisse der Betriebsparteien aus dem Gesetz und nicht aus der Delegation der Tarifparteien stammen.⁴⁴⁵

3. Voraussetzungen

§ 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG setzt voraus, dass die Zulassung ergänzender Betriebsvereinbarungen „ausdrücklich“ ist. Dies erfordert, dass im Tarifvertrag eindeutige positive Bestimmungen für diese Zulassung existieren.⁴⁴⁶ Für das Vorliegen der Ausdrücklichkeit ist jedoch nicht notwendig, dass der Tarifvertrag das Wort „Betriebsvereinbarung“ enthält. Es reicht, wenn der Tarifvertrag klar darauf hindeutet, dass er die Zulassung erteilt.⁴⁴⁷ Hintergrund der Ausdrücklichkeit ist, die Tarifparteien darauf aufmerksam zu machen, dass sie auf ihre Vorrangkompetenz verzichten.⁴⁴⁸ Nach dem Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG darf der Weg nur für die „ergänzenden“ Betriebsvereinbarungen freigemacht werden.⁴⁴⁹ Darunter ist zu verstehen, dass tarifrechtliche Regelungen über bestimmte Angelegenheiten bereits existieren, die durch Betriebsvereinbarung vervollständigt werden sollen.⁴⁵⁰ Durch eine Öffnungsklausel kann jedoch nicht nur eine ergänzende Betriebsvereinbarung, sondern auch eine abweichende Betriebsvereinbarung zugelassen

⁴⁴¹ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, ZfA 1988, 293, 303.

⁴⁴² Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 316.

⁴⁴³ MHdB ArbR/Arnold, § 315 Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats Rn. 76.

⁴⁴⁴ MHdB ArbR/Arnold, § 315 Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats Rn. 76.

⁴⁴⁵ Leitmeier, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 221.

⁴⁴⁶ Fitting § 77 BetrVG Rn. 200; KG-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 150.

⁴⁴⁷ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 319; Fitting § 77 BetrVG Rn. 200; KG-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 151.

⁴⁴⁸ KG-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 150.

⁴⁴⁹ Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 209.

⁴⁵⁰ Baumann, Die Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse, 1992, S. 91.

werden.⁴⁵¹ Dies ist mit dem Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG vereinbar. § 77 Abs. 3 BetrVG hat zwar den Tarifparteien eine Vorrangkompetenz eingeräumt, jedoch können sie auf die Vorrangkompetenz verzichten und demzufolge den Weg für eine abweichende Betriebsvereinbarung freimachen.⁴⁵²

Eine weitere Voraussetzung ist, dass sich die Öffnungsklausel in dem Tarifvertrag befinden muss, dessen Sperrwirkung beseitigt werden soll. Infolgedessen kann eine Öffnungsklausel in einem Firmentarifvertrag die Sperrwirkung eines Verbandstarifvertrags nicht aufheben.⁴⁵³ Im Gegensatz dazu ist die Öffnungsklausel in einem ergänzenden Tarifvertrag zulässig.⁴⁵⁴

4. Folge der Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 TVG für die Öffnungsklauseln

a) Vorbemerkungen

Die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG wirft verschiedene Fragen in Bezug auf die Öffnungsklauseln nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG auf. Unproblematisch ist, wenn alle nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge dieselbe Öffnungsklausel in Bezug auf die Reichweite der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien enthalten. Die Betriebsparteien sind in dieser Situation zum Abschluss abweichender Betriebsvereinbarungen berechtigt, ohne in die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG einzugreifen.⁴⁵⁵ Es ist aber problematisch, wenn einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthält, während der andere die Sperrwirkung entfaltet, oder wenn die nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln enthalten.⁴⁵⁶ Die Problema-

⁴⁵¹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 318; *Fitting* § 77 BetrVG Rn. 209; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 316.

⁴⁵² v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, ZfA 1988, 293, 302; *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 209, 210.

⁴⁵³ KG-BetrVG/*Kreutz*, § 77 BetrVG Rn. 149.

⁴⁵⁴ KG-BetrVG/*Kreutz*, § 77 BetrVG Rn. 149.

⁴⁵⁵ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 202.

⁴⁵⁶ *Willemsen/Mehrens*, NZA 2010, 1313, 1318; *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 201.

tik liegt darin, dass die Betriebsvereinbarungen für alle Arbeitnehmer gelten und die Öffnungsklauseln als betriebsverfassungsrechtliche Normen betrachtet werden.⁴⁵⁷

Im Folgenden wird die Frage beantwortet, wie nach Einführung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG mit den Fällen umgegangen wird, wenn nur einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthält oder wenn alle nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln enthalten.

b) Aufhebung der Sperrwirkung nur durch die Öffnungsklausel im Mehrheitstarifvertrag

Eine Auffassung lautet, dass beim Eingreifen der Kollisionsregeln nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur mit einer Öffnungsklausel im Mehrheitstarifvertrag eine Betriebsvereinbarung zulässig ist. Das ergibt sich daraus, dass nur der Mehrheitstarifvertrag die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG entfalten kann.⁴⁵⁸ Der Minderheitstarifvertrag löst während der Verdrängung gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG keine Sperrwirkung gegenüber den Betriebsvereinbarungen aus und demzufolge entsteht hier keine Tarifkonkurrenz.

Der Minderheitstarifvertrag kann jedoch eine Betriebsvereinbarung über bestimmte Fragen durch Öffnungsklausel nur dann zulassen, wenn der Mehrheitstarifvertrag keine Regelungen zu dieser Frage enthält, da der Mehrheitstarifvertrag in diesem Fall keine Sperrwirkung für diese Frage auslöst.⁴⁵⁹ Dem kann zugestimmt werden, weil sich die Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur auf den Überschneidungsbereich beschränkt.⁴⁶⁰ Außerhalb des Überschneidungsbereichs steht es den Parteien des Minderheitstarifvertrags zu, die Sperrwirkung durch eine Öffnungsklausel aufzuheben.

Es wird behauptet, dass der bloße Mehrheitstarifvertrag die betriebliche Regelungsbefugnis nicht für den Minderheitstarifvertrag öffnen kann. Denn „die Tarifsperre schützt gerade die Individualnormen und insbesondere die Entgelte eines jeden im Betrieb geltenden Tarifvertrags vor der Regelungskonkurrenz durch Betriebsvereinbarung. Deshalb muß jede Gewerkschaft, deren Tarifvertrag im Betrieb den Sperrschutz auslöst, der Regelungskonkurrenz des Betriebsrats zustim-

⁴⁵⁷ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 201.

⁴⁵⁸ Greiner, RdA 2022, 164, 166.

⁴⁵⁹ Greiner, RdA 2022, 164, 166.

⁴⁶⁰ Scholz/Lingemann/Ruttloff, NZA-Beilage 2015, 3, 12.

men“.⁴⁶¹ Wenn im Falle der Tarifpluralität anerkannt wird, dass ein Tarifvertrag die Regelungen eines fremden Tarifvertrags nicht öffnen kann, trifft dies im Falle der Tarifeinheit nicht zu.⁴⁶² Ist nach Anwendung von § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur der Mehrheitstarifvertrag anwendbar, kann er den Minderheitstarifvertrag verdrängen und die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 BetrVG vollständig aufheben.⁴⁶³

Irrelevant ist nach dieser Ansicht, ob einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthält oder alle nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln enthalten. Maßgeblich ist hier, wo die Öffnungsklausel geregelt ist.

c) Aufhebung der Sperrwirkung auch durch die Öffnungsklausel im Minderheitstarifvertrag

Es scheint für eine andere Ansicht unvertretbar, dass neben der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit der Minderheitsgewerkschaft durch die Verdrängung ihres Tarifvertrags nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG auch die Regelungsgegenstände des Minderheitstarifvertrags durch den Mehrheitstarifvertrag für die betrieblichen Regelungen geöffnet werden.⁴⁶⁴ Demnach kann ein Minderheitstarifvertrag die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auch durch eine Öffnungsklausel aufheben.

Diese Ansicht führt zu Schwierigkeiten, wenn einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthält, während der andere Tarifvertrag die Sperrwirkung auslösen würde, oder wenn alle nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln enthalten. Nach der Literatur bedarf es solcher Konstellationen einer Kollisionsregel.⁴⁶⁵ Dies wurde damit begründet, dass es sich bei den Öffnungsklauseln nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG um betriebsverfassungsrechtliche Normen handelt, da sie die Sperrwirkung § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG aufheben.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 486.

⁴⁶² Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 483.

⁴⁶³ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4 TVG Rn. 484.

⁴⁶⁴ Däubler/Klebe/Wedde/Berg, § 77 BetrVG Rn. 145.

⁴⁶⁵ Franzen, RdA 2008, 193, 200; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1313, 1318; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 318; Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 202.

⁴⁶⁶ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 202.

Die Anwendung der Lösungsvorschläge bei Freigabe der Tarifpluralität ist ebenso auf diese Fälle möglich, da die Minderheitstarifverträge ihre Sperrwirkung nach dieser Ansicht auch unter Herrschaft des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG nicht verlieren.

aa) Erste Konstellation: Nur einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge enthält eine Öffnungsklausel

(I.) Eine Öffnungsklausel in einem Tarifvertrag ist ausreichend

Enthält einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel, stellt sich die Frage, wie die Kollision zwischen einem Tarifvertrag mit Öffnungsklausel und einem Tarifvertrag ohne Öffnungsklausel aufgelöst werden kann. Reicht nur eine Öffnungsklausel in einem Tarifvertrag aus, um die betrieblichen Regelungen zu öffnen oder müssen alle nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine solche Öffnungsklausel enthalten?

Es ist aus dieser Perspektive zwar möglich, eine ergänzende oder abweichende Betriebsvereinbarung zuzulassen, wenn nur einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthält. Das hängt jedoch davon ab, dass die Öffnungsklausel in dem maßgeblichen Tarifvertrag geregelt ist. Welcher Tarifvertrag maßgeblich ist, war in der Literatur streitig. Dazu gibt es verschiedene Lösungsansätze.

Nach *Franzen* soll die Auflösung dieser Kollision auf den entwickelten Grundgedanken der mitgliedschaftlichen Legitimation abgestellt werden. Daher gilt derjenige Tarifvertrag als vorrangig, welcher der Autonomie näher ist. Das ist jener Tarifvertrag, an den der Arbeitgeber gebunden ist.⁴⁶⁷ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, da die Kollisionslage nach § 4a Abs. 2 TVG nur entsteht, wenn der Arbeitgeber an die kollidierenden Tarifverträge gebunden ist. Die Tarifbindung des Arbeitgebers ist also eine Voraussetzung für das Entstehen der Kollisionslage nach § 4a Abs. 2 TVG und kann deswegen nicht als Abgrenzungsgrundlage angesehen werden.

Greiner ist der Ansicht, dass die Nichtregelung einer Öffnungsklausel in konkurrierenden Tarifverträgen als Negation der Öffnung, als ein Festhalten an der gesetzlich vorgesehenen Regelungssperre des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu verstehen ist. Diese Kollision ist nach dem Mehrheitsprinzip aufzulösen. Enthält also der Mehrheitstarifvertrag eine Öffnungsklausel, so kann sie als Kollektivnorm die betrieblichen Regelungen auch für die anderen oder nichttarifgebundenen

⁴⁶⁷ *Franzen*, RdA 2008, 193, 200.

Arbeitnehmer öffnen.⁴⁶⁸ Diese Ansicht stieß jedoch auf Widerspruch, weil die Auflösung der „betriebsweiten Tarifkonkurrenz“ nur berücksichtigt werden kann, wenn tatsächlich eine Kollisionslage zwischen den Kollektivnormen besteht. Das trifft zu, wenn die kollidierenden Tarifverträge „echte“ Öffnungsklauseln enthalten.⁴⁶⁹ Die Nichtregelung einer Öffnungsklausel kann zudem nicht im Wege der Auslegung zu dieser Kollisionslage führen.⁴⁷⁰ Darüber hinaus erscheint ausgeschlossen, dass ein Tarifvertrag durch eine Öffnungsklausel die Regelungskompetenz der Betriebsparteien gegenüber anderen Tarifverträgen und nicht nur gegenüber dem jeweiligen Tarifvertrag öffnet.⁴⁷¹ Weiterhin könnte das Mehrheitsprinzip dazu führen, dass es für eine Minderheitsgewerkschaft nicht möglich ist, eine Betriebsvereinbarung durch eine Öffnungsklausel zuzulassen, da die Sperrwirkung dem Schutz der Individualnorm eines jeden im Betrieb geltenden Tarifvertrags vor der Regelungskonkurrenz auf betrieblicher Ebene dient.⁴⁷²

Nach *Schmidt* ist die Auflösung dieser Kollision nach den Regelungen der betriebsweiten Tarifkonkurrenz ausgeschlossen, da keine Kollision zwischen den Kollektiv-, hier den Betriebsverfassungsnormen, vorliegt. Beim Vorliegen einer Kollision zwischen einem Tarifvertrag mit Öffnungsklausel gem. § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG und einem Tarifvertrag ohne Öffnungsklausel soll die durch Tarifvertrag zugelassene Betriebsvereinbarung nur für Arbeitnehmer gelten, die an diesen Tarifvertrag gebunden sind. Dagegen dürfen diese Betriebsvereinbarungen auf die anders organisierten oder die nichtorganisierten Arbeitnehmer keine Anwendung finden. Grund dafür ist, dass die Betriebsparteien trotz der Öffnungsklausel keine Regelungen mit normativer Wirkung für diejenigen Arbeitnehmer schaffen können, die an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind. Daher ist es ihnen nicht möglich, diesem anderen Tarifvertrag mit normativen Arbeitsbedingungen durch einen anderen Tarifvertrag Konkurrenz zu machen.⁴⁷³ Dieser Ansicht wurde aber entgegengehalten, dass sie mit den Grundgedanken der Betriebsvereinbarung gem. § 77 Abs. 4 BetrVG nicht vereinbar ist, dementsprechend es erforderlich ist, dass die Betriebsvereinbarung, unabhängig von Gewerkschaftszugehörigkeit, unmittelbar und zwingend für alle Arbeitnehmer im Betrieb

⁴⁶⁸ Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfluralität, 2010, S. 379.

⁴⁶⁹ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 205.

⁴⁷⁰ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 205.

⁴⁷¹ Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 494.

⁴⁷² Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 319.

⁴⁷³ Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 502, 503.

gilt.⁴⁷⁴ Das BAG weist auch darauf hin, dass die Beschränkung der Zuständigkeit des Betriebsrats auf bestimmte tarifgebundenen Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich nicht hinnehmbar ist.⁴⁷⁵

Für *Krebber* ist es ausreichend, wenn nur einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthält, um die Sperrwirkung zu beseitigen und den Weg für die Betriebsparteien zu öffnen, da es bei den Öffnungsklauseln um betriebsverfassungsrechtliche Normen geht.⁴⁷⁶ Diese Ansicht wird mit dem Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG begründet, da nach § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG die Sperrwirkung entfällt, wenn „ein“ Tarifvertrag den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zulässt.⁴⁷⁷

(II.) Alle Tarifverträge müssen eine Öffnungsklausel enthalten

Eine andere Ansicht verlangt, dass alle nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthalten müssen, um die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG aufzuheben.⁴⁷⁸ Es genügt nicht, dass einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthält.

Nach BAG ist es für die Zulässigkeit der betrieblichen Regelungen im Betrieb erforderlich, dass jeder Tarifvertrag, der die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auslöst, die Öffnung der betrieblichen Regelung zulässt. Denn „die Entscheidung über die Öffnung „ihres“ Tarifvertrags für betriebliche Regelungen kann als eine von Art. 9 III GG geschützte Entscheidung über die Anwendung der tariflichen Regelung nur von den Parteien des jeweiligen Tarifvertrags selbst getroffen werden. Anderen Tarifvertragsparteien steht insoweit keine Regelungskompetenz zu. Sie können nicht, selbst bei einem Verzicht auf eine eigene inhaltliche Regelung, den Betriebsparteien die Möglichkeit eröffnen, von Bestimmungen anderer Tarifvertragsparteien abzuweichen“.⁴⁷⁹ „Andernfalls könnte eine Gewerkschaft zulasten einer anderen Gewerkschaft deren Tarifzustän-

⁴⁷⁴ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 207.

⁴⁷⁵ LAG Berlin-Brandenburg, v. 09.08.2019 – 9 Sa 1874/18, NZA-RR 2019, 653, 657.

⁴⁷⁶ *Krebber*, RdA 2011, 23, 27.

⁴⁷⁷ *Gooren*, NZA 2022, 444, 449.

⁴⁷⁸ LAG Berlin-Brandenburg, v. 28.02.2018 – 15 Sa 1415/17, BeckRS 2018, 11123 Rn. 32; LAG Berlin-Brandenburg, v. 09.08.2019 – 9 Sa 1874/18, NZA-RR 2019, 653, 654; BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 986; *Fitting* § 77 BetrVG Rn. 203; Schaub ArbR-HdB/*Ahrendt*, § 231 Rn. 26; Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/*Lorenz*, § 77 BetrVG Rn. 41.

⁴⁷⁹ BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 987.

digkeit dadurch unterhöhlen, dass sie eine Regelungsmöglichkeit auf Ebene der Betriebsparteien eröffnet“.⁴⁸⁰

Diese Ansicht wurde mit dem Sinn und Zweck des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG begründet. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG dient der Sicherung der aktualisierten und ausgeübten Tarifaufonomie und der Erhaltung und Stärkung der Funktionsfähigkeit der Koalitionen. Daher soll verhindert werden, dass Gegenstände, welche die Tarifvertragsparteien bestimmt haben, konkurrierend in Betriebsvereinbarungen geregelt werden.⁴⁸¹ Daraus folgt, dass der Tarifvertrag, der keine Öffnungsklausel enthält, immer zur Anwendung kommen muss. Löst ein Tarifvertrag Sperrwirkung für eine bestimmte Arbeitsbedingung aus, während ein anderer Tarifvertrag eine Öffnungsklausel für diese Arbeitsbedingung enthält, kann diese Öffnungsklausel keine Anwendung finden.⁴⁸² Auf den Einwand, dass dieser Lösungsvorschlag einen Eingriff in die Dispositionsbefugnis der Tarifparteien enthält, entgegnet *Kuzbida*, dass andernfalls die Öffnungsklausel des Tarifvertrags einen Einfluss auf die Regelungen des andern Tarifvertrags nehmen könnte.⁴⁸³ Nach *Kuzbida* muss der Schutz der Tarifaufonomie immer vorrangig sein; ist dies nicht möglich, kann die Einschränkung der Dispositionsbefugnis akzeptiert werden.⁴⁸⁴

bb) Zweite Konstellation: Die nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge enthalten unterschiedliche Öffnungsklauseln

Es ist denkbar, dass alle nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln enthalten. In diesem Fall besteht die Möglichkeit, dass jede Öffnungsklausel für eine bestimmte Arbeitsbedingung teilweise oder vollständig ins Leere läuft, da jeder Tarifvertrag die Sperrwirkung gegenüber Betriebsvereinbarungen für alle Arbeitnehmer im Betrieb auslöst.⁴⁸⁵

⁴⁸⁰ LAG Berlin-Brandenburg, v. 28.02.2018 – 15 Sa 1415/17, BeckRS 2018, 11123 Rn. 32.

⁴⁸¹ BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 987.

⁴⁸² *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 208.

⁴⁸³ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 208, 209.

⁴⁸⁴ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 209.

⁴⁸⁵ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 202.

Diese Konstellation stellt eine betriebsweite Tarifkonkurrenz dar, die nach dem Grundsatz der Tarifeinheit im Arbeitsverhältnis aufgelöst werden muss,⁴⁸⁶ da es sich hier um betriebsverfassungsrechtliche Normen handelt.⁴⁸⁷ Ob die Tarifpluralität oder der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb anwendbar sind, spielt keine Rolle.⁴⁸⁸

Als Kollisionsregel wurde das Repräsentativitätsprinzip entwickelt. Enthalten die kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln, kommt nur der repräsentative Tarifvertrag zur Anwendung.⁴⁸⁹

Kuzbida hat das Repräsentativitätsprinzip kritisiert, da es nicht auf den Normzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG abstellt. Das Repräsentativitätsprinzip führt dazu, dass die Betriebsparteien nur im Umfang der Öffnungsklausel des repräsentativen Tarifvertrags Betriebsvereinbarungen für alle Arbeitnehmer im Betrieb abschließen, ohne in die Sperrwirkung der anderen Tarifverträge einzugreifen, was der Auslösung der Sperrwirkung durch jeden Tarifvertrag widerspricht. Der Schutzzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG ist für die anderen Tarifverträge nicht gewährleistet, weil trotz der tariflichen Regelungen abweichende Betriebsvereinbarungen infolge der Öffnungsklausel des repräsentativen Tarifvertrags abgeschlossen werden könnten.⁴⁹⁰

Kuzbida kommt zum Ergebnis, dass im Falle der Kollision der Tarifverträge mit unterschiedlichen Öffnungsklauseln infolge der Sperrwirkung der anderen Tarifverträge keine zur Anwendung kommen kann. Damit die Betriebsparteien Betriebsvereinbarungen abschließen können, müssen also alle Tarifverträge dieselbe Öffnungsklausel enthalten.⁴⁹¹ Diese Ansicht ist aber nicht vertretbar, weil die betriebsweite Tarifkonkurrenz einheitlich nach dem Grundsatz der Tarifeinheit im Arbeitsverhältnis aufgelöst werden muss, was am Ende dazu führen würde, dass nur die Öffnungsklausel eines Tarifvertrags zur Anwendung kommt.⁴⁹² Diese Ansicht führt jedoch im Gegenteil zur Anwendung keiner Öffnungsklausel.

Schneider spricht davon, dass bei der Kollision der Tarifverträge mit unterschiedlichen Öffnungsklauseln der Umfang der Öffnungsklausel mit dem „kleinsten gemeinsamen Nenner“ maß-

⁴⁸⁶ *Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 491; *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 202.

⁴⁸⁷ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 322.

⁴⁸⁸ *Jacobs*, NZA 2008, 325, 332; *Schmidt*, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 491.

⁴⁸⁹ *Franzen*, RdA 2008, 193, 200; *Jacobs*, NZA 2008, 325, 327.

⁴⁹⁰ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 203.

⁴⁹¹ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 204.

geblich ist. Enthalten die kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln, kommt nur die Öffnungsklausel, die über die geringste Reichweite verfügt, zur Anwendung.⁴⁹³ Ein solcher Lösungsvorschlag führt jedoch zur Einschränkung der Dispositionsbefugnis des Tarifvertrags mit größerer Reichweite, was § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG und Art. 9 Abs. 3 GG zuwiderläuft.

d) Stellungnahme

Nach dem Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG entfällt die Regelungssperre, wenn „ein Tarifvertrag“ den Abschluss abweichender Betriebsvereinbarungen zulässt. Der Wortlaut des § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG ist zwar nicht eindeutig, da das Wort „ein“ sowohl als ein Zahlwort als auch als unbestimmter Artikel verwendet werden kann. Die Verwendung des Singulars auf S. 1 „durch Tarifvertrag“ und S. 2 „ein Tarifvertrag“ könnte jedoch dafür sprechen, dass die Sperrwirkung eines Tarifvertrags nur von den jeweiligen Tarifvertragsparteien aufgehoben werden kann.⁴⁹⁴ Da dies nach Anwendung der Kollisionsregel gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG der Mehrheitstarifvertrag ist, geht man davon aus, dass alleine der Mehrheitstarifvertrag die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG durch eine Öffnungsklausel aufheben kann.

Nach Ansicht dieser Arbeit stellt die Kollision eines Mehrheitstarifvertrags mit einer Öffnungsklausel mit einem Minderheitstarifvertrag ohne Öffnungsklausel oder die Kollision der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge mit unterschiedlichen Öffnungsklauseln keine auflösungsbedürftige Tarifkonkurrenz dar, weil der Minderheitstarifvertrag nach der hier vertretenen Auffassung keine Sperrwirkung auslöst.

Verfolgt man die Annahme, dass der Minderheitstarifvertrag die Sperrwirkung auch nach Anwendung der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG auslösen kann, muss die Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG in dem Fall angewendet werden, wo nur einer der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge eine Öffnungsklausel enthält, da hier alle Voraussetzungen des § 4a Abs. 2 TVG vorliegen.

Für den Fall, dass die nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln enthalten, entsteht betriebsweite Tarifkonkurrenz, die nach dem Grundsatz der

⁴⁹² Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 492.

⁴⁹³ Schneider, Die Auswirkungen von Tarifeinheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 322.

⁴⁹⁴ BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 986.

Tarifeinheit im Arbeitsverhältnis aufgelöst werden muss.⁴⁹⁵ Dies ist nach der h. M. das Mehrheitsprinzip.⁴⁹⁶ Enthalten die kollidierenden Tarifverträge unterschiedliche Öffnungsklauseln, findet nur die Öffnungsklausel im Mehrheitstarifvertrag Anwendung.⁴⁹⁷ Zusammenfassend ergibt sich, dass diese Ansicht zum gleichen Ergebnis führt: Nur die Öffnungsklausel im Mehrheitstarifvertrag ist maßgeblich.

5. Wiederaufleben der Öffnungsklausel/Betriebsvereinbarung

Die Antwort auf die Frage, ob die Öffnungsklausel bzw. die Betriebsvereinbarung wiederaufleben kann, bestimmt sich nach der hier vertretenen Ansicht danach, dass nur der Mehrheitstarifvertrag die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG aufheben und den Weg für die ergänzende und abweichende Betriebsvereinbarung öffnen kann.

Verdrängt der Mehrheitstarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG einen öffnenden Minderheitstarifvertrag, hat dies zur Folge, dass die aufgrund einer Öffnungsklausel im verdrängten Tarifvertrag abgeschlossene Betriebsvereinbarung unwirksam ist. Dies ist gerechtfertigt, weil die einmalige Öffnung die Betriebsvereinbarung nicht dauerhaft und unabhängig vom Fortbestand des Tarifvertrags legitimieren kann. Eine Öffnungsklausel muss vielmehr während der gesamten Geltungsdauer der Betriebsvereinbarung anwendbar sein.⁴⁹⁸

Die Geltungsdauer einer Betriebsvereinbarung, die ergänzend zu einem Tarifvertrag abgeschlossen wurde, ist auf die Dauer des Tarifvertrags beschränkt. Beim Abschluss eines neuen Tarifvertrags kann somit die zeitliche Geltung der Betriebsvereinbarung nicht erweitert werden.⁴⁹⁹ Nur falls „die Betriebsvereinbarung selbst eine Regelung enthalte, dass sie auch „mit Wirkung für spätere Tarifverträge“ abgeschlossen sein sollte, die ebenfalls eine entsprechende Öffnungsklausel enthalten, könne ausnahmsweise ein Fortbestand über die Geltungsdauer des „öffnenden“ Tarifvertrags hinaus in Betracht kommen“.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 202.

⁴⁹⁶ Däubler/Klebe/Wedde/Berg, § 77 BetrVG Rn. 145a; Franzen, RdA 2008, 193, 200; Jacobs, NZA 2008, 325, 327; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1313, 1318; Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, 2010, S. 361.

⁴⁹⁷ Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 319.

⁴⁹⁸ Greiner, RdA 2022, 164, 166.

⁴⁹⁹ ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 89.

⁵⁰⁰ Greiner, RdA 2022, 164, 166, 167.

Der Mehrheitstarifvertrag hat nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG zwar nur Anwendungsvorrang und der Minderheitstarifvertrag verliert während der Verdrängung seine Wirksamkeit nicht. Hier ist jedoch zu beachten, dass der öffnende Tarifvertrag den Tarifvorbehalt nicht nur „punktuell“ bei Abschluss der Betriebsvereinbarung aufheben kann. Die Aufhebung muss vielmehr für die gesamte Geltungsdauer der Betriebsvereinbarung weiterbestehen.⁵⁰¹ „Für diese Öffnungswirkung ist unerheblich, ob sie fehlt, weil der Tarifvertrag nicht mehr gilt, da sein zeitlicher Geltungsbereich verlassen wurde, oder weil eine Tarifverdrängung nach § 4a TVG einsetzt. In beiden Fällen entfalten die Rechtsnormen des öffnenden Tarifvertrags keine aktuelle Geltung mehr. Die Geltung allein in der Vergangenheit kann die Öffnungswirkung in der Gegenwart nicht legitimieren, so dass alles dafür spricht, die Vorbehalts- bzw. Vorrangwirkung ex nunc in jenem Moment wieder aufleben zu lassen, in welchem der verdrängende Tarifvertrag abgeschlossen wird.“⁵⁰²

Endet der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängende Tarifvertrag, so können der öffnende Minderheitstarifvertrag bzw. die Öffnungsklausel wiederaufleben.⁵⁰³ Denn die Frage der Unanwendbarkeit des Minderheitstarifvertrags ist von der zeitlichen Geltung des Mehrheitstarifvertrags abhängig und kann deswegen die Geltungsdauer des Mehrheitstarifvertrags nichtüberschreiten.⁵⁰⁴ Hier stellt sich aber die Frage des Schicksals der zuvor aufgrund einer Öffnungsklausel abgeschlossenen Betriebsvereinbarung: Kann diese auch wiederaufleben?

§ 4a Abs. 2 S. 2 TVG hat vorübergehende verdrängende und keine dauerhafte ablösende Wirkung: Die ablösende Wirkung führt dazu, dass der Mehrheitstarifvertrag den Minderheitstarifvertrag ablöst und dass die aufgrund der Öffnungsklausel im Minderheitstarifvertrag abgeschlossene Betriebsvereinbarung unwirksam wird, da sie gegen den Tarifvorbehalt (Mehrheitstarifvertrag) verstößt. Wenn sich die Mehrheitsverhältnisse geändert haben, kann der öffnende Tarifvertrag nicht wiederaufleben,⁵⁰⁵ sondern nur den früheren Mehrheitstarifvertrag ablösen. Dies hat zur Folge, dass die aufgrund der Öffnungsklausel abgeschlossene Betriebsvereinbarung nach der Ablösung als neue Betriebsvereinbarung betrachtet werden muss.

⁵⁰¹ Greiner, RdA 2022, 164, 167.

⁵⁰² Greiner, RdA 2022, 164, 167.

⁵⁰³ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 87 BetrVG Rn. 159; Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 186; Däubler/Klebe/Wedde/Berg, § 77 BetrVG Rn. 145.

⁵⁰⁴ Schliemann, NZA 2015, 1298, 1300.

⁵⁰⁵ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 1574: Ohne Behandlung der Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG.

§ 4a Abs. 2 S. 2 TVG kann jedoch gar nicht zu einer solchen ablösenden Wirkung führen, da die Ablösung ausschließlich von denselben Tarifparteien durchgeführt werden muss. Tarifverträge anderer Tarifparteien können also den Tarifvertrag nicht ablösen.⁵⁰⁶

Die verdrängende Wirkung führt hingegen nur zur Unanwendbarkeit des Minderheitstarifvertrags. Die Unanwendbarkeit ist nicht mit Nichtigkeit und Unwirksamkeit zu verwechseln. Der Minderheitstarifvertrag ist zwar unanwendbar, jedoch verliert er als Normenvertrag weder seine rechtliche Existenz noch seine grundsätzliche Wirksamkeit. Er ist lediglich vom Mehrheitstarifvertrag verdrängt.⁵⁰⁷ So eine Verdrängungswirkung kann nicht zum Ende des Tarifvertrags führen, da sie die abstrakte Tarifgeltung nicht beseitigt, sondern nur verdrängt.⁵⁰⁸

Darüber hinaus beschränkt die Öffnungsklausel nicht den abstrakten Geltungsanspruch des Tarifvertrags, sondern nur seine konkrete Geltung. Daraus ergibt sich, dass die Öffnungsklausel ihre Wirkung nur innerhalb der Geltungsdauer des öffnenden Tarifvertrags entfalten kann.⁵⁰⁹ Eine Betriebsvereinbarung kann sich also während der Tarifverdrängung nicht nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG auf eine Öffnungsklausel im Minderheitstarifvertrag berufen. Bei einer Beendigung des Mehrheitstarifvertrags entfaltet jedoch der Minderheitstarifvertrag erneut seine in §§ 3, 4 TVG vorgesehene normative Wirkung.⁵¹⁰ Das gibt einen Hinweis darauf, dass die Betriebsvereinbarung wieder zur Geltung kommen kann, da der öffnende Tarifvertrag seine konkrete Geltung wiedererlangt.

Hier ist auch darauf hinzuweisen, dass § 77 Abs. 4 bis Abs. 6 BetrVG Bestimmungen über die bisher nicht geregelten Fragen der Wirkung, Kündigung und Nachwirkung von Betriebsvereinbarungen enthalten, die sich an die Regelung für Tarifverträge im Tarifvertragsgesetz anlehnen, um die bestehenden Unklarheiten zu beseitigen.⁵¹¹ Dies zeigt, dass sich der Gesetzgeber in Bezug auf die Wirkung von Betriebsvereinbarungen nach der Wirkung von Tarifverträgen richten wollte und einen Gleichlauf beider Regelungsinstrumente aufbauen wollte.⁵¹² Führt also die Anwendung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG zur Verdrängung des öffnenden Tarifvertrags, verliert die Betriebsvereinbarung ihre Geltung, weil der Tarifvertrag fortwährend die Legitimationsbasis der

⁵⁰⁶ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 1580.

⁵⁰⁷ Schliemann, NZA 2015, 1298, 1299.

⁵⁰⁸ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 1 TVG Rn. 1580.

⁵⁰⁹ Greiner, RdA 2022, 164, 166.

⁵¹⁰ Schliemann, NZA 2015, 1298, 1300.

⁵¹¹ Lang, Die verdrängende Betriebsvereinbarung, 2018, S. 299.

⁵¹² Lang, Die verdrängende Betriebsvereinbarung, 2018, S. 299.

Betriebsvereinbarung bilden muss.⁵¹³ Lebt der öffnende Tarifvertrag wieder auf, muss die Betriebsvereinbarung ebenfalls wieder aufleben.

Für die Beendigung der Geltung der Betriebsvereinbarung ist es notwendig, dass ein Beendigungsgrund vorliegt. Hier sollten insbesondere „die einvernehmliche Aufhebung der Betriebsvereinbarung durch die Betriebspartner, die Ablösung durch eine neue Betriebsvereinbarung, die Kündigung durch einen Betriebspartner und bei befristeten Betriebsvereinbarungen eine Beendigung durch Zeitablauf“ betrachtet werden.⁵¹⁴ § 4a Abs. 2 S. 2 TVG stellt also nicht den Beendigungsgrund für die Betriebsvereinbarung dar, da sie nur zeitweise zur Verdrängung des öffnenden Tarifvertrags führt.

§ 4a Abs. 2 S. 2 TVG führt lediglich zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung. Soweit anerkannt, kann die unwirksame Betriebsvereinbarung, die gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstößt, geheilt werden und wirksam gemacht werden, wenn die Tarifparteien die Betriebsvereinbarung nachträglich durch eine rückwirkende Öffnungsklausel genehmigt haben. Diese rückwirkende heilbare Wirkung spricht ebenfalls dafür, dass die Betriebsvereinbarung auch nach der Verdrängung gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG wiederaufleben kann, da die Öffnungsklausel wiederauflebt.⁵¹⁵

Schließlich kommt man zum folgenden Ergebnis: Da die Laufzeit der aufgrund einer Öffnungsklausel abgeschlossenen Betriebsvereinbarung mit der Dauer des Tarifvertrags verbunden ist⁵¹⁶ und § 4a Abs. 2 S. 2 TVG lediglich zur Verdrängung und nicht zur Vernichtung des Tarifvertrags führt, kann vom Wiederaufleben der Betriebsvereinbarung gesprochen werden, wenn der öffnende Minderheitsvertrag wieder auflebt.⁵¹⁷

⁵¹³ Greiner, RdA 2022, 164, 166.

⁵¹⁴ Lang, Die verdrängende Betriebsvereinbarung, 2018, S. 322.

⁵¹⁵ Greiner, RdA 2022, 164, 168.

⁵¹⁶ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 208.

⁵¹⁷ Greiner, RdA 2022, 164, 167.

III. Tarifvorrang gem. § 87 Abs. 1 BetrVG

1. Vorbemerkungen

Die Tarifeinheit hat weitere Auswirkungen auf die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten gem. § 87 Abs. 1 BetrVG, weil der Tarifvertrag die Reichweite der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats einschränken kann.

Nach § 87 Abs. 1 BetrVG hat der Betriebsrat in manchen Angelegenheiten zwingend mitzubestimmen, soweit eine gesetzliche und tarifrechtliche Regelung nicht besteht. Der Tarifvertrag sperrt somit gem. § 87 Abs. 1 BetrVG im Unterschied zu § 77 Abs. 3 BetrVG nicht die Wirkung der Betriebsvereinbarung, sondern die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats.⁵¹⁸

Das Wiederaufleben des Grundsatzes der Tarifeinheit in § 4a Abs. 2 TVG wirft demnach zahlreiche Probleme in Bezug auf die Reichweite der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in einem tarifpluralen Betrieb auf, die in diesem Abschnitt erörtert werden sollen. Es stellt sich beispielsweise die Frage, ob nur der Mehrheitstarifvertrag oder auch der Minderheitstarifvertrag diese Sperrwirkung entfaltet.

Für die Behandlung dieser Problematik muss zuerst der Begriff des Tarifvorrangs erläutert werden. Ferner ist es unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks von § 87 Abs. 1 BetrVG möglich, sich dem Lösungsansatz anzunähern. Daher ist zu erklären, welchen Sinn und Zweck der Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG hat. Weiterhin muss sich mit der Frage, wann der Tarifvorrang gem. § 87 Abs. 1 BetrVG eingreift oder welche Voraussetzungen er erfüllen muss, beschäftigt werden. Abschließend soll durch die Analyse des Umfangs des Tarifvorrangs ein Lösungsansatz erarbeitet werden. Dabei werden die oben genannten Fragen beantwortet werden.

2. Begriffsbestimmung

Das Verhältnis zwischen betrieblichen und tariflichen Regelungen ist wiederum durch den Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG festgelegt. In den in § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis 14 be-

⁵¹⁸ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 215.

nannten sozialen Angelegenheiten steht dem Betriebsrat ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht zu, jedoch nur wenn eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht.⁵¹⁹

Unter dem Begriff „Tarifvorrang“ nach § 87 Abs. 1 BetrVG versteht man somit, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats ausgeschlossen ist, soweit eine inhaltliche und abschließende tarifliche Regelung über die Mitbestimmungsangelegenheit besteht.⁵²⁰ § 87 Abs. 1 BetrVG führt also zur Sperrung der erzwingbaren Mitbestimmung, wenn ein Tarifvertrag existiert und dieser Tarifvertrag Regelungen zu den in dieser Vorschrift genannten Angelegenheiten enthält.⁵²¹ Der Tarifvertrag hat i. d. S. Vorrang.⁵²² Hier ist zu berücksichtigen, dass der Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG nur die erzwingbare Mitbestimmung erfasst und nicht die freiwilligen Betriebsvereinbarungen, die weiterhin dem § 77 Abs. 3 BetrVG unterliegen.⁵²³

3. Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG

Zum Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG besteht immer noch keine einheitliche Meinung. Das BAG geht davon aus, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten dem Schutz der Arbeitnehmer durch gleichberechtigte Teilhabe an den sie betreffenden Angelegenheiten dient.⁵²⁴ Weiterhin sollen die Arbeitnehmer in den im § 87 Abs. 1 BetrVG genannten sozialen Angelegenheiten vor einseitiger Regelung durch die Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber geschützt werden; daher wird die einseitige Regelung durch die erzwingbare Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat ersetzt.⁵²⁵ Die Vorschrift basiert auf der Überlegung, dass beim Bestehen einer tariflichen Regelung von ausreichender Berücksichtigung der berechtigten Interessen und des Schutzbedürfnisses der Arbeitnehmer auszugehen ist. Es gibt also keinen Bedarf für einen weitergehenden Schutz durch das Mitbestimmungsrecht.⁵²⁶ Außerdem hat der Arbeitgeber nichts zu bestimmen und der Betriebsrat

⁵¹⁹ Heitzmann, in: Ring (Hrsg.), Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 186.

⁵²⁰ BAG, v. 03.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749.

⁵²¹ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 218.

⁵²² Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Annuß, § 47 BetrVG Rn. 61.

⁵²³ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 172.

⁵²⁴ BAG, v. 03.12.1991 – GS 2/90, AP Nr. 51 zu 1972 § 87 BetrVG, NZA 1992, 749, 754; BAG, v. 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP Nr. 142 zu 1972 § 87 BetrVG.

⁵²⁵ ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 1.

⁵²⁶ BAG, v. 03.12.1991 – GS 2/90, AP Nr. 51 zu 1972 § 87 BetrVG, NZA 1992, 749, 752; Heitzmann, in: Ring (Hrsg.), Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 186; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 59.

kann folglich nicht mitbestimmen, wenn die Angelegenheit durch eine höhere Norm (Gesetz, Tarifvertrag) geregelt wurde.⁵²⁷ Die h. M. in der Literatur ist der Ansicht des BAG gefolgt.⁵²⁸

Da die Rechtsnorm selten nur einen einzelnen Schutzzweck verfolgt, sondern häufig viele/mehrere unterschiedliche Zwecke,⁵²⁹ geht eine teilweise vertretene Ansicht davon aus, dass auch § 87 Abs. 1 BetrVG zusätzliche Zwecke verfolge. So ist *Brecht* der Meinung, dass der Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG, nämlich der Arbeitnehmerschutz weitere Schutzfunktionen nicht ausschließt.⁵³⁰ Zum einen ist für ihn zwar das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers berücksichtigt, wenn eine bindende gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht, der Ausschluss des Mitbestimmungsrechts dient jedoch in diesen Fällen nicht dem Schutz des Arbeitnehmers, sondern umgekehrt erfordert das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers kein zwingendes Mitbestimmungsrecht.⁵³¹ Darüber hinaus würde es nicht im Widerspruch zum Arbeitnehmerschutz stehen, wenn das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch beim Bestehen einer gesetzlichen oder tariflichen Regelung bestehen bleibt, solange bei der Anwendung des Günstigkeitsprinzips lediglich die begünstigenden Regelungen für den Arbeitnehmer zur Anwendung kommen.⁵³² Zum anderen erfordert der Schutz vor abweichenden Regelungen auf Betriebsebene im Falle des Bestehens gesetzlicher oder tariflicher Regelung auch die Sicherung der Tarifautonomie.⁵³³ Der Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG dient auch dem Schutz der Tarifautonomie und der Tarifparteien, indem beim Bestehen eines Tarifvertrags verhindert wird, dass dieser Tarifvertrag über die Einigungsstelle auf betrieblicher Ebene zur Disposition gestellt wird.⁵³⁴

Nach Ansicht *Brechts* nimmt § 87 Abs. 1 BetrVG also eine Abwägung zwischen Arbeitnehmerschutz und Tarifautonomie vor: Liegt keine gesetzliche oder tarifliche Regelung vor, tritt das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers in den Vordergrund. Besteht eine gesetzliche oder tarifliche Regelung, ist dieser Schutz für den Arbeitnehmer nicht erforderlich und es tritt der Schutzzweck der Sicherung der Tarifautonomie in den Vordergrund.⁵³⁵

⁵²⁷ *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 223.

⁵²⁸ ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 14; Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze*, § 87 BetrVG, Rn. 1; v. *Hoyningen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 796; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 108.

⁵²⁹ *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 224.

⁵³⁰ *Brecht*, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 195.

⁵³¹ *Brecht*, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 195.

⁵³² *Brecht*, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 195.

⁵³³ *Brecht*, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 195.

⁵³⁴ *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 224.

⁵³⁵ *Brecht*, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 195.

Auch *Kuzbida* geht davon aus, dass der Arbeitnehmerschutz als primärer Schutzzweck für § 87 Abs. 1 BetrVG nicht den Schutz der Tarifaautonomie ausschließt. § 87 Abs. 1 BetrVG hat somit einen doppelten Schutzzweck: erstens den Schutz des Arbeitnehmers vor dem Direktionsrecht des Arbeitgebers und zweitens den Schutz der Tarifaautonomie vor der betrieblichen Konkurrenz.⁵³⁶

Schließlich gab es eine weitere Meinung zum Arbeitgeberschutz als Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG. Diese Ansicht wurde damit begründet, dass der Arbeitgeber nicht über die Einigungsstelle zu zusätzlichen Leistungen gezwungen werden könne, wenn die Arbeitnehmerinteressen im Betrieb durch eine gesetzliche oder tarifliche Regelung berücksichtigt würden.⁵³⁷ Einer derartigen Ansicht kann jedoch nicht beigeprägt werden, da die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG zur Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers führen. Dies kann dem Arbeitgeberschutz keinesfalls dienen.⁵³⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung bezweckt § 87 Abs. 1 BetrVG zwar den Schutz des Arbeitnehmers, weil der Gesetzgeber den Arbeitnehmer bei der Regelung der sozialen Angelegenheiten nicht ohne Schutz lassen wollte und den Arbeitgeber gezwungen hat, diese Angelegenheit mit dem Betriebsrat gemeinsam zu bestimmen. Der Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG beschränkt sich jedoch nicht nur auf den Arbeitnehmerschutz.

Im Vergleich mit dem Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 BetrVG ist die Regelung der Arbeitsentgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen auf Betriebsebene ausgeschlossen, wenn diese durch Tarifvertrag geregelt sind. Es besteht Einigkeit darüber, dass der Gesetzgeber durch Verwehrung der Betriebsparteien von der Regelung dieser Arbeitsbedingungen zugunsten der Tarifparteien den Schutz der Tarifaautonomie bezweckte.⁵³⁹ Gleiches gilt auch für den Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG. Der Gesetzgeber hat den Betriebsparteien verboten, die in § 87 Abs. 1 BetrVG genannten sozialen Angelegenheiten zu regeln, soweit ein Tarifvertrag besteht. Der Schutz der Tarifaautonomie ist also auch im Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG ersichtlich.

Es wird eingewendet, dass der Schutz der Tarifaautonomie vor abweichenden Regelungen auf Betriebsebene voraussetzt, dass die Sperrwirkung unabhängig vom Willen der Betriebsparteien, insbesondere der Arbeitgeber, greift. Dies trifft auf den § 77 Abs. 3 BetrVG zwar zu, weil es beim

⁵³⁶ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 222.

⁵³⁷ *Fischer*, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 224.

⁵³⁸ *Brecht*, Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, 2003, S. 195, 196.

⁵³⁹ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, AP Nr. 21 zu § 77 BetrVG 1972; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 258; ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 43.

Tarifvorbehalt nicht auf die Tarifbindung des Arbeitgebers ankomme, sondern allein auf den Geltungsbereich des Tarifvertrags. Es kommt jedoch nicht auf den Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG an.⁵⁴⁰ Dem kann man nicht zustimmen, weil der Schutzzweck der Sicherung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifaufonomie vor Regelungskonkurrenz auf Betriebsebene stets gewährleistet werden muss, unabhängig davon, ob die Sperrwirkung durch den Willen der Betriebsparteien greift oder nicht.

Letztendlich kann das Günstigkeitsprinzip im Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht zur Anwendung kommen, da § 87 Abs. 1 BetrVG nicht nur auf den Arbeitnehmerschutz abstellt, sondern auch auf den Schutz der Tarifaufonomie. Der Schutz der Tarifaufonomie hat also Vorrang vor dem Günstigkeitsprinzip.

4. Voraussetzungen

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Tarifvorrang seine Wirkung nur in den in § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis 12 BetrVG aufgezählten sozialen Angelegenheiten entfaltet. Für andere soziale Angelegenheiten entsteht kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht.⁵⁴¹

Die Sperrwirkung eines Tarifvertrags nach § 87 Abs. 1 BetrVG erfordert, dass der Tarifvertrag im Betrieb unmittelbar und zwingend gem. § 4 Abs. 1 TVG gilt. Der Betrieb muss also unter dem räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags liegen.⁵⁴² Außerdem muss der Tarifvertrag abschließende und zwingende Regelungen enthalten und damit schon selbst den Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts berücksichtigen.⁵⁴³ Wenn der Tarifvertrag zum Beispiel eine Entgeltregelung für die Arbeitsleistung enthält, jedoch keine Regelung über die Zulagen vorsieht, ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats über die Zulagen nicht ausgeschlossen.⁵⁴⁴ Es ist erwähnenswert, dass die Tarifparteien das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht ausschließen oder einschränken dürfen, wenn sie die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit nicht geregelt haben.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 221.

⁵⁴¹ Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 225.

⁵⁴² ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 15; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 61.

⁵⁴³ BAG, v. 03.12.1991 – GS 2/90, AP Nr. 51 zu 1972 § 87 BetrVG, NZA 1992, 749, 754; BAG, v. 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP Nr. 142 zu 1972 § 87 BetrVG; v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 796.

⁵⁴⁴ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 796.

⁵⁴⁵ BAG, v. 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP Nr. 142 zu 1972 § 87 BetrVG.

Weiterhin ist eine Voraussetzung für die Sperrwirkung des Tarifvertrags nach § 87 Abs. 1 BetrVG, dass der Tarifvertrag während der Sperrwirkung in Kraft getreten und noch nicht abgelaufen ist;⁵⁴⁶ ein nur nachwirkender Tarifvertrag kann das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht ausschließen, weil die Tarifnormen im Nachwirkungsstadium gem. § 4 Abs. 5 TVG keine zwingende Wirkung haben und durch eine andere Abmachung ersetzt werden können.⁵⁴⁷ Der Ausfall der normativen Wirkung kann nach BAG keinen zwingenden Schutz der Arbeitnehmer vor einer individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber begründen.⁵⁴⁸

Anders als der Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 BetrVG ist die bloße Üblichkeit eines Tarifvertrags für die Auslösung der Sperrwirkung nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht ausreichend. Ein Ausschluss der Mitbestimmungsrechte erfordert, dass der Tarifvertrag seine normative Wirkung im Betrieb entfaltet.⁵⁴⁹

Es besteht Einigkeit darüber, dass für die Auslösung der Sperrwirkung des § 87 Abs. 1 BetrVG der Arbeitgeber tarifgebunden sein muss.⁵⁵⁰ Strittig war aber, ob der Arbeitnehmer daneben tarifgebunden sein muss oder nicht.

Eine Auffassung verlangt, dass für das Greifen des Tarifvorrangs nach § 87 Abs. 1 BetrVG zwischen Betriebs- und Inhaltsnormen unterschieden wird.⁵⁵¹ Die alleinige Tarifbindung des Arbeitgebers ist nur ausreichend, wenn es sich bei den mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten im § 87 Abs. 1 BetrVG um betriebliche Fragen handelt. Bei den anderen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten, die durch Inhaltsnormen des Tarifvertrags geregelt sind, müssen dagegen sowohl der Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer tarifgebunden sein.⁵⁵² Denn es ist nicht nachvollziehbar, dass die Inhaltsnormen für die anders oder nichttarifgebundenen Arbeitnehmer gelten, nur weil es sich um eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit handelt.⁵⁵³ Strittig ist je-

⁵⁴⁶ ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 15; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 61.

⁵⁴⁷ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 642; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 61.

⁵⁴⁸ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 642; Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 227.

⁵⁴⁹ Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 61.

⁵⁵⁰ BAG, v. 22.03.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 388; BAG, v. 26.09.2017 – 1 ABR 57/15, NZA 2018, 194, 195; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 153; ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 15; Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze, § 87 BetrVG, Rn. 261; v. Hoynin-gen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 796; Heinze, NZA 1989, 41, 46; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1313, 1318.

⁵⁵¹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 155; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 332, 333.

⁵⁵² Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 155; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 332.

⁵⁵³ Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 333.

doch bei dieser Auffassung, wie viele Arbeitnehmer an den Tarifvertrag gebunden sein müssen. Die Literatur fordert hinsichtlich der Individualnormen, dass alle,⁵⁵⁴ die meisten⁵⁵⁵ oder mindestens ein Arbeitnehmer⁵⁵⁶ tarifgebunden ist.

Es gibt auch eine Meinung, der die alleinige Tarifbindung des Arbeitgebers bei den betrieblichen Fragen nicht genügt und fordert, dass mindestens ein Arbeitnehmer tarifgebunden ist, damit der Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG greifen kann.⁵⁵⁷ Dem kann nicht zugestimmt werden, da es dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 TVG zuwiderläuft, dem es ausdrücklich genügt, dass nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist.

Nach der h. M. in der Rechtsprechung und Literatur ist die Tarifbindung des Arbeitnehmers unabhängig davon, ob es sich bei den verdrängenden tariflichen Regelungen um Betriebsnormen oder um Inhaltsnormen handelt, nicht erforderlich.⁵⁵⁸ Das Hauptargument für diese Meinung ist, dass beim Vorliegen eines Tarifvertrags im Betrieb das Bedürfnis der Arbeitnehmer für einen Schutz durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entfällt, da die Arbeitnehmer immer die Möglichkeit haben, der den Vertrag schließenden Gewerkschaft beizutreten und folglich den Schutz der tariflichen Regelungen zu genießen.⁵⁵⁹ Mit diesem Argument hat das BAG die Schutzlücke gerechtfertigt,⁵⁶⁰ die infolge der alleinigen Abstellung auf die Tarifbindung des Arbeitgebers zu Lasten nicht tarifgebundener Arbeitnehmer entsteht, wenn der Tarifvorrang nicht nur die Betriebsnormen, sondern auch die Inhaltsnormen erfasst.⁵⁶¹ Das BAG hält jedoch an diesem Argument nicht fest, da es mit dem Zweck des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht vereinbar ist. Nach diesem Zweck ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht mehr notwendig, sondern nur dann, wenn die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bereits durch Gesetz oder Tarifvertrag beschränkt werden und die Arbeitnehmer angemessen geschützt sind.⁵⁶² Die bloße Möglichkeit, dass der nichttarifgebundene Arbeitnehmer der Gewerkschaft beitreten kann, um den erforderlichen

⁵⁵⁴ GK-BetrVG/Wiese, § 87 BetrVG Rn. 67; Wiese, RdA 2012, 332, 336.

⁵⁵⁵ Dietz/Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Dietz/Richardi, § 87 BetrVG Rn. 126.

⁵⁵⁶ Galperin/Löwisch, Betriebsverfassungsgesetz/Galperin/Löwisch, § 87 BetrVG Rn. 56.

⁵⁵⁷ Schneider, Die Auswirkungen von Tarfmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 332.

⁵⁵⁸ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 642; BAG, v. 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP Nr. 142 zu 1972 § 87 BetrVG; BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 987; ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 15; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1313, 1318; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 62.

⁵⁵⁹ Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 62, 63.

⁵⁶⁰ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 642.

⁵⁶¹ BAG, v. 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP Nr. 142 zu 1972 § 87 BetrVG.

⁵⁶² BAG, v. 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP Nr. 142 zu 1972 § 87 BetrVG.

Schutz zu erlangen und das Mitbestimmungsrecht auszuschließen, ist also vom Zweck des § 87 Abs. 1 BetrVG nicht erfasst.

Das BAG meint auch, dass dieses Argument zur Verletzung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten negativen Koalitionsfreiheit führen könnte, da es den Schutz der Arbeitnehmer vor einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers im Bereich der sozialen Angelegenheiten gem. § 87 Abs. 1 BetrVG von einem Beitritt zu einer bestimmten Gewerkschaft abhängig macht.⁵⁶³

Krohm hält jedoch das Argument, ein Gewerkschaftsbeitritt sei ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit nach Art 9 Abs. 3 GG für nicht treffend, denn für die Arbeitnehmer besteht von Anfang an die Möglichkeit, durch einen Gewerkschaftsbeitritt entweder ein ausreichendes Schutzniveau, wenn sich im Betrieb kein Betriebsrat befindet, oder einen zusätzlichen Schutz, wenn der Betrieb einen Betriebsrat hat, zu erlangen. Der freiwillige Beitritt zu der vertrags-schließenden Gewerkschaft führt also nicht zur Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit, da der Arbeitnehmer diese Möglichkeit zuvor hatte.⁵⁶⁴ Der Arbeitnehmer hatte zwar bereits eine Möglichkeit, einer Gewerkschaft beizutreten, die Abhängigkeit des Schutzes der Arbeitnehmer vor einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers von einem Gewerkschaftsbeitritt könnte jedoch einen „mittelbaren Zwang“ enthalten.⁵⁶⁵

Die Vertreter führen ein weiteres Argument an, dass es sich bei den meisten mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten im § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis 14 BetrVG um betriebliche Angelegenheiten handelt. Für ihre Geltung für alle Arbeitnehmer im Betrieb genügt nach § 3 Abs. 2 TVG, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist.⁵⁶⁶

Gegen die Tarifbindung des Arbeitnehmers spricht auch ein praktisches Argument, dass nämlich der Arbeitgeber die tarifgebundenen Arbeitnehmer und die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer gleichbehandeln muss, um die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer nicht in die Arme der Gewerkschaft zu treiben.⁵⁶⁷

Darüber hinaus führt das Entfalten der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der tariflichen Regelungen im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG nur gegenüber den tarifgebundenen Arbeitnehmern dazu, dass im Betrieb in Bezug auf die gleiche Angelegenheit eine mitbestimmte und eine

⁵⁶³ BAG, v. 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP Nr. 142 zu 1972 § 87 BetrVG.

⁵⁶⁴ *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 63.

⁵⁶⁵ *Wiese*, Anm. zu BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, SAE 1989, 6, 10.

⁵⁶⁶ ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 15; Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze*, § 87 BetrVG Rn. 52; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 62.

⁵⁶⁷ *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 63.

tarifliche Regelung besteht, wenn ein Arbeitnehmer nicht tarifgebunden ist.⁵⁶⁸ Bei einer so gespaltenen Regelung derselben Frage besteht die Möglichkeit, dass die Arbeitnehmer die Gewerkschaft verlassen könnten, wenn die betriebliche Regelung für sie günstiger als die tarifliche Regelung ist.⁵⁶⁹

Diese Arbeit unterstützt die herrschende Meinung. Denn nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 BetrVG ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nur ausgeschlossen, wenn ein Tarifvertrag „besteht“. Das Bestehen eines Tarifvertrags setzt jedoch nicht voraus, dass der Arbeitnehmer an diesen Tarifvertrag gebunden ist, sondern nur, dass der Tarifvertrag im Betrieb Anwendung findet, nämlich wenn beispielsweise der Tarifvertrag nach § 5 TVG allgemeinverbindlich ist oder wenn es beim Tarifvertrag nach § 3 Abs. 2 TVG nur auf die Tarifbindung des Arbeitgebers ankommt. Der Arbeitnehmer ist zwar an diese Tarifverträge nicht gebunden, jedoch bleiben die Tarifverträge bestehen. Darüber hinaus gebietet der Normzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG, nämlich alle betriebszugehörigen Arbeitnehmer in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG vor der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers zu schützen, keine Beschränkung des im Eingangshalbsatz geregelten Tarifvorrangs gegenüber tarifgebundenen Arbeitnehmern.⁵⁷⁰

Die Erforderlichkeit der Tarifbindung des Arbeitnehmers führt ferner zum Auftritt des Betriebsrats durch Ausübung des Mitbestimmungsrechts als für den Schutz der Interessen der nichttarifgebundenen Arbeitnehmer zuständig und der Gewerkschaft für den Schutz der Interessen der tarifgebundenen Arbeitnehmer. Dies widerspricht dem schon genannten Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG, nämlich Sicherung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie dadurch, dass verhindert wird, dem Betriebsrat als „beitragsfreier Ersatzgewerkschaft“ beizutreten.⁵⁷¹ Weiterhin ist die Begrenzung der Zuständigkeit des Betriebsrats auf eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern betriebsverfassungsrechtlich nicht hinnehmbar.⁵⁷²

5. Lösungsansatz bei Tarifeinheit im Betrieb § 4a TVG

Das Wiederaufleben des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG wirkt sich nicht nur auf § 77 Abs. 3 BetrVG aus, sondern auch auf § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG, weil die

⁵⁶⁸ BAG, v. 18.10.2011 – 1 ABR 34/10, AP Nr. 142 zu 1972 § 87 BetrVG.

⁵⁶⁹ Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze*, § 87 BetrVG Rn. 52.

⁵⁷⁰ BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 987.

⁵⁷¹ ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 43.

⁵⁷² LAG Berlin-Brandenburg, v. 09.08.2019 – 9 Sa 1874/18, NZA-RR 2019, 653, 657.

beiden Normen die Regelungszuständigkeit auf Betriebsebene zugunsten der Tarifautonomie einschränken.⁵⁷³

Nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kommt, wenn sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden, nur der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft zur Anwendung, die im Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt geschlossenen kollidierenden Tarifvertrages im Betrieb die meisten Mitglieder hatte. Dies gilt jedoch nur, wenn die Beteiligten daran gescheitert sind, den Kollisionsfall einvernehmlich zu vermeiden.⁵⁷⁴

Nach Einführung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG muss – wie beim § 77 Abs. 3 BetrVG – entschieden werden, welcher Tarifvertrag in einem tarifpluralen Betrieb das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausschließen kann. Ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich einer Angelegenheit ausgeschlossen, nur wenn diese Angelegenheit abschließend durch den Mehrheitstarifvertrag geregelt ist, oder kann auch der Minderheitstarifvertrag zu solch einer Sperrwirkung führen?

Beim Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG könnte die Antwort auf diese Frage weniger problematisch als § 77 Abs. 3 BetrVG sein, da tarifliche Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung im Wesentlichen betriebliche Normen sind, für deren Geltung die Tarifbindung des Arbeitgebers ausreicht.⁵⁷⁵ Die Literatur geht davon aus, dass das Nebeneinander von betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen zum Entstehen einer „betriebsweiten Tarifkonkurrenz“ führt, die nach dem Grundsatz der Tarifeinheit im Arbeitsverhältnis aufgelöst werden muss.⁵⁷⁶ Da eine gesetzliche Kollisionsregel fehlt, verfolgte die Literatur verschiedene Lösungsansätze.⁵⁷⁷ Die h. M. hat jedoch das Mehrheitsprinzip angewendet.⁵⁷⁸ Das Wiederaufleben des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb im Jahr 2015 hat damit keine Auswirkungen.

Zwar handelt es sich bei mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten in § 87 Abs. 1 BetrVG im Wesentlichen um betriebliche Fragen, jedoch gibt es manche Angelegenheiten und zwar in § 87

⁵⁷³ v. Hoyningen-Huene/Meier-Krenz, NZA 1987, 793, 797.

⁵⁷⁴ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 87 BetrVG Rn. 158.

⁵⁷⁵ Jacobs, NZA 2008, 325, 332.

⁵⁷⁶ Franzen, RdA 2008, 193, 195; Jacobs, NZA 2008, 325, 332; Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 418 ff.; Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 337; Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 225.

⁵⁷⁷ Spezialitätsprinzip: Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 337; Mehrheitsprinzip: Krebber, RdA 2011, 23, 26; Wiese, RdA 2012, 332, 338.

⁵⁷⁸ Franzen, RdA 2008, 193, 200; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1313, 1318; Krebber, RdA 2011, 23, 26; Wiese, RdA 2012, 332, 338.

Abs. 1 Nr. 2, 3, 10, 11 BetrVG (Regelungen zur Arbeitszeit und zum Arbeitsentgelt), die als Inhaltsnormen eingestuft werden.⁵⁷⁹ Fraglich ist, welche Inhaltsnormen in welchem Tarifvertrag nach dem Wiederaufleben des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG den Vorrang i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG haben und demzufolge das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sperren.

Die Beantwortung dieser Frage macht auch keine Schwierigkeiten wie beim § 77 Abs. 3 BetrVG, weil sich § 87 Abs. 1 BetrVG nicht auf die Üblichkeit der tariflichen Regelungen, sondern nur auf die konkrete Geltung dieser Regelungen bezieht.⁵⁸⁰

a) Lösungsansatz in der Literatur

Die Literatur hat die Frage, ob beim Eingreifen der Kollisionsregel des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG lediglich der Mehrheitstarifvertrag das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Bezug auf die sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 bis 13 BetrVG sperren kann oder auch der Minderheitstarifvertrag, noch nicht genügend erforscht.

Die Autoren, die diese Frage behandelt haben, waren sich einig darüber, dass nach Einführung des § 4a TVG, anders als bei der Tarifpluralität, nur der anwendbare Tarifvertrag das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG sperren kann. Dieser ist der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt geschlossenen kollidierenden Tarifvertrages im Betrieb die meisten Mitglieder hat (Mehrheitstarifvertrag).⁵⁸¹ Die Vertreter dieser Auffassung argumentieren dies so: „§ 87 Abs. 1 Eingangssatz verlangt konkrete Tarifgeltung. Mit der Verdrängung verliert der Minderheitstarif die Normwirkung im Betrieb und kann deshalb die Entscheidungsspielräume des Arbeitgebers nicht mehr zu Lasten der Mitbestimmung einengen“.⁵⁸² Ein nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängter Tarifvertrag kann also das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht ausschließen.⁵⁸³

⁵⁷⁹ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 338.

⁵⁸⁰ *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 193.

⁵⁸¹ *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 158; *Däubler/Klebe/Wedde/Klebe*, § 87 BetrVG Rn. 38; *Fitting* § 87 BetrVG Rn. 46; *Boecken/Düwell/Diller/Hanau*, Gesamtes Arbeitsrecht/*Schwarze*, § 87 BetrVG Rn. 54; *Schaub ArbR-HdB/Ahrendt*, § 235 Rn. 11; *Gooren*, NZA 2022, 444, 449; *Greiner*, RdA 2022, 164, 165.

⁵⁸² *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 193.

⁵⁸³ *Fitting* § 87 BetrVG Rn. 46; *Greiner*, RdA 2022, 164, 165.

Dieser Auffassung wurde auch von *Ahrendt* vertreten,⁵⁸⁴ der der Meinung ist, dass der Minderheitstarifvertrag seine normative Geltung während der Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht verliert, weil § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die normative Geltung des Minderheitstarifvertrags nicht verhindert, sondern lediglich seine Geltung auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer.

Infolgedessen vertrat er die Ansicht, dass der Minderheitstarifvertrag die Sperrwirkung auch i. S. d. § 77 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 BetrVG auslösen kann.⁵⁸⁵ *Ahrendt* hat seine Ansicht in Bezug auf § 87 Abs. 1 BetrVG mit dem Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 BetrVG begründet, der nur vom faktischen anwendbaren Tarifvertrag verwirklicht werden kann.⁵⁸⁶

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist jedoch nur ausgeschlossen, wenn der Mehrheitstarifvertrag die Angelegenheit abschließend geregelt hat und somit nicht so geformt ist, dass die Angelegenheit durch die Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien vervollständigt werden muss oder ergänzt werden kann.⁵⁸⁷ Ist das nicht der Fall, so kann der Minderheitstarifvertrag das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch dann nicht sperren, wenn er eine abschließende Regelung zu dieser Angelegenheit enthält, da der Wille der Mehrheitstarifvertragsparteien durchgesetzt werden muss. Der Minderheitstarifvertrag kann das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nur ausschließen, wenn der Mehrheitstarifvertrag die Angelegenheit gar nicht geregelt hat.

Es stellt sich die Frage, ob sich der von der Literatur verfolgte Lösungsansatz ändert, wenn man der Vorrang-Theorie oder der Zwei-Schranken-Theorie folgt. Führen die beiden Theorien also zum gleichen Lösungsansatz oder zu unterschiedlichen Lösungsansätzen?

Im Verhältnis zu § 77 Abs. 3 BetrVG findet nach der Vorrang-Theorie der Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 BetrVG im Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 BetrVG keine Anwendung. § 87 Abs. 1 BetrVG geht als spezielle Vorschrift somit dem § 77 Abs. 3 BetrVG vor.⁵⁸⁸ Die Zwei-Schranken-Theorie sieht hingegen, dass der Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG den Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 BetrVG nicht ausschließt.⁵⁸⁹ Soweit also die Voraussetzungen des Tarifvorbehalts nach § 77 Abs. 3 BetrVG vorliegen, findet dieser auch auf die nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten Anwendung.

⁵⁸⁴ Schaub ArbR-HdB/*Ahrendt*, § 235 Rn. 11.

⁵⁸⁵ Schaub ArbR-HdB/*Ahrendt*, § 231 Rn. 26.

⁵⁸⁶ Schaub ArbR-HdB/*Ahrendt*, § 235 Rn. 11.

⁵⁸⁷ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 164.

⁵⁸⁸ ErfK/*Kania*, § 77 BetrVG Rn. 53; *Koschker*, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, 2015, S. 91.

⁵⁸⁹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Picker*, § 77 BetrVG Rn. 263; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 71, 72.

Folge der Anwendung der beiden Theorien auf das Bestehen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats ist, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach der Vorrang-Theorie nur ausgeschlossen ist, wenn eine tatsächliche tarifliche Regelung über die in § 87 Abs. 1 BetrVG genannten sozialen Angelegenheiten besteht. Nach Auffassung von *Kuzbida*⁵⁹⁰ und *Heitzmann*⁵⁹¹ führt die Anwendung der Zwei-Schranken-Theorie zum „Entfallen“ des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, nicht nur wenn eine tarifliche Regelung über die mitbestimmungspflichtige Angelegenheit besteht, sondern auch wenn diese Angelegenheit tarifüblich ist.

Folgt man der Zwei-Schranken-Theorie führt das dazu, dass auch der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängte Minderheitstarifvertrag die Sperrwirkung nach § 87 Abs. 1 BetrVG auslösen kann, weil der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängte Minderheitstarifvertrag gemäß eines Teils der Literatur⁵⁹² die Tarifüblichkeit begründen kann.

Zu solch einer Schlussfolgerung wird man jedoch nicht kommen, weil das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch beim Vorliegen der Tarifüblichkeit bestehen bleibt. Die Zwei-Schranken-Theorie verbietet lediglich, dass die Betriebsparteien das Mitbestimmungsrecht durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung ausüben.⁵⁹³ Zwar ist die Betriebsvereinbarung das geeignete Instrument, die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten im Betrieb zu regeln, da sie unmittelbare und zwingende Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse hat,⁵⁹⁴ jedoch ist sie nicht der einzige Weg zur Ausübung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats. Für die Betriebsparteien besteht die Möglichkeit, das Mitbestimmungsrecht durch formlose Betriebsabsprache auszuüben.⁵⁹⁵

Ob man der Vorrang-Theorie oder der Zwei-Schranken-Theorie folgt, hat beim Eingreifen der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG i. V. m. § 87 Abs. 1 BetrVG also keine Auswirkung auf den Lösungsansatz, dass nur der tatsächlich anwendbare Tarifvertrag die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ausschließen kann. Denn die Sperrwirkung bezieht sich nach der

⁵⁹⁰ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 189.

⁵⁹¹ *Heitzmann*, in: *Ring (Hrsg.)*, Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 188.

⁵⁹² *Däubler/Klebe/Wedde/Berg*, § 77 BetrVG Rn. 145; *ErfK/Kania*, § 77 BetrVG Rn. 49; *Schaub ArbR-HdB/Ahrendt*, § 231 Rn. 26; *MHdB ArbR/Klumpp*, § 256 Rn. 63; *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 193; *Gooren*, NZA 2022, 444, 449; a.A. *Greiner*, RdA 2022, 164, 165.

⁵⁹³ *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 169; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 72.

⁵⁹⁴ *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 78.

Zwei-Schranken-Theorie nur auf die Betriebsvereinbarung und nicht auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.

b) Stellungnahme

Die Literatur ist sich zwar einig, dass nur der Mehrheitstarifvertrag das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG ausschließen kann, hat dies jedoch nicht ausreichend begründet.

Die Frage, welcher Tarifvertrag nach Anwendung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ausschließen kann, setzt zuerst die Beantwortung der Frage voraus, welche tarifliche Regelung nach Anwendung des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG bestehen bleibt. Nach § 87 Abs. 1 BetrVG steht dem Betriebsrat das Mitbestimmungsrecht zu, soweit eine tarifliche Regelung nicht „besteht“. Der Wortlaut des § 87 Abs. 1 BetrVG setzt also für das Eingreifen des Tarifvorrangs voraus, dass eine tarifliche Regelung über eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit besteht. Fraglich ist, ob eine tarifliche Regelung in einem nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängten Minderheitstarifvertrag als Bestehen betrachtet werden kann. Wie schon aufgezeigt, kann eine tarifliche Regelung nur dann bestehen, wenn der Tarifvertrag in Kraft getreten und noch nicht abgelaufen ist.⁵⁹⁶ Das heißt, dass die tariflichen Regelungen „aktuell gelten und zwingende Wirkung gem. § 4 Abs. 1 TVG entfalten“⁵⁹⁷ müssen. Die zwingende Wirkung des Tarifvertrags, der die Sperrwirkung nach § 87 Abs. 1 BetrVG auslöst, ist nicht verzichtbar. Darauf hat das BAG auch wörtlich hingewiesen:

„Ein solches Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht nach § 87 I BetrVG Eingangssatz allerdings nur, soweit nicht schon eine tarifliche Regelung besteht. An sich gegebene Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates sollen nach dieser Vorschrift entfallen, soweit ein Tarifvertrag den mitbestimmungspflichtigen Gegenstand selbst abschließend und zwingend regelt“.⁵⁹⁸

So ist anerkannt, dass nach der Anwendung der Kollisionsregel gem. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG lediglich die Rechtsnormen des Mehrheitstarifvertrags im Betrieb anwendbar sind.⁵⁹⁹ Die Rechtsnormen des Minderheitstarifvertrags sind während der Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG zwar

⁵⁹⁵ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 87 BetrVG Rn. 76; ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 3.

⁵⁹⁶ ErfK/*Kania*, § 87 BetrVG Rn. 15; *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 61; *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 218.

⁵⁹⁷ Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht/*Schwarze*, § 87 BetrVG Rn. 51.

⁵⁹⁸ BAG, v. 31.01.1984 – 1 ABR 46/81, NZA 1984, 47, 48.

⁵⁹⁹ Schaub, ArbR-HdB/*Treber*, § 203 Rn. 19.

nicht unwirksam oder nichtig, jedoch nicht anwendbar.⁶⁰⁰ Der Minderheitstarifvertrag kann deswegen während der Zeit der Verdrängung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht ausschließen.

Darüber hinaus erfordert das Bestehen einer tariflichen Regelung, die das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG ausschließt, dass der Arbeitgeber hinsichtlich dieser Regelung tarifgebunden ist.⁶⁰¹ Denn nur so „kann davon ausgegangen werden, daß mit dieser Regelung den berechtigten Interessen und dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer bereits Rechnung getragen worden ist“. ⁶⁰² Eine tarifliche Regelung einer an sich mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit, die für den Betrieb keine Bindungen entfaltet, kann für die Arbeitnehmer den erforderlichen Schutz nicht gewährleisten.⁶⁰³ Der Wortlaut des § 87 Abs. 1 BetrVG setzt zwar nicht voraus, dass der Arbeitgeber an die tariflichen Regelungen gebunden ist; dies ergibt sich jedoch daraus, dass § 87 Abs. 1 BetrVG das Mitbestimmungsrecht im Betrieb regelt. Somit ist betriebsbezogen zu überprüfen, ob eine tarifliche Regelung besteht oder nicht. Daher ist die Tarifbindung des Arbeitgebers für das Bestehen einer tariflichen Regelung erforderlich und ausreichend, weil § 87 Abs. 1 BetrVG nicht die Geltung des Tarifvertrags für die Arbeitsverhältnisse im Betrieb voraussetzt.⁶⁰⁴

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber an den nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängten Tarifvertrag gebunden ist.

Die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist mit der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG vergleichbar: Wie bekannt ist, können die tariflichen Regelungen im Nachwirkungsstudium für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats keine Sperrwirkung entfalten.⁶⁰⁵ Denn bei der Nachwirkung des Tarifvertrags fehlt es an der Bindung des Arbeitgebers an die tarifliche Rege-

⁶⁰⁰ Schaub, ArbR-HdB/Treber, § 203 Rn. 19.

⁶⁰¹ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 942; BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 987; ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 54; a.A. GK-BetrVG/Wiese, § 87 BetrVG Rn. 67; Dietz/Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Dietz/Richardi, § 87 BetrVG Rn. 126; Galperin/Löwisch, Betriebsverfassungsgesetz/Galperin/Löwisch, § 87 BetrVG Rn. 56.

⁶⁰² Richardi, Anm. zu BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21.

⁶⁰³ Richardi, Anm. zu BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21.

⁶⁰⁴ Fischer, Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, 1998, S. 226.

⁶⁰⁵ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 942; ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 15; BeckOK ArbR/Werner, § 87 BetrVG Rn. 22; Leitmeier, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 132; Krohm, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 61; Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 218.

lung,⁶⁰⁶ die für das Eingreifen des Tarifvorrangs erforderlich ist, weil die Tarifnormen bei der Nachwirkung ihre zwingende Wirkung verlieren.⁶⁰⁷ Genau so ist das der Fall bei der Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG. Der Arbeitgeber ist während der Verdrängungswirkung nicht an den verdrängten Minderheitstarifvertrag, sondern nur an den verdrängenden Mehrheitstarifvertrag tarifgebunden.

In beiden Fällen verliert also der Tarifvertrag seine zwingende Wirkung, was am Ende dazu führt, dass der Tarifvertrag keine Sperrwirkung i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG entfaltet.

Weiterhin ist fraglich, durch welchen Tarifvertrag beim Eingreifen der Kollisionsregel des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG der Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG erfüllt werden kann. Das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1-14 BetrVG dient dem Schutz der Arbeitnehmer vor individualrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers durch Beschränkung seines Direktionsrechts und die Zulässigkeit einzelvertraglicher Regelungen.⁶⁰⁸ Der Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG basiert auf dem Gedanken, dass beim Vorliegen einer tariflichen Regelung von ausreichender Berücksichtigung der berechtigten Interessen und dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer auszugehen ist. Es gibt also kein Bedürfnis für einen zusätzlichen Schutz durch das Mitbestimmungsrecht.⁶⁰⁹ Zudem verfolgt § 87 Abs. 1 BetrVG nach der hier vertretenen Auffassung den Schutzzweck der Sicherung der Tarifautonomie. Diese Schutzzwecke müssen auch beim Eingreifen der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verwirklicht werden.

Es ist zu berücksichtigen, dass der Schutz der Arbeitnehmerinteressen nicht von jedem beliebigen Tarifvertrag berücksichtigt werden kann, sondern lediglich von dem Tarifvertrag, der tatsächlich im Betrieb anwendbar ist. Nur in diesem Fall ist das Bedürfnis für einen zusätzlichen Schutz der Arbeitnehmer durch Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entbehrlich. Das BAG bestätigt dieses Ergebnis; nur der Tarifvertrag, der zwingende und unmittelbare Wirkung entfaltet, kann für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer den erforderlichen Schutz gewährleisten.⁶¹⁰

⁶⁰⁶ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 942; a.A. *Richardi*, Anm. zu BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21: „Diese Begründung ist fehlerhaft. Der Senat verwechselt die *Tarifgebundenheit* des Arbeitgebers mit der *Nachwirkung* eines TV. Die Nachwirkung hat nicht zur Folge, daß die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers entfällt; sie bleibt vielmehr erhalten, soweit die Tarifnormen nachwirken, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden“.

⁶⁰⁷ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 942.

⁶⁰⁸ *Krohm*, Weitergeltung & Nachwirkung, 2014, S. 59.

⁶⁰⁹ *Heitzmann*, in: *Ring (Hrsg.)*, Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, 2012, S. 186.

⁶¹⁰ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 942.

Dass nur der Mehrheitstarifvertrag die Arbeitnehmerinteressen schützen kann, lässt sich auch durch die Auslegung der Entscheidung vom BAG feststellen. Das BAG führt in seiner Entscheidung von 2023 an: „Anderweitig tarifgebundene Arbeitnehmer, deren Tarifvertrag aufgrund einer Abbedingung des § 4a TVG nicht verdrängt wird, werden zunächst durch dessen Regelungen geschützt“.⁶¹¹ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass im Falle des Eingreifens der Kollisionsregel nach § 4a TVG der verdrängte Tarifvertrag den erforderlichen Schutz für die Arbeitnehmer, die an ihn gebunden sind, nicht gewährleisten kann, da dieser von einem anderen Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt wurde.

Hinsichtlich des Schutzes der Tarifaufonomie verlangt die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifaufonomie keinen absoluten Vorrang der tariflichen Regelungen gegenüber den betrieblichen Regelungen.⁶¹² Der Schutz der Tarifaufonomie erfordert also nicht, dass die Sperrwirkung nach § 87 Abs. 1 BetrVG auch vom Minderheitstarifvertrag ausgelöst wird. Dieser Schutzzweck ist gewährleistet, wenn nur der Mehrheitstarifvertrag die Sperrwirkung auslöst. Darüber hinaus verlangt der Schutz der Tarifaufonomie nicht, dass die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien zugunsten der Tarifparteien stark eingeschränkt wird.⁶¹³ Zu solch einer starken Einschränkung der Betriebsaufonomie kann es jedoch kommen, wenn der verdrängte Minderheitstarifvertrag auch die Sperrwirkung auslösen würde. Zudem setzt der Schutz der Tarifaufonomie gem. § 87 Abs. 1 BetrVG ein Rangverhältnis zwischen Tarifvertrag und einer Betriebsvereinbarung voraus.⁶¹⁴ Ein solches Rangverhältnis zwischen einem nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängten Minderheitstarifvertrag und einer Betriebsvereinbarung besteht jedoch nicht, weil die Betriebsvereinbarung, anders als der verdrängte Minderheitstarifvertrag, unmittelbar und zwingend gilt. Letztlich spricht die Auslösung der Sperrwirkung i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG des verdrängten Minderheitstarifvertrags gegen den Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG, da die Sperrwirkung nach § 87 Abs. 1 BetrVG nur die „ausgeübte und aktualisierte“ Tarifaufonomie sichert.⁶¹⁵ Das liegt vor, wenn der Tarifvertrag rechtswirksam abgeschlossen wurde, aktuell gilt und seine normative

⁶¹¹ BAG, v. 25.01.2023 – 4 ABR 4/22, NZA 2023, 979, 987, 988.

⁶¹² *Richardi*, Anm. zu BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21; v. *Hoynin-gen-Huene/Meier-Krenz*, NZA 1987, 793, 794; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 297.

⁶¹³ *Meyer*, NZA 2006, 1387, 1391.

⁶¹⁴ BAG, v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068, 1078.

⁶¹⁵ *Leitmeier*, Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, 2010, S. 188; *Koschker*, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, 2015, S. 90.

Wirkung entfaltet.⁶¹⁶ Demzufolge ist die Tarifaufonomie während der Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht beeinträchtigt, da der Minderheitsarbeitsvertrag keine Anwendung findet.

Festzuhalten ist daher, dass die Schutzzwecke des § 87 Abs. 1 BetrVG nur von normativen Tarifregelungen erfüllt werden können, denn die tariflichen Regelungen, die keine normativen Wirkungen entfalten, können den zwingenden Schutz der Arbeitnehmer vor einseitigen Regelungen der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber nicht gewährleisten.⁶¹⁷ Ein verdrängter Minderheitsarbeitsvertrag kann also für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats keine Sperrwirkung auslösen, da der Minderheitsarbeitsvertrag während der Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG keine zwingende und unmittelbare Wirkung entfaltet.

Die Frage, welcher Tarifvertrag in einem tarifpluralen Betrieb das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG ausschließen kann, kann nur unter Herrschaft der Tarifpluralität im Betrieb aufgeworfen werden, da bei der Tarifpluralität mehrere Tarifverträge nebeneinander Anwendung finden. Bei der Tarifeinheit nach § 4a TVG findet im Gegenteil nur ein Tarifvertrag Anwendung. Somit wird vermutet, dass nur der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG anwendbare Tarifvertrag die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG sperren kann.

IV. Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen nach § 4a Abs. 2 TVG

1. Vorbemerkungen

Die allgemeinen Grundsätze bei Einzelbetriebsvereinbarungen gelten auch für die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen, jedoch gibt es Besonderheiten bei Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen, da der Gesamt- und Konzernbetriebsrat diese Vereinbarungen entweder im Rahmen seiner originären Zuständigkeit nach §§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 1 BetrVG oder im Auftrag des Einzelbetriebsrats nach §§ 50 Abs. 2, 58 Abs. 2 BetrVG schließen kann. Daher müssen diese Besonderheiten bei der Anwendung der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 TVG berücksichtigt werden. Beispielsweise führt die Anwendung des Mehrheitsprinzips dazu, dass die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen in manchen Betrieben unwirksam sind, wenn die

⁶¹⁶ Koschker, Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, 2015, S. 90.

⁶¹⁷ BAG, v. 24.02.1987 – 1 ABR 18/85, NZA 1987, 639, 642.

Mehrheitstarifverträge in diesen Betrieben keine Öffnungsklauseln enthalten.⁶¹⁸ Auch ist fraglich, ob die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung bestehen bleibt, wenn alle Mehrheitstarifverträge der Betriebe im Unternehmen/Konzern auf Öffnungsklauseln verzichten, abgesehen von einem einzigen Betrieb, in dem ein Mehrheitstarifvertrag mit einer Öffnungsklausel gilt.

Für die Beurteilung der normativen Weitergeltung der Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung in den Betrieben ist der Geltungsbereich der Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung relevant, der sich nach der Regelungszuständigkeit des Gesamt- und Konzernbetriebsrats richtet, der seinerseits vom Regelungsgegenstand abhängig ist.⁶¹⁹

2. Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarungen nach §§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 1 BetrVG

a) Voraussetzung des originären Zuständigkeitsbereichs des Gesamtbetriebsrats

In Bezug auf die Zuständigkeit eines Konzernbetriebsrats bzw. die normative Geltung einer Konzernbetriebsvereinbarung gelten für die Zuständigkeit eines Gesamtbetriebsrats bzw. die normative Geltung einer Gesamtbetriebsvereinbarung dieselben Grundsätze, weil das Regelungssubstrat einer Konzernbetriebsvereinbarung genauso wie bei einer Gesamtbetriebsvereinbarung der einzelne Betrieb ist.⁶²⁰ Daher wird im Folgenden nur auf die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats eingegangen.

Nach § 50 Abs. 1 BetrVG ist der Gesamtbetriebsrat für die Behandlung der Angelegenheiten zuständig, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen, wenn die Einzelbetriebsräte diese Angelegenheiten innerhalb des Betriebs nicht regeln können. Die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats wird in der Literatur als Subsidiaritätsprinzip bezeichnet,⁶²¹ da der Gesamtbetriebsrat nur für die Regelung der Angelegenheiten zuständig ist, wenn diese Angelegenheiten durch die Einzelbetriebsräte nicht geregelt werden können.

⁶¹⁸ Gooren, NZA 2022, 444, 449.

⁶¹⁹ Martens, Fortbestand und Beendigung von Betriebsvereinbarungen, insbesondere bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, 2021, S. 24.

⁶²⁰ Martens, Fortbestand und Beendigung von Betriebsvereinbarungen, insbesondere bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, 2021, S. 59.

⁶²¹ Greiner, RdA 2022, 164, 168; Robrecht, Die Gesamtbetriebsvereinbarung, 2008, S. 70 ff.

Die vom Gesamtbetriebsrat im Rahmen seiner originären Zuständigkeit abgeschlossenen Gesamtbetriebsvereinbarungen gelten grundsätzlich für alle Betriebe im Unternehmen, es sei denn, dass die Gesamtbetriebsvereinbarung einzelne Betriebe von ihrem Geltungsbereich ausgeklammert hat.⁶²²

aa) Überbetriebliche Angelegenheit

Im Rahmen der originären Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG kann er nur eine überbetriebliche Angelegenheit behandeln. Dies erfordert jedoch nicht, dass die Angelegenheit alle Betriebe des Unternehmens betrifft; die Angelegenheit darf lediglich keine betriebsinterne Auswirkung haben. Das liegt vor, wenn die Angelegenheit mindestens zwei Betriebe im Unternehmen betrifft.⁶²³ Ausnahmsweise kann der Gesamtbetriebsrat die Angelegenheit behandeln, die nur einen Betrieb betrifft, wenn der Betriebsrat dieses Betriebs ihn beauftragt hat, diese Angelegenheit zu behandeln.⁶²⁴

Eine überbetriebliche Angelegenheit liegt auch vor, wenn die Angelegenheit einen Betrieb mit Betriebsrat und einen Betrieb ohne Betriebsrat betrifft, da die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 S. 1, 2. Halbsatz BetrVG auch die betriebsratlosen Betriebe umfasst.⁶²⁵

bb) „Nicht geregelt werden können“

Die zweite Voraussetzung für die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats ist nach § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG, dass durch die Einzelbetriebsräte die überbetrieblichen Angelegenheiten nicht innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können.

Dem Ausdruck „nicht geregelt werden können“ ist zunächst nicht zu entnehmen, dass der Gesamtbetriebsrat für die überbetrieblichen Angelegenheiten zuständig ist, die die Einzelbetriebsräte nicht regeln wollen, sondern es sind nur die Angelegenheiten ersichtlich, die sie nicht regeln können. Dies kann man dem Wortlaut des § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG entnehmen.⁶²⁶ Wann aber die Einzelbetriebsräte die überbetrieblichen Angelegenheiten nicht regeln können, ist jedoch strittig.

⁶²² *Martens*, Fortbestand und Beendigung von Betriebsvereinbarungen, insbesondere bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, 2021, S. 22.

⁶²³ *Greve*, Die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung im Betriebsübergang und bei Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz, 2012, S. 27, 28.

⁶²⁴ *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Annuß*, § 50 BetrVG Rn. 6.

⁶²⁵ *Robrecht*, Die Gesamtbetriebsvereinbarung, 2008, S. 58; *Martens*, Fortbestand und Beendigung von Betriebsvereinbarungen, insbesondere bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, 2021, S. 55, 56.

⁶²⁶ *Robrecht*, Die Gesamtbetriebsvereinbarung, 2008, S. 60.

Der Begriff „Nicht regeln können“ wird einerseits der Regelungsunmöglichkeit durch die Einzelbetriebsräte gleichgestellt.⁶²⁷ Der Gesamtbetriebsrat ist somit für die überbetrieblichen Angelegenheiten immer dann zuständig, wenn die Regelung dieser Angelegenheiten durch die Einzelbetriebsräte unmöglich ist.

Andererseits wird für die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nicht vorausgesetzt, dass die Regelung dieser Angelegenheiten für die Einzelbetriebsräte denkgesetzlich unmöglich ist,⁶²⁸ da bei der denkgesetzlichen Unmöglichkeit immer die Möglichkeit besteht, die überbetriebliche Angelegenheit durch Parallelvereinbarungen zu regeln.⁶²⁹ Die h. M. erfordert für die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nur, dass objektiv ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche Regelung besteht und diese unternehmenseinheitliche Regelung für die Einzelbetriebsräte subjektiv unmöglich ist.⁶³⁰ Das zwingende Erfordernis einer unternehmenseinheitlichen Regelung kann sich aus technischen oder aus rechtlichen Gründen ergeben.⁶³¹ Ein bloßes Koordinierungsinteresse des Arbeitgebers und sein Wunsch nach einer unternehmenseinheitlichen Regelung sind für die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nicht ausreichend.⁶³²

Für das Vorliegen eines zwingenden Erfordernisses im Bereich freiwilliger Mitbestimmung genügt es, dass der Arbeitgeber in Bezug auf eine Maßnahme nur zu einer unternehmenseinheitlichen oder betriebsübergreifenden Regelung bereit ist.⁶³³ Das BAG hat dies damit begründet, dass, wenn der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei darüber entscheiden kann, ob er eine Leistung überhaupt erbringt, er diese Leistung auch von einer überbetrieblichen Angelegenheit abhängig machen und somit die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats begründen kann.⁶³⁴ Anders ist es,

⁶²⁷ *Robrecht*, Die Gesamtbetriebsvereinbarung, 2008, S. 59.

⁶²⁸ *Robrecht*, Die Gesamtbetriebsvereinbarung, 2008, S. 73; *Greve*, Die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung im Betriebsübergang und bei Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz, 2012, S. 28.

⁶²⁹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Annuß*, § 50 BetrVG Rn. 8; *Greve*, Die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung im Betriebsübergang und bei Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz, 2012, S. 28.

⁶³⁰ BAG, v. 26.04.2005 – 1 AZR 76/04, NZA 2005, 892, 893; *Salamon*, RdA 2007, 103, 106; *Salamon*, NZA 2018, 832, 833; *Robrecht*, Die Gesamtbetriebsvereinbarung, 2008, S. 73; *Rögele*, Die Konzernbetriebsvereinbarung, 2018, S. 85, 86: a. A. geht davon aus, dass die unternehmenseinheitliche Regelung sowohl auf die objektive als auch auf die subjektive Unmöglichkeit abgestellt werden muss: BAG, v. 06.12.1988 – 1 ABR 44/87, NZA 1989, 479, 480; BAG, v. 11.02.1992 – 1 ABR 51/91, NZA 1992, 702, 703; BAG, v. 18.10.1994 – 1 ABR 17/94, NZA 1995, 390, 391; *Schaub ArbR-HdB/Koch*, § 224 Gesamtbetriebsrat Rn. 23.

⁶³¹ BAG, v. 09.12.2003 – 1 ABR 49/02, NZA 2005, 234, 235; *Robrecht*, Die Gesamtbetriebsvereinbarung, 2008, S. 80; *Greve*, Die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung im Betriebsübergang und bei Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz, 2012, S. 29.

⁶³² BAG, v. 09.12.2003 – 1 ABR 49/02, NZA 2005, 234, 236.

⁶³³ BAG, v. 09.12.2003 – 1 ABR 49/02, NZA 2005, 234, 236; *Greve*, Die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung im Betriebsübergang und bei Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz, 2012, S. 30.

⁶³⁴ BAG, v. 09.12.2003 – 1 ABR 49/02, NZA 2005, 234, 236.

wenn die Angelegenheit dem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG unterliegt. Der Arbeitgeber kann bei diesen Angelegenheiten die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nicht damit begründen, dass er nur zu unternehmenseinheitlichen oder betriebsübergreifenden Regelungen bereit ist.⁶³⁵ Arbeitgeber und Gesamtbetriebsrat können die Zuständigkeit des Einzelbetriebsrats nicht abbedingen.⁶³⁶ Grund dafür ist, dass die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Gesamtbetriebsrat und dem Einzelbetriebsrat zwingend ist und deswegen weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung abweichende Regelungen getroffen werden können.⁶³⁷

Die Voraussetzung „Nicht geregelt werden können“ unterliegt nicht dem Fall, dass der Einzelbetriebsrat aufgrund der Anwendung des nichtöffnenden Mehrheitstarifvertrags nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Angelegenheiten nicht regeln und eine Gesamtbetriebsvereinbarung deswegen abgeschlossen werden kann. § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG führen nicht zur Regelungsunmöglichkeit. Grund dafür ist, dass dem Betriebsrat immer noch die Befugnis zusteht, diese Angelegenheiten durch Betriebsvereinbarung zu regeln. § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG führen nur dazu, die Wirkung der Betriebsvereinbarung während des Bestehens des Tarifvertrags zu sperren. Außerdem wirken sich § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG gegenüber einer Einzelbetriebsvereinbarung genauso wie gegenüber einer Gesamtbetriebsvereinbarung aus. Ist somit eine Einzelbetriebsvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 77 Abs. 3 oder § 87 Abs. 1 BetrVG unwirksam, können die Parteien der Gesamtbetriebsvereinbarung die Unwirksamkeit der Einzelbetriebsvereinbarung nicht durch Abschluss einer Gesamtbetriebsvereinbarung umgehen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen normativ weiter gelten, solange ihre Zuständigkeitsanforderungen nach §§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 1 BetrVG abgedeckt sind. „Handelt es sich nicht mehr um eine Angelegenheit, die überbetrieblich bzw. unternehmensübergreifend ist und nicht durch einzelne Betriebs- bzw. Gesamtbetriebsräte geregelt werden kann, so fehlt dieser Betriebsvereinbarung der Unternehmens- bzw. Konzernbezug, was eine „echte“ Gesamt bzw. Konzernbetriebsvereinbarung zu einer Einzelbetriebsvereinbarung macht“.⁶³⁸

⁶³⁵ BAG, v. 09.12.2003 – 1 ABR 49/02, NZA 2005, 234, 236; *Robrecht*, Die Gesamtbetriebsvereinbarung, 2008, S. 79.

⁶³⁶ BAG, v. 09.12.2003 – 1 ABR 49/02, NZA 2005, 234, 236.

⁶³⁷ BAG, v. 09.12.2003 – 1 ABR 49/02, NZA 2005, 234, 236; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Annuß*, § 50 BetrVG Rn. 52.

⁶³⁸ *Martens*, Fortbestand und Beendigung von Betriebsvereinbarungen, insbesondere bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, 2021, S. 53.

b) Auswirkung der Tarifeinheit nach § 4a TVG auf die Geltung der Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen

Die Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG erfolgt nur, soweit sich die Geltungsbereiche der Tarifverträge im „Betrieb“ überschneiden. Das heißt, der Betrieb gilt als äußere Verdrängungsgrenze für die Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG.⁶³⁹ In einem Unternehmen könnte der Fall bestehen, dass ein Tarifvertrag in mehreren oder gar allen Betrieben infolge der Anwendung der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt wird. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass bei der Anwendung der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Kollisionsvoraussetzungen und die Mehrheit der Mitglieder für jeden Einzelbetrieb gesondert ermittelt werden müssen.⁶⁴⁰

Die Betriebsbezogenheit des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG könnte Auswirkungen auf die Geltung einer Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung in den Betrieben eines Unternehmens/Konzerns haben, da die Geltungsdauer einer Betriebsvereinbarung auf die Dauer des Tarifvertrags beschränkt ist.⁶⁴¹ Die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung gilt also im Betrieb nur dann weiter, wenn der sie im Betrieb legitimierende Tarifvertrag noch anwendbar ist und nicht nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt.

Die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG könnte somit dazu führen, dass die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung in manchen Betrieben wirksam und in anderen unwirksam ist, wenn die Mehrheitstarifverträge in diesen Betrieben keine Öffnungsklauseln enthalten.⁶⁴²

Wie sich der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG auf die Geltung der Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung auswirkt, hängt tatsächlich davon ab, welchem Lösungsansatz bei der Sperrwirkung i. S. d. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG gefolgt wird.

⁶³⁹ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 175.

⁶⁴⁰ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 175.

⁶⁴¹ ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 89.

⁶⁴² Gooren, NZA 2022, 444, 449.

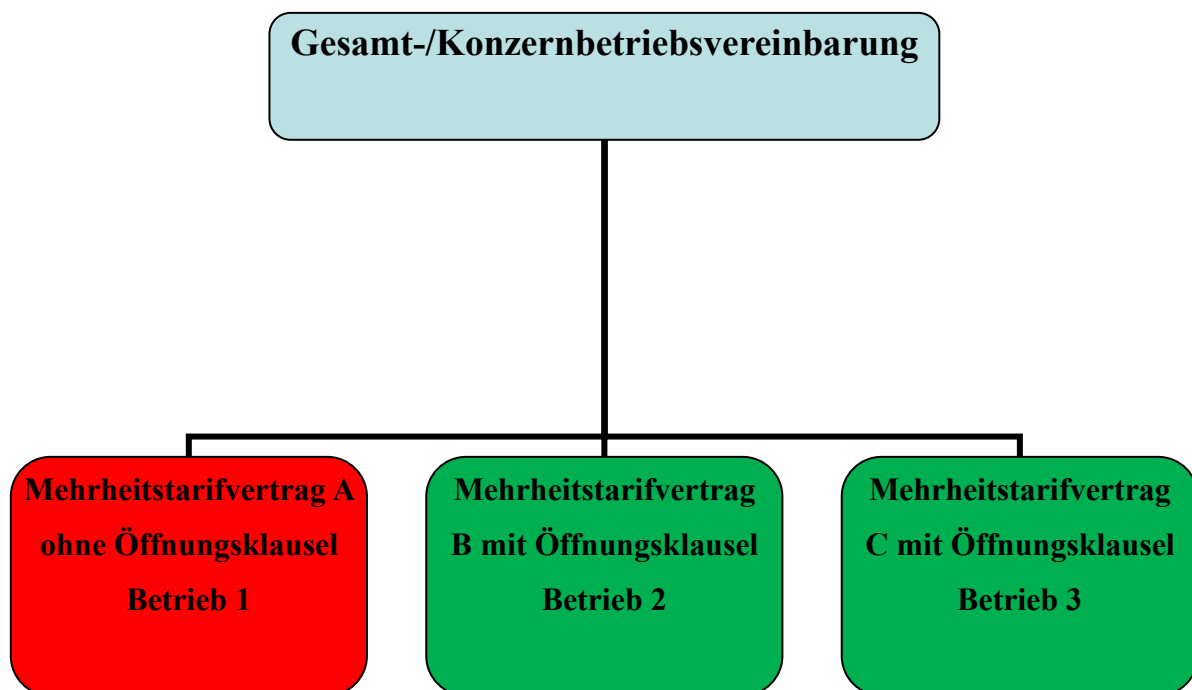
Darstellung der Lösungsansätze

Erster Lösungsansatz:

Beim Eingreifen der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kann nur der verdrängende Mehrheitstarifvertrag die Sperrwirkung i. S. d. § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG auslösen.

Die Folge der Anwendung dieses Lösungsansatzes für die Geltung der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung im Unternehmen/Konzern sieht so aus:

Fall 1: Alle Mehrheitstarifverträge der Betriebe im Unternehmen/Konzern enthalten Öffnungsklauseln außerhalb des Mehrheitstarifvertrags eines Betriebs.



Rechtsfolge: Teilunwirksamkeit der Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung.

In dieser Konstellation ist die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung wegen der Sperrwirkung des Mehrheitstarifvertrags für den Betrieb 1 unwirksam und für die Betriebe 2 und 3 wirksam. Solch eine Konstellation wirft die Frage zur Auswirkung der Teilunwirksamkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung auf den wirksamen Teil auf.

Im Betriebsverfassungsgesetz bestehen keine gesonderten Bestimmungen für Zustandekommen, Geltung und Beendigung der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung, daher müssen die Grunds-

ätze für Einzelbetriebsvereinbarungen auch für die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung gelten.⁶⁴³

Die Betriebsvereinbarung kann als Rechtsgeschäft insgesamt unwirksam sein. Denkbar könnte jedoch auch sein, dass nur einzelne Teile der Betriebsvereinbarung unwirksam sind, wenn die Betriebsvereinbarung teilbar ist, etwa, wenn sie mehrere Angelegenheiten bzw. mehrere Arbeitsbedingungen regelt. Hier ist praktisch bedeutsam, dass nur diese einzelnen Teile, wenn sie zum Beispiel gegen die Regelungssperre nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG verstoßen oder aufgrund der Unzuständigkeit der Einigungsstelle aus Mangel an Mitbestimmungsrecht vom Betriebsrat in den Fällen des § 76 Abs. 5 BetrVG unwirksam sind. Bei solcher Teilunwirksamkeit ist unproblematisch, dass ein Teil der Betriebsvereinbarung unwirksam ist. Die Frage ist jedoch, ob die Restregelungen bzw. Teile wirksam sind oder ob die Teilunwirksamkeit zur Gesamtunwirksamkeit der Betriebsvereinbarung führt.⁶⁴⁴

Eine Auffassung nimmt an, dass die Teilunwirksamkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung nicht zwingend zur Unwirksamkeit der gesamten Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung führen muss. Nach dem Rechtsgedanken des § 139 BGB kann die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung teilweise unwirksam sein, wenn der wirksame Teil auch ohne den verbleibenden unwirksamen Teil eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung umfasst.⁶⁴⁵ Eine andere Auffassung lehnt den Verweis auf den Rechtsgedanken des § 139 BGB ab und stellt zur Beurteilung der Folgen der Teilunwirksamkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung für die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung nicht auf den Rechtsgedanken des § 139 BGB ab, sondern auf die Teilbarkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung. Die Teilunwirksamkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung hat also nur dann die Unwirksamkeit der gesamten Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung zur Folge, wenn der verbleibende Teil ohne den unwirksamen Teil keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält.⁶⁴⁶

⁶⁴³ *Martens*, Fortbestand und Beendigung von Betriebsvereinbarungen, insbesondere bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, 2021, S. 15.

⁶⁴⁴ *Kreutz* FS Sacker, 2011, 247, 248, 249.

⁶⁴⁵ BAG, v. 21.01.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097, 1101; BAG, v. 08.06.2004 – 1 ABR 4/03, NZA 2005, 227, 233; BAG, v. 23.01.2018 – 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871, 875; BAG, v. 30.01.2019 – 5 AZR 450/17, NZA 2019, 1065, 1074; BAG, v. 18.03.2020 – 5 AZR 36/19, NZA 2020, 868, 870; *Moll*, RdA 2019, 229, 230.

⁶⁴⁶ BAG, v. 13.02.2003 – 6 AZR 537/01, NZA 2003, 984, 985; BAG, v. 22.03.2005 – 1 ABR 64/03, NZA 2006, 383, 388; *Fitting* § 77 BetrVG Rn. 182.

Die Abkehr dieser Auffassung von § 139 BGB lässt sich auf die Entscheidung des BAG vom 28.04.1981⁶⁴⁷ zurückführen.⁶⁴⁸ Zwar hat das BAG auf diese Abkehr nicht ausdrücklich hingewiesen, diese Auffassung hat jedoch die Abkehr als Abkehr vom Prinzip der Gesamtunwirksamkeit hin zum Prinzip der Restgültigkeit interpretiert.⁶⁴⁹

Nach beiden Auffassungen richtet sich die isolierte Weitergeltung des verbleibenden wirksamen Teils der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung nicht nach dem hypothetischen Parteiwillen.⁶⁵⁰ Die Weitergeltung ergibt sich alleine aus dem Normencharakter der Betriebsvereinbarung, der es auch, wie bei Tarifverträgen und Gesetzen, erfordert, ihre Regelungen im Interesse der Kontinuität und Rechtsbeständigkeit einer gesetzten Ordnung insoweit aufrechtzuerhalten, als sie auch ohne den unwirksamen Teil ihre Ordnungsfunktion noch entfalten können.⁶⁵¹

Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Teilordnung nach beiden Auffassungen ist jedoch, dass die Restregelungen normative Außenwirkung entfalten. Die Restregelungen müssen also nicht nur die Fragen zum Verhältnis der Parteien von Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung betreffen. Andernfalls kommt § 139 BGB zur Anwendung.⁶⁵² Hintergrund der Überzeugung von Normencharakter der Betriebsvereinbarung ist die gesetzliche Anordnung der unmittelbaren Wirkung der Betriebsvereinbarung in § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG. Diese gesetzliche Anordnung bedeutet, dass die Betriebsvereinbarung für die betroffenen Arbeitnehmer nicht privatautonom bestimmt werden kann und somit unabhängig von ihrem Willen gilt. Die Betriebsvereinbarung ist also i. d. S. nicht als Selbstbestimmung, sondern als Fremdbestimmungsordnung zu betrachten.⁶⁵³ Die Begründung der Rechtsfolge der Teilunwirksamkeit einer Betriebsvereinbarung für den wirksamen Teil mit dem Normencharakter und der Notwendigkeit der Ordnungsfunktion der Betriebsvereinbarung ist jedoch nicht unumstritten. Nach Ansicht von *Kreutz* ist die Begründung mit dem „Normencharakter“ der Betriebsvereinbarung nicht ausreichend. Alleine aus dieser Begrifflichkeit können keine dogmatischen Folgerungen hergeleitet werden, da zum Normbegriff ver-

⁶⁴⁷ BAG, v. 28.04.1981 – 1 ABR 53/79, AP BetrVG 1972 § 87 Vorschlagswesen Nr. 1.

⁶⁴⁸ *Herschel*, Anm. zu BAG, v. 28.04.1981 – 1 ABR 53/79, AP BetrVG 1972 § 87 Vorschlagswesen Nr. 1.

⁶⁴⁹ *Kreutz* FS Sacker, 2011, 247, 249, 250.

⁶⁵⁰ BAG, v. 21.01.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097, 1101.

⁶⁵¹ BAG, v. 18.12.1990 – 1 ABR 11/90, NZA 1991, 484, 489; BAG, v. 21.01.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097, 1101; BAG, v. 13.02.2003 – 6 AZR 537/01, NZA 2003, 984, 985; BAG, v. 08.06.2004 – 1 ABR 4/03 NZA 2005, 227, 233; MHD ArbR/*Arnold*, § 316 Die Betriebsvereinbarung Rn. 121.

⁶⁵² BAG, v. 21.01.2003 – 1 ABR 9/02, NZA 2003, 1097, 1101; *Fitting* § 77 BetrVG Rn. 182.

⁶⁵³ *Waltermann*, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996, S. 86; *Kreutz* FS Sacker, 2011, 247, 251.

schiedene Normtheorien bestehen.⁶⁵⁴ Nach seiner Ansicht gilt die Betriebsvereinbarung nicht als Normsetzung, die sich aus staatlicher Rechtsetzungsgewalt ergibt, sondern als *privatheteronomes Rechtsgeschäft*. Die Betriebsvereinbarung kommt als Gestaltungsmittel der Arbeitsverhältnisse als privatrechtlicher Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat zustande und regelt die Arbeitsbedingungen, die für die Arbeitnehmer im Betrieb nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG normativ gelten.⁶⁵⁵ Aus diesem Grund geht er davon aus, dass das Beurteilungskriterium zwischen der Gesamtnirksamkeit und der Restgültigkeit nicht auf den Normencharakter, sondern auf den Parteiwillen der Betriebspartner abstellen muss.⁶⁵⁶ Nach dieser Auffassung muss zuerst der tatsächliche Parteiwille durch die Auslegung festgestellt und angewendet werden. Ist der tatsächliche Parteiwille nicht ersichtlich, ist nach der Auslegungsregel des § 139 BGB zu verfahren.⁶⁵⁷ Zwar ist der tatsächliche Parteiwille bei der Betriebsvereinbarung wie bei salvatorischer Klausel (Restgültigkeit bei Teilunwirksamkeit) oder bei entgegengesetzter Klausel (Gesamtnirksamkeit bei Teilunwirksamkeit) ungewöhnlich, jedoch genügt es, dass den Betriebsparteien beim Abschluss der Betriebsvereinbarung die Teilunwirksamkeit bewusst ist, damit die Restregelung wirksam ist, weil der Parteiwille sich in diesem Fall auf die Restgültigkeit bezieht und nicht auf die Durchführung eines einheitlichen wirksamen Rechtsgeschäfts. Ist der tatsächliche Parteiwille nicht ersichtlich, ist nach der Auslegungsregel des § 139 BGB zu verfahren.⁶⁵⁸ Die Anwendung des § 139 BGB auf die Betriebsvereinbarung als Rechtsgeschäft führt zur Gesamtnirksamkeit der Betriebsvereinbarung, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Betriebsvereinbarung auch ohne den unwirksamen Teil abgeschlossen worden wäre. Somit wird die Gesamtnirksamkeit als Rechtsfolge des § 139 BGB widerlegbar vermutet. Die Widerlegung dieser Vermutung setzt voraus, dass die Betriebsparteien auch bei Kenntnis der Teilunwirksamkeit den verbleibenden Teil geschaffen hätten. Der hypothetische Parteiwille ist also das Beurteilungskriterium, der aus der objektiven Bewertung der Umstände bestimmt werden kann.⁶⁵⁹ Dieser Auffassung wurde jedoch in der Literatur widersprochen. Nach Auffassung von *Moll* erfordert der mit dem Normencharakter der Betriebsvereinbarung verbundene Ordnungsgesichtspunkt, der gesetzten Ordnung entweder Kontinuität zu geben oder sie ganz entfallen zu lassen. Es

⁶⁵⁴ Kreutz FS Säcker, 2011, 247, 251.

⁶⁵⁵ Kreutz FS Säcker, 2011, 247, 251.

⁶⁵⁶ GK-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 66.

⁶⁵⁷ GK-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 66.

⁶⁵⁸ GK-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 66.

⁶⁵⁹ GK-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 66.

ist somit maßgeblich, ob der verbleibende Teil eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält, die auch ohne den unwirksamen Teil weiter bestehen kann. Dem kann kein anderer Wille der Betriebsparteien widersprechen, folglich kommt der Maßgeblichkeit des Parteiwillens nach § 139 BGB keine Bedeutung zu.⁶⁶⁰

Die Meinung, dass die Teilunwirksamkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung führt, wenn der verbleibende Teil ohne den unwirksamen Teil eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält, also das Abstellen alleine auf die Teilbarkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung, ist abzulehnen. Dies bestätigt, dass es in der Rechtsprechung Entscheidungen gab, in denen die Teilunwirksamkeit der Betriebsvereinbarung nicht zur Bejahung der Restgültigkeit führte, sondern zur Gesamturnwirksamkeit der Betriebsvereinbarung, obwohl eine praktisch anwendbare sinnvolle Restregelung bestand.⁶⁶¹

Der Versuch einer Auffassung, die Teilunwirksamkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung mit dem Rechtsgedanken des § 139 BGB, also der Überprüfung, ob der wirksame Teil der Betriebsvereinbarung auch ohne den unwirksamen verbleibenden Teil eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält, zu begründen, ist ebenfalls abzulehnen.

Die Betriebsvereinbarung ist ein Rechtsgeschäft,⁶⁶² daher besteht nach hier vertretener Auffassung kein Anlass, von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen.

Die Teilunwirksamkeit nach § 139 BGB setzt voraus, dass der verbleibende wirksame Teil an sich als selbstständiger Teil fortbestehen kann. § 139 BGB findet also nur dann Anwendung, wenn die Betriebsvereinbarung teilbar ist.⁶⁶³ Wo diese Teilbarkeit unmöglich ist, muss jede Teilunwirksamkeit zur Gesamturnwirksamkeit der Betriebsvereinbarung führen und folglich zum Ausschluss des § 139 BGB.⁶⁶⁴ Darüber hinaus setzt § 139 BGB voraus, dass die Betriebsparteien auch bei Kenntnis der Teilunwirksamkeit den verbleibenden Teil geregelt hätten.⁶⁶⁵ Lediglich beim Vorliegen dieser zwei Voraussetzungen ist die Betriebsvereinbarung teilunwirksam.

⁶⁶⁰ Moll, RdA 2019, 229, 230.

⁶⁶¹ BAG, v. 20.07.1999 – 1 ABR 66/98, NZA 2000, 495, 498; BAG, v. 25.01.2000 – 1 ABR 1/99, NZA 2000, 1069, 1071; GK-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 68.

⁶⁶² Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Picker, § 77 BetrVG Rn. 46.

⁶⁶³ Köhler, BGB AT, § 15 Rn. 4.

⁶⁶⁴ GK-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 68.

⁶⁶⁵ Köhler, BGB AT, § 15 Rn. 7.

Es ist daher nicht verstehbar, warum die Anwendung des § 139 BGB mit dem Maßstab „wenn der verbleibende Teil ohne den unwirksamen Teil eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält“ verknüpft werden muss. § 139 BGB vermutet die Gesamtunwirksamkeit der Betriebsvereinbarung nur dann, wenn anzunehmen ist, dass die Betriebsparteien auch bei Kenntnis der Teilunwirksamkeit den verbleibenden Teil geregelt hätten (hypothetischer Parteiwille).

Die Verknüpfung der Anwendung des § 139 BGB mit dem Maßstab „wenn der verbleibende Teil ohne den unwirksamen Teil eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält“ wäre also zum einen entbehrlich, da die Teilbarkeit der Betriebsvereinbarung eine Voraussetzung für die Anwendung des § 139 BGB ist. Zum anderen könnte die Anwendung dieser Auffassung dazu führen, dass ein Teil der Betriebsvereinbarung fortbestehen kann, da dieser Teil eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält, obwohl der hypothetische Parteiwille dagegenspricht.⁶⁶⁶

Die isolierte Weitergeltung des verbleibenden wirksamen Teils der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung findet ihre Begründung nicht im Normencharakter und im Kontinuitätsinteresse der Gesamtbetriebsvereinbarung, sondern im Normzweck des § 139 BGB, nämlich die Privatautonomie der Beteiligten zu schützen. Nach dem Schutzzweck des § 139 BGB soll somit verhindert werden, dass die Betriebsparteien auf einen von ihnen nicht gewollten Teil der Betriebsvereinbarung festgelegt werden,⁶⁶⁷ nur weil dieser Teil eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält. Die Weitergeltung des verbleibenden wirksamen Teils der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung soll alleine auf den Parteiwillen abgestellt werden. Das ist darauf zurückzuführen, dass die Betriebsvereinbarung nur als privatrechtlicher Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat betrachtet wird,⁶⁶⁸ der Kraft der gesetzlichen Ermächtigung normative Wirkung auslöst.⁶⁶⁹ Die gesetzliche Anordnung der Geltung der Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG führt also nicht dazu, dass die Betriebsvereinbarung ihren vertraglichen Charakter verliert. Diese Rechtsnatur bleibt unverändert und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Einzel-, Gesamt-, oder Konzernbetriebsvereinbarung handelt.

⁶⁶⁶ GK-BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG Rn. 68.

⁶⁶⁷ MüKoBGB/Busche, § 139 BGB Rn. 1.

⁶⁶⁸ Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht/Schwarze*, § 77 BetrVG, Rn. 2; BeckOK ArbR/Werner, § 77 BetrVG Rn. 10; Kreutz FS Sacker, 2011, 247, 248.

⁶⁶⁹ BeckOK ArbR/Werner, § 77 BetrVG Rn. 10.

Das Hauptargument für die Vertreter der Normtheorie ist, dass die Betriebsvereinbarung von den betroffenen Arbeitnehmern nicht privatautonom gestaltet werden kann. Die Betriebsvereinbarung ist also – auf der Arbeitnehmerseite – nicht vom Willen der einzelnen Arbeitnehmer abhängig, sondern vom Willen des Betriebsrats, da der Betriebsrat die Partei der Betriebsvereinbarung ist. Gegen dieses Argument spricht jedoch: „Für die Betriebsvereinbarung als vertragliche Regelung mit Wirkung für und gegen die nicht am Vertragsschluss beteiligten Arbeitnehmer folgt daraus, dass sie schon dann als privatautonome Regelung anzusehen wäre, wenn sie gilt, weil sich die von ihr betroffenen Arbeitnehmer dem Gestaltungswillen des Betriebsrates freiwillig unterworfen haben. Schon dann stellt sich die BV-Regelung als Selbstbestimmungsordnung dar, weil die Regelungen nicht ohne oder gar gegen den Willen der einzelnen Betroffenen gelten“.⁶⁷⁰

Dafür, dass sich dann die Arbeitnehmer dem Willen des Betriebsrats freiwillig unterwerfen spricht, dass weder der Arbeitgeber noch die Arbeitnehmer eine Pflicht haben, einen Betrieb zu errichten.⁶⁷¹ Beide sind frei, ob sie einen Betriebsrat errichten oder nicht.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die einzelnen Arbeitnehmer nicht in der Lage sind, ihre Beteiligungsrechte selbst zu besorgen, daher ist geboten, die ihr eingeräumten Beteiligungsrechte durch den Betriebsrat auszuüben.⁶⁷² Das steht der Privatautonomie nicht entgegen, weil das Rechtsgeschäft nicht notwendigerweise höchstpersönlich vorgenommen werden muss. Die Privatautonomie ist auch dann gewahrt, wenn das eigene Rechtsgeschäft durch einen bevollmächtigten Vertreter gestaltet wurde.⁶⁷³

Weiterhin ist die Bindung der Arbeitnehmer an die Regelungen der Betriebsvereinbarung eine doppelte Bindung (gesetzlich und vertraglich). Sich alleine auf die gesetzliche Anordnung der unmittelbaren Geltung der Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG zu berufen, um zu entscheiden, ob die Betriebsvereinbarung für die betroffenen Arbeitnehmer nicht privatautonom erklärt werden kann, ist nicht einwandfrei. Denn die Arbeitnehmer sind an die Regelungen der Betriebsvereinbarung auch vertraglich gebunden und die vertragliche Bindung bildet die Grundlage, denn die normative Wirkung nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG tritt nur ein, wenn vertragliche Regelungen zwischen den Betriebsparteien vorliegen.

⁶⁷⁰ Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979, S. 67.

⁶⁷¹ Grobys/Panzer-Heemeier, SWK-ArbR/Masloff, Betriebsrat Rn. 5.

⁶⁷² Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979, S. 17.

⁶⁷³ Görres-Gesellschaft, Staatslexikon/Lobinger, Bd. 4 Privatautonomie.

Der Wortlaut des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG spricht ferner nicht vom Normencharakter der Betriebsvereinbarung. Der Gesetzgeber spricht nur von normativer Wirkung der Regelungen der Betriebsvereinbarung. Dies muss jedoch nicht dazu führen, die Regelungen der Betriebsvereinbarung als Rechtsnormen zu bezeichnen. Die Behauptung der Vertreter der Normtheorie, dass die unmittelbare und zwingende Wirkung der Betriebsvereinbarung den Gedanken nahelegt, dass Betriebsvereinbarung wie Tarifvertrag als Normverträge betrachtet werden müssen,⁶⁷⁴ ist nicht zutreffend. Der Gesetzgeber hat zwar beim Tarifvertrag darauf hingewiesen, dass die Regelungen des Tarifvertrags unmittelbar und zwingend gelten, jedoch hat er die Regelungen als Rechtsnormen bezeichnet. So eine ausdrückliche Bezeichnung fehlt bei der Betriebsvereinbarung.

Darüber hinaus hängt nach überzeugender Ansicht die Rechtsnatur der Betriebsvereinbarung nicht von ihrer Wirkung ab, sondern von ihrem Entstehungstatbestand.⁶⁷⁵ Da der Abschluss der Betriebsvereinbarung für ihre Wirksamkeit von der Übereinstimmung zweier Willenserklärungen der Betriebspartner abhängig ist,⁶⁷⁶ ist die Betriebsvereinbarung nicht mehr als ein Vertrag einzuordnen. Wie anerkannt ist, gilt der Vertrag als Hauptform der Privatautonomie.⁶⁷⁷

Schließlich spricht die gesetzliche Anordnung der unmittelbaren Geltung der Regelungen der Betriebsvereinbarung nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG nicht gegen den Parteiwillen. Solch eine normative Wirkung greift nur dann, wenn die Betriebsparteien die Geltung des Teils der Betriebsvereinbarung vereinbart haben. Denn wenn „die Partner einer Betriebsvereinbarung nicht mehr den Willen haben, die Normen einer Betriebsvereinbarung weitergelten zu lassen, und sie aufheben, so ist damit ihre Wirkung beendet“.⁶⁷⁸

Im Ergebnis erscheint es, dass die Weitergeltung der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung in den Betrieben, in denen der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängende Mehrheitstarifvertrag eine Öffnungsklausel enthält, von dem Willen der Parteien der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung abhängig ist. Dazu muss zunächst – wenn die Teilbarkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung möglich ist – der tatsächliche Wille der Parteien der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung betrachtet werden. Besteht der tatsächliche Wille nicht, muss aus der Bewertung der objektiven Umstände abgeleitet werden, ob die Parteien der Ge-

⁶⁷⁴ Heinze, NZA 1994, 580, 581, 582.

⁶⁷⁵ Travlos-Tzanetatos, Die Regelungsbefugnis der Betriebspartner und ihre Grenzen zum Einzelarbeitsverhältnis, 1974, S. 58.

⁶⁷⁶ ErfK/Kania, § 77 BetrVG Rn. 17.

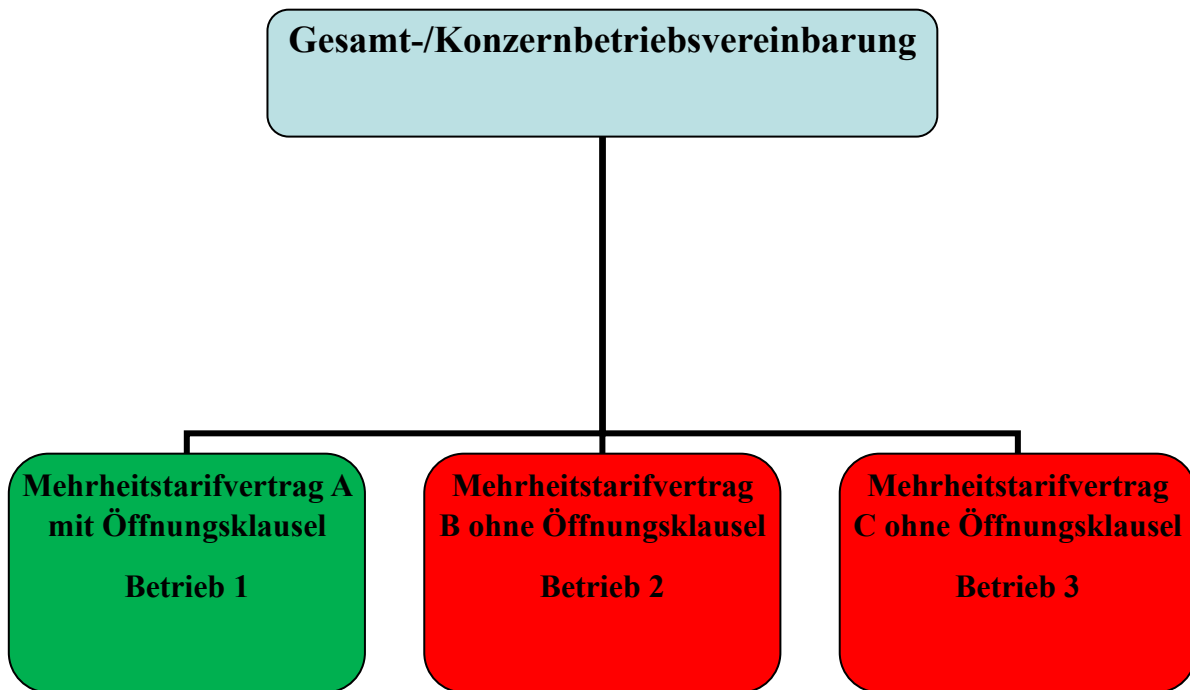
⁶⁷⁷ Kreutz, Grenzen der Betriebsautonomie, 1979, S. 59.

⁶⁷⁸ BAG, v. 16.03.1956 – GS 1/55, NJW 1956, 1086, 1087.

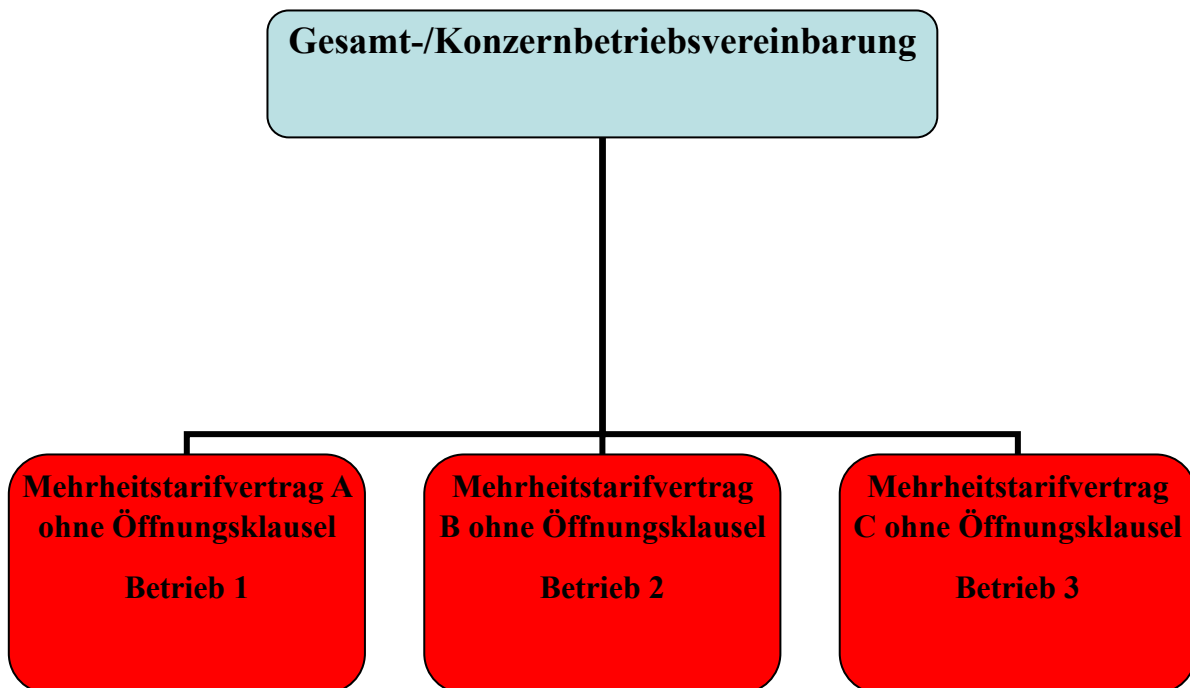
samt-/Konzernbetriebsvereinbarung die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung auch beim Ausschluss der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung in manchen Betrieben abgeschlossen hätten oder nicht.

Im Falle, dass die Parteien der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung die Weitergeltung der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung in den Betrieben, in denen die Mehrheitstarifverträge keine Öffnungsklauseln enthalten, vereinbart haben und die Mehrheitsverhältnisse später in einem Betrieb geändert haben und der öffnende Minderheitstarifvertrag zum Mehrheitstarifvertrag geworden ist, erstreckt sich die normative Wirkung der Gesamtbetriebsvereinbarung automatisch auf diesen Betrieb.

Fall 2: Alle Mehrheitstarifverträge der Betriebe im Unternehmen/Konzern verzichten außerhalb des Mehrheitstarifvertrags eines Betriebs auf Öffnungsklauseln. Fraglich ist, ob die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung in dieser Konstellation bestehen bleibt oder nicht.



Fall 3: Alle Mehrheitstarifverträge der Betriebe im Unternehmen/Konzern verzichten auf Öffnungsklauseln.



Rechtsfolge: Weiterwirksamkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung im gesamten Unternehmen/ Konzern

„Im Rahmen der originären Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG kann eine Gesamtbetriebsvereinbarung nicht nur für einen Betrieb abgeschlossen werden. Der überbetriebliche Unternehmensbezug ist somit unstrittig die Entstehungsvoraussetzung einer Gesamtbetriebsvereinbarung“.⁶⁷⁹ Somit muss, damit der Gesamtbetriebsrat eine Gesamtbetriebsvereinbarung im Rahmen seiner originären Zuständigkeit gem. § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG abschließen kann, die Gesamtbetriebsvereinbarung die Angelegenheiten mindestens zweier Betriebe regeln. Eine Ausnahme von der Voraussetzung „überbetriebliche Regelung“ ist lediglich dann gegeben, wenn der Gesamtbetriebsrat eine Angelegenheit im Auftrag des Betriebsrats nach § 50 Abs. 2 BetrVG behandelt hat. In diesem Fall handelt es sich aber bei der abgeschlossenen Betriebsvereinbarung nicht um eine Gesamtbetriebsvereinbarung, sondern um eine Einzelbetriebsvereinbarung.⁶⁸⁰

In den Fällen 2 und 3 wirkt sich die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit nach § 4a Abs. 2 TVG auf die Wirksamkeit der Gesamtbetriebsvereinbarung nur für einen Betrieb oder auf die Unwirksamkeit der gesamten Gesamtbetriebsvereinbarung aus. Somit ist fraglich, ob die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung weiter bestehen bleibt, weil behauptet werden könnte, dass es sich bei der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung nicht mehr um eine Angelegenheit handelt, die überbetrieblich bzw. unternehmensübergreifend ist und durch Gesamtbetriebsräte bzw. Konzernbetriebsräte geregelt werden kann, was dazu führen muss, dass die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung sich zu einer Einzelbetriebsvereinbarung wandelt.⁶⁸¹

Zur Behandlung dieser Frage muss untersucht werden, ob die normative Wirkung der Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung beendet wird, wenn sie nach ihrem Abschluss nicht mehr in allen Betrieben gilt oder nur in einem Betrieb gelten kann.

Im Vergleich mit dem Betriebsübergang nimmt man an, dass die normative Wirkung der Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung bestehen bleibt, auch wenn die Geltung einer Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung durch Herausfallen der Betriebe durchbrochen ist.⁶⁸²

⁶⁷⁹ *Martens*, Fortbestand und Beendigung von Betriebsvereinbarungen, insbesondere bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, 2021, S. 77.

⁶⁸⁰ BAG, v. 18.09.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 673.

⁶⁸¹ *Martens*, Fortbestand und Beendigung von Betriebsvereinbarungen, insbesondere bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, 2021, S. 53.

⁶⁸² *Greiner*, RdA 2022, 164, 168.

Beim Betriebsübergang können die Gesamtbetriebsvereinbarungen nach Ansicht des BAG kollektivrechtlich weitergelten.⁶⁸³ Die Weitergeltung erfordert jedoch nicht den Fortbestand des Gesamtbetriebsrats, sondern nur die Wahrung der Betriebsidentität.⁶⁸⁴ Dies wurde vom BAG damit gerechtfertigt, dass die Gesamtbetriebsvereinbarungen Angelegenheiten auf Betriebsebene und nicht auf der Rechtsebene des Unternehmens betreffen und regeln. Ebenfalls sind Bezugsobjekt und Regelungssubstrat der Gesamtbetriebsvereinbarungen die einzelnen Betriebe. Es handelt sich somit um betriebliche Angelegenheiten und zwar unabhängig davon, wie viele Betriebe die Gesamtbetriebsvereinbarungen betreffen.⁶⁸⁵

Die Literatur hat sich zwar der Auffassung angeschlossen, dass die Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang kollektivrechtlich weitergelten, jedoch war man sich dahingehend uneinig, auf welchen Bezugspunkt der kollektivrechtlichen Weitergeltung der Gesamtbetriebsvereinbarung abgestellt werden muss. Eine Ansicht stellte die kollektivrechtliche Weitergeltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen auf den Fortbestand des Gesamtbetriebsrats und auf den Erhalt der Unternehmensidentität ab.⁶⁸⁶ Eine andere Ansicht knüpfte die kollektivrechtliche Weitergeltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen an den Fortbestand des Geltungsbereichs der Gesamtbetriebsvereinbarungen. Der Geltungsbereich einer Gesamtbetriebsvereinbarung gilt also als Bezugspunkt für ihre kollektivrechtliche Weitergeltung. Dieser bleibt nur weiterbestehen, wenn alle Betriebe eines Unternehmens auf einen betriebslosen Erwerber übergehen.⁶⁸⁷ Eine dritte Ansicht geht davon aus, dass die kollektivrechtliche Weitergeltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen von der Unternehmensidentität abhängig ist. Beim Übergang eines einzelnen oder mehrerer Betriebe verliert das Unternehmen seine Identität, deswegen ist die kollektivrechtliche Weitergeltung für solche Fälle unmöglich.⁶⁸⁸ Die verbreitete Ansicht hat sich jedoch der Meinung des BAG angeschlossen. Die kollektivrechtliche Weitergeltung der Gesamtbetriebsvereinbarungen ist also von der Betriebsidentität abhängig.⁶⁸⁹

Nach Darstellen der Ansichten der Literatur und der Rechtsprechung besteht somit grundsätzlich die Möglichkeit, dass die Geltung einer Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung im Vergleich

⁶⁸³ BAG, v. 18.09.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 673.

⁶⁸⁴ BAG, v. 18.09.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 675.

⁶⁸⁵ BAG, v. 18.09.2002 – 1 ABR 54/01, NZA 2003, 670, 673.

⁶⁸⁶ Gussen/Dauck, Die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen beim Betriebsübergang und Umwandlung, 1997, Rn. 81.

⁶⁸⁷ Braun, Die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, 2007, S. 92, 93.

⁶⁸⁸ Braun, Die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, 2007, S. 94.

mit der Situation des Betriebsübergangs auch infolge der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG durch Herausfallen der Betriebe weiterbestehen kann.

Nun bleibt die Frage zu beantworten, ob die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung weiterbesteht, wenn sie durch die Tarifverdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG in allen Betrieben nicht gilt oder nur in einem Betrieb gelten kann, da in diesen Konstellationen das Vorliegen der Voraussetzung „überbetriebliche Angelegenheit“ hinterfragt wird. *Greiner* ist folgender Ansicht: „Die ursprüngliche Gesamtbetriebsvereinbarung kann dabei auch (bei Veräußerer und Erwerber) zu einer Einzelbetriebsvereinbarung „mutieren“, was wiederum zum einen zeigt, dass der betriebsübergreifende Regelungscharakter dann doch keine unerlässliche Voraussetzung für den Fortbestand der ursprünglich als Gesamtbetriebsvereinbarung entstandenen und von ihren Urhebern so gewollten Regelung ist, und zum anderen, dass die Betriebsvereinbarung selbst vom Fortbestand des sie ursprünglich kreierenden (Gesamt-)Betriebsrats unabhängig ist“.⁶⁹⁰ Die Ansicht fand auch in der Rechtsprechung ihren Ursprung. Nach BAG: „Ein zunächst bestehendes überbetriebliches Regelungsbedürfnis i. S. d. § 50 I 1 BetrVG kann nach Abschluss einer Gesamtbetriebsvereinbarung entfallen, was aber deren Geltung nicht in Frage stellt, sondern nur zur Zuständigkeit der Einzelbetriebsräte für die weitere Ausgestaltung der Angelegenheit führt. Ebenso gilt eine Gesamtbetriebsvereinbarung als Betriebsvereinbarung weiter, wenn nach einer Übertragung von Betrieben auf einen anderen Rechtsträger beim bisherigen Rechtsträger nur noch ein Betrieb verbleibt, für den ein Gesamtbetriebsrat nicht mehr errichtet werden kann. In beiden Fällen muss der nunmehr zuständige Betriebsrat die bisher geltenden normativen Regelungen nicht zur Behebung eines ansonsten bestehenden Legitimationsdefizits erneut abschließen“.⁶⁹¹ Die Gesamtbetriebsvereinbarung gilt also weiter, auch wenn nach ihrem Abschluss ihre überbetriebliche Regelung entfallen ist. Das kann aber der Fall beim Betriebsübergang sein, jedoch betrifft die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG, anders als der Betriebsübergang, nicht die Ebene der Betriebs- und Repräsentationsstruktur, sondern die Ebene der Geltung der Gesamtbetriebsvereinbarung.⁶⁹² Die Geltung der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung soll daher fortbestehen und zwar unabhängig davon, ob sie in anderen Betrieben gilt oder nicht, weil

⁶⁸⁹ *Braun*, Die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, 2007, S. 92, 93.

⁶⁹⁰ *Greiner*, RdA 2022, 164, 169.

⁶⁹¹ BAG, v. 05.05.2015 – 1 AZR 763/13, NZA 2015, 1331, 1335.

⁶⁹² *Greiner*, RdA 2022, 164, 169.

es sich bei der Gesamtbetriebsvereinbarung immer noch um eine überbetriebliche Angelegenheit handelt. Außerdem setzt das Fortbestehen einer Gesamtbetriebsvereinbarung lediglich voraus, dass die Betriebe des Unternehmens als Geltungsbereich bestehen, in denen die Angelegenheiten künftig durch eine Gesamtbetriebsvereinbarung geregelt werden können⁶⁹³ und nicht die tatsächliche Geltung der Gesamtbetriebsvereinbarung in den Betrieben.

Hier ist zu auch bemerken, dass die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht zum Wegfall des Gesamtbetriebsrats und nicht zum Verlust der Gesamtbetriebsvereinbarung ihres Geltungsbereichs führt. Außerdem ist die Identität sowohl des Betriebs als auch des Unternehmens gewahrt. All dies spricht dafür, dass die Gesamtbetriebsvereinbarung im Fall 2 ihre normative Wirkung als Gesamtbetriebsvereinbarung nicht verliert. Im Fall 3 findet sie zwar keine Anwendung, bleibt jedoch im Unternehmen bestehen. Folge der Anwendung der Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist also nicht die Beendigung der normativen Wirkung der Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung im Betrieb, sondern nur die zeitweise Sperrung ihrer Wirkung durch den nichtöffnenden Mehrheitstarifvertrag.

Als Ergebnis ist also festzuhalten: Da der Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG und der Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 BetrVG nur die Geltung der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung betreffen und nicht die Regelungsbefugnis der Parteien der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung, führt das dazu, dass die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung bestehen bleibt, auch wenn die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung aufgrund der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur in einem Betrieb gilt oder wenn sie in allen Betrieben gar nicht gilt.

Zweiter Lösungsansatz:

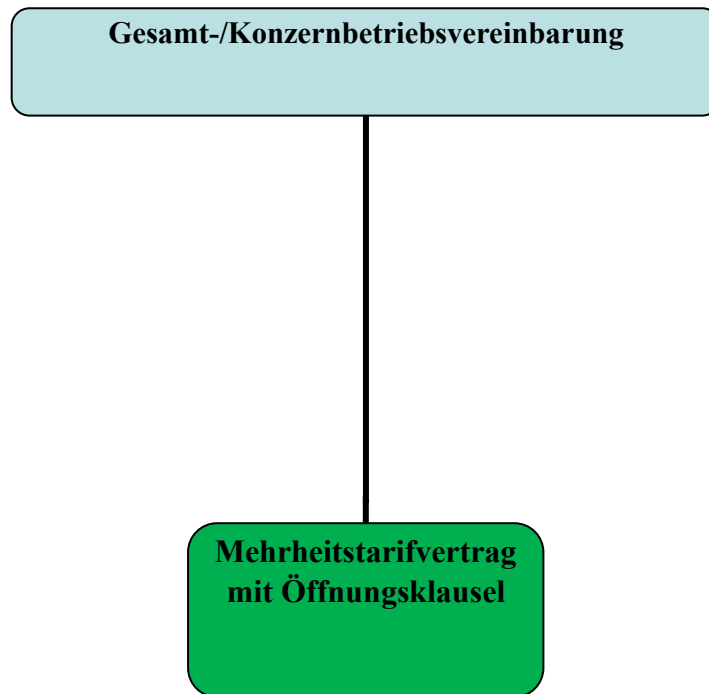
Nicht nur der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängende Mehrheitstarifvertrag, sondern auch der verdrängte Minderheitstarifvertrag kann die Sperrwirkung auslösen.

Im Falle des Vorliegens von Öffnungsklauseln richtet sich die Geltung einer Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung im Betrieb nach der Beantwortung der Frage, wie die Kollision zwischen einem Tarifvertrag mit einer Öffnungsklausel und einem ohne Öffnungsklausel

⁶⁹³ *Salamon*, NZA 2009, 471.

oder die Kollision zwischen Tarifverträgen mit unterschiedlichen Öffnungsklauseln aufgelöst wird.⁶⁹⁴

3. Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarungen nach §§ 50 Abs. 2, 58 Abs. 2 BetrVG



Rechtsfolge: Wirksamkeit der Gesamtbetriebsvereinbarung

Da die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen nach § 50 Abs. 2, 58 Abs. 2 BetrVG als Einzelbetriebsvereinbarungen betrachtet werden, gelten für diese Art von Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen – in Bezug auf die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 BetrVG und § 87 Abs. 1 BetrVG i. V. m. § 4a Abs. 2 S. 2 TVG – die allgemeinen Grundsätze für die Einzelbetriebsvereinbarungen.

⁶⁹⁴ Siehe oben S. 76 ff.

V. Folgen für die Organisation der Betriebsverfassung

Wie bei freiwilligen und erzwingbaren Mitbestimmungsrechten nach § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG wirkt der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG auch betriebsverfassungsrechtliche Folgeprobleme hinsichtlich der nach § 3 Abs. 1 BetrVG oder nach § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG abgeschlossenen Organisationstarifverträge auf.

Der Gesetzgeber eröffnet durch § 3 Abs. 1 BetrVG den Tarifparteien die Möglichkeit, die Arbeitnehmervertretungsstrukturen in der Betriebsverfassung abweichend von den betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften auszugestalten.⁶⁹⁵ § 3 Abs. 1 BetrVG wird in diesem Sinne somit als tarifliche Befugnis zur Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentationseinheiten betrachtet.⁶⁹⁶

Tarifparteien der Organisationstarifverträge sind der Arbeitgeber (Firmentarifvertrag) oder der Arbeitgeberverband (Verbandstarifvertrag) auf der Arbeitgeberseite⁶⁹⁷ und die Gewerkschaft auf der Arbeitnehmerseite.⁶⁹⁸ Der Gesetzgeber verlangt für den Abschluss dieser Tarifverträge nicht, dass alle im Betrieb vertretenen Gewerkschaften am Abschluss dieser Tarifverträge beteiligt werden, sondern nur, dass die Angelegenheit durch Tarifvertrag geregelt wird.⁶⁹⁹ Außerdem erfordert für die Geltung der Organisationstarifverträge nach § 3 Abs. 2 TVG nur die Tarifbindung des Arbeitgebers, da diese Tarifverträge Rechtsnormen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen enthalten.⁷⁰⁰

Problematisch ist, dass beim Erlass des § 3 Abs. 1 BetrVG nicht berücksichtigt wurde, dass die Organisationstarifverträge von mehreren tarifzuständigen Gewerkschaften abgeschlossen werden können.⁷⁰¹ Das hat zur Folge, dass mehrere Organisationstarifverträge mit unterschiedlichen Regelungsinhalten über die Arbeitnehmervertretungsstrukturen nebeneinander im Betrieb zur Anwendung kommen können.⁷⁰² Es kann also ein Tarifvertrag über die Zusammenfassung von Be-

⁶⁹⁵ Teusch, NZA 2007, 124.

⁶⁹⁶ Annuß, NZA 2002, 290, 294.

⁶⁹⁷ Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/Kloppenburger, § 3 BetrVG Rn. 23; Plander, NZA 2002, 483, 486.

⁶⁹⁸ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 59; Plander, NZA 2002, 483, 486.

⁶⁹⁹ LAG Hessen, v. 09.08.2007 – 9 TaBV 23/07, BeckRS 2008, 50307.

⁷⁰⁰ LAG Hessen, v. 09.08.2007 – 9 TaBV 23/07, BeckRS 2008, 50307; Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/Kloppenburger, § 3 BetrVG Rn. 17.

⁷⁰¹ LAG Köln, v. 30.01.2008 – 8 TaBV 78/06, BeckRS 2008, 53301; Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 94.

⁷⁰² LAG Köln, v. 30.01.2008 – 8 TaBV 78/06, BeckRS 2008, 53301; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 61; Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 94.

trieben nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. (b BetrVG zur Anwendung kommen und später ein anderer Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 BetrVG, der eine andere Betriebsstruktur bestimmt. Da in einem solchen Fall keine Tarifpluralität entsteht, weil die Organisationstarifverträge wegen des § 3 Abs. 2 TVG immer alle Arbeitnehmer im Betrieb umfassen, muss diese Konkurrenz nach den Grundsätzen der Tarifkonkurrenz aufgelöst werden und es darf somit nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen.⁷⁰³ Die Antwort auf die Frage, welcher der konkurrierenden Organisationstarifverträge nach § 4a TVG angewendet werden soll, soll im Fokus dieses Abschnittes stehen.

1. Organisationsvorschriften im BetrVG und ihre Wirkung

Die Organisationsvorschriften im BetrVG dienen dem allgemeinen Zweck des BetrVG, nämlich die Arbeitnehmer vor der persönlichen, sozialen und wirtschaftlichen Abhängigkeit, der die Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses begegnen, zu schützen.⁷⁰⁴ Die Dispositionsbefugnis über die Organisation der Betriebsverfassung liegt allein beim Arbeitgeber, daher war es erforderlich, dieses Ungleichgewicht durch die Organisationsvorschriften im BetrVG auszugleichen oder zumindest abzumildern, indem das BetrVG die Alleinorganisationsbefugnis des Arbeitgebers durch Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer einschränkte, die im BetrVG durch die Organisationsvorschriften umgesetzt wurden.⁷⁰⁵ Die Organisationsnormen im BetrVG haben zweiseitige zwingende Wirkung. Das bedeutet, dass von diesen Normen nur abgewichen werden darf, wenn der Gesetzgeber diese Befugnis ausdrücklich erteilt hat. Ein Beispiel für solche Normen stellen § 3 Abs. 1 BetrVG⁷⁰⁶ und § 117 Abs. 1 BetrVG dar.

Als Grundlage für die Organisation der Betriebsverfassung ist zuerst das TVG. Nach § 1 Abs. 1 TVG könnte der Tarifvertrag Rechtsnormen über betriebsverfassungsrechtliche Fragen enthalten, die nach § 4 Abs. 1 S. 2 TVG unmittelbare und zwingende Wirkung haben und nach § 3 Abs. 2 TVG für alle Betriebe gelten, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist.⁷⁰⁷ Die betriebsverfassungsrechtlichen Fragen i. S. d. § 3 Abs. 2 und § 1 Abs. 1 TVG erfassen alle Regelungen über die

⁷⁰³ LAG Hessen, v. 09.08.2007 – 9 TaBV 23/07, BeckRS 2008, 50307; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 61; Schaub, ArbR-HdB/Treber, § 203 Rn. 7; Schipper, Betriebliche Mitbestimmung im Industriepark, 2009, S. 110.

⁷⁰⁴ Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 69.

⁷⁰⁵ Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 69.

⁷⁰⁶ ErfK/Koch, § 3 BetrVG Rn. 1; Teusch, NZA 2007, 124; Schipper, Betriebliche Mitbestimmung im Industriepark, 2009, S. 81; Pütz, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, 2020, S. 89.

Rechtsstellung der Arbeitnehmer im Betrieb und ihrer Organe, wie z.B. die Regelungen, die sich mit der Organisation der Betriebsverfassung und mit den Rechten der Arbeitnehmervertretung befassen.⁷⁰⁸ Es muss jedoch beachtet werden, dass die Befugnis zur Organisation der Betriebsverfassung durch die Tarifparteien sich nicht auf die Tarifautonomie beruft, sondern auf die gesetzliche Ermächtigung.⁷⁰⁹

Die Organisation der Betriebsverfassung ist auch durch zahlreiche dispositive Organisationsvorschriften im BetrVG geregelt, die die allgemeine Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien nach dem TVG einschränken. Beispiele für solche Normen sind „§ 3 Abs. 1, § 117 Abs. 2, § 21a Abs. 2 S. 4, § 38 Abs. 1 S. 5, § 47 Abs. 4 und Abs. 9 (ggf. iVm. § 55 Abs. 4 bzw. § 73a Abs. 4) oder § 72 Abs. 4 und Abs. 8 BetrVG“.⁷¹⁰

2. Organisationstarifverträge gem. § 3 Abs. 1 BetrVG

a) Entwicklung von Organisationstarifverträgen

Durch den Blick auf die Rechtslage der Organisationstarifverträge vor dem BetrVerf-ReformG 2001 erhält man eine Vorstellung, wie bedeutend der Wandel bei diesen Tarifverträgen war.

Damals konnten durch Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG lediglich zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmervertretung bestimmter Beschäftigungsarten oder Arbeitsbereiche bestimmt werden und nach Nr. 2 die Errichtung einer anderen Arbeitnehmervertretung für Betriebe, in denen aufgrund ihrer Eigenart bei der Errichtung von Betriebsräten besondere Schwierigkeiten auftreten. Außerdem hatten die Tarifparteien nach Nr. 3 die Möglichkeit, abweichende Regelungen über die Zuordnung von Betriebsteilen und Nebenbetrieben festzulegen, soweit durch diese Zuordnung die Bildung von Vertretungen der Arbeitnehmer erleichtert wird.

Diese Organisationstarifverträge bedurften zudem nach § 3 Abs. 2 BetrVG der Zustimmung der obersten Arbeitsbehörde des Landes und bei Tarifverträgen, deren Geltungsbereich mehrere Länder betrifft, der Zustimmung des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung. Daraus resul-

⁷⁰⁷ Teusch, NZA 2007, 124.

⁷⁰⁸ Teusch, NZA 2007, 124.

⁷⁰⁹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 13.

⁷¹⁰ Schneider, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 205.

tiert, dass die Tarifvertragsparteien nur geringfügige Gestaltungsmacht für die betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen hatten.⁷¹¹

Nach der heutigen Fassung von § 3 Abs. 1 BetrVG können die Tarifparteien durch Organisationstarifverträge die Organisation der Betriebsverfassung abweichend von den gesetzlichen Normen neu gestalten. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 5 BetrVG räumt den Tarifparteien große Regelungsbefugnis in Bezug auf die Strukturen der Arbeitnehmervertretungen und die Schaffung zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Gremien ein.

§ 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG ist nicht zu entnehmen, dass der Tarifvertrag den Arbeitgeber daran hindern kann, das Unternehmen umzustrukturieren. Der Tarifvertrag kann nur mit der Erfüllung der Voraussetzungen des § 3 BetrVG und nach der Umstrukturierung von der Struktur der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation abweichen.⁷¹²

Der Gesetzgeber hat die tarifliche Gestaltungsmöglichkeit geschaffen, „um auf die vielfältigen modernen Unternehmensstrukturen angemessen reagieren zu können. Daher wird die starre Anbindung des Betriebsrats an den Betrieb als ausschließliche Organisationsbasis gelöst. Den Beteiligten vor Ort, insbesondere den Tarifvertragsparteien, sollen mit der Neufassung des § 3 weitreichende und flexible Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden, damit sie mit Hilfe von Vereinbarungslösungen Arbeitnehmervertretungen schaffen können, die auf die besondere Struktur des jeweiligen Betriebs, Unternehmens oder Konzerns zugeschnitten sind“.⁷¹³ Der Gesetzgeber hat in dieser Vorschrift auf die staatliche Zustimmung verzichtet, denn „angesichts der Vieltätigkeit der zu regelnden Sachverhalte können die Vertragsparteien vor Ort die Sachgerechtigkeit von unternehmensspezifischen Arbeitnehmervertretungsstrukturen besser beurteilen als staatliche Stellen. Außerdem können die Vertragsparteien auf Umstrukturierungen im Unternehmen und Konzern sehr viel schneller reagieren, als dies bei Durchführung eines mit unter zeitaufwendigen Zustimmungsverfahrens möglich wäre“.⁷¹⁴ Nach § 3 Abs. 2 BetrVG können die in § 3 Abs. 1 BetrVG genannten Fälle nur durch Tarifvertrag neu geordnet werden, es sei denn, dass kein Organisationstarifvertrag oder anderer Tarifvertrag besteht. Dann ist die Regelung der Fälle des Absatzes § 3 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 4 und Nr. 5 durch Betriebsvereinbarung möglich.⁷¹⁵ Die

⁷¹¹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 3 BetrVG Rn. 1.

⁷¹² ErfK/*Koch*, § 3 BetrVG Rn. 1.

⁷¹³ BT-Drucks. 14/5741 S. 33.

⁷¹⁴ BT-Drucks. 14/5741 S. 33.

⁷¹⁵ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifeinheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 206, 207.

Ausnahme des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG wurde mit der besonderen Tragweite dieser Regelung begründet, die nur durch Tarifvertrag zulässig sein muss.⁷¹⁶

Es gab die Vermutung, dass die Organisationstarifverträge nach § 3 BetrVG verfassungswidrig seien,⁷¹⁷ da sie auch für die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer gelten und somit gegen die negative Koalitionsfreiheit Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen. Dem kann aber nicht gefolgt werden, weil die Organisationstarifverträge nach § 3 Abs. 1 BetrVG als betriebsverfassungsrechtliche Normen i. S. d. § 3 Abs. 2 TVG betrachtet werden und deswegen für alle Arbeitnehmer einschließlich der nichttarifgebundenen Arbeitnehmer im Betrieb gelten müssen.⁷¹⁸ Die Geltung dieser Tarifverträge für die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer ist also vom Gesetzesbefehl und nicht vom Willen der Tarifparteien abhängig, was bedeutet, dass für die nichttarifgebundenen Arbeitnehmer kein Zwang besteht, der Gewerkschaft beizutreten.⁷¹⁹

b) Regelungsinhalt des § 3 Abs. 1 BetrVG

§ 3 Abs. 1 BetrVG enthält abschließende Regelungen über die vom Gesetz abweichenden Gestaltungsmöglichkeiten, die durch die Tarifvertragsparteien in einem Tarifvertrag durchgeführt werden können.⁷²⁰ Um von den betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen abzuweichen, müssen jedoch alle in den § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 5 BetrVG genannten Voraussetzungen erfüllt werden.

aa) Bildung einer abweichenden Arbeitnehmervertretung für ein Unternehmen mit mehreren Betrieben nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Der Gesetzgeber fordert für die Tätigkeit der Tarifvertragsparteien nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zuerst, dass ein „Unternehmen mit mehreren Betrieben“ besteht.

Der Betriebsbegriff ist im BetrVG nicht definiert, jedoch wird er im BetrVG als Voraussetzung erwähnt.⁷²¹ Unter dem Betriebsbegriff i. S. d. BetrVG versteht man aber eine „organisatorische

⁷¹⁶ BT-Drucks. 14/5741 S. 34.

⁷¹⁷ Ausführlich für diese Vermutungen; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 3 BetrVG Rn. 13 ff.; *Teusch*, NZA 2007, 124, 125 ff.; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifröhrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 208 ff.; *Pütz*, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, 2020, S. 90 ff.

⁷¹⁸ ErfK/*Koch*, § 3 BetrVG Rn. 1.

⁷¹⁹ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifröhrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 211.

⁷²⁰ *Schipper*, Betriebliche Mitbestimmung im Industriepark, 2009, S. 83.

⁷²¹ MHD B ArbR/*Temming*, § 24 Betrieb und Unternehmen Rn. 21; *Berger*, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017, S. 72; *Pütz*, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, 2020, S. 100.

Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt“.⁷²² Nach der Gesetzesbegründung erfasst § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in diesem Sinne sowohl die Betriebe als auch die selbstständigen Betriebsteile i. S. d. § 4 Abs. 1 BetrVG.⁷²³ Darüber hinaus könnten die Kleinstbetriebe i. S. d. § 4 Abs. 2 BetrVG ebenfalls unter den Betriebsbegriff fallen, da § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht ausschließlich von Betrieben i. S. d. § 1 BetrVG spricht und die Kleinstbetriebe nach § 4 Abs. 2 BetrVG dem Hauptbetrieb zuzuordnen sind.⁷²⁴ Es muss jedoch beachtet werden, dass, wenn ein Unternehmen mehrere Betriebe umfasst, dies nicht das Bestehen von Betriebsräten in diesen Betrieben voraussetzt.⁷²⁵ Vorausgesetzt ist nur, dass die Betriebe zu demselben Unternehmen gehören.⁷²⁶

Die Gestaltungsmöglichkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bezieht sich lediglich auf das Unternehmen.⁷²⁷ Somit kann in diesem Fall, wenn die Betriebe zu verschiedenen Unternehmen gehören, eine Zusammenlegung zu einer betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentationseinheit nur nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG geschaffen werden.⁷²⁸ Der Unternehmensbegriff ist im BetrVG ebenso wenig wie der Betriebsbegriff geregelt.⁷²⁹ In der Literatur wurde jedoch das Unternehmen unter Führung eines einheitlichen Rechtsträgers „als die organisatorische Einheit, die aus einem oder mehreren Betrieben bestehen kann und die durch einen gemeinsamen wirtschaftlichen oder ideellen Zweck verbunden ist, welcher hinter dem arbeitstechnischen Zweck liegt“, definiert.⁷³⁰

Für ein Unternehmen mit mehreren Betrieben bestehen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zwei Gestaltungsmöglichkeiten:

(I.) Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats

Die Tarifvertragsparteien können nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. a) BetrVG durch Tarifvertrag einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat bilden. Der Bezugspunkt des § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. a) Be-

⁷²² Pütz, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, 2020, S. 100.

⁷²³ BT-Drucks. 14/5741 S. 33, 34; ErfK/Koch, § 3 BetrVG Rn. 3.

⁷²⁴ Pütz, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, 2020, S. 101.

⁷²⁵ ErfK/Koch, § 3 BetrVG Rn. 3.

⁷²⁶ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 17; Richardi, NZA 2014, 232, 233.

⁷²⁷ BAG, v. 13.03.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738, 742.

⁷²⁸ Richardi, v. Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 17; Richardi, NZA 2014, 232, 233.

⁷²⁹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Maschmann, § 1 BetrVG Rn. 51; MHdB ArbR/Temming, § 24 Betrieb und Unternehmen Rn. 21.

⁷³⁰ MHdB ArbR/Temming, § 24 Betrieb und Unternehmen Rn. 22.

trVG sind nicht die einzelnen Betriebe, sondern das Unternehmen.⁷³¹ Dies sichert gemäß Begründung des Gesetzes ab, dass die Entscheidungen über die beteiligungspflichtigen Angelegenheiten zentral auf Unternehmensebene getroffen werden.⁷³²

Anders als § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. b) BetrVG entfällt durch die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats die Möglichkeit, sowohl Betriebsrat als auch Gesamtbetriebsrat zu errichten,⁷³³ weil das Unternehmen nach § 3 Abs. 5 S. 1 BetrVG als Betrieb betrachtet wird und somit der zweistufige Organisationsaufbau des Unternehmens, der für die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats erforderlich ist, aufgehoben wurde.⁷³⁴

Für das gesamte Unternehmen besteht also am Ende nur ein Betriebsrat in der Form eines „unternehmenseinheitlichen Betriebsrats“, der alle Beschäftigten im Unternehmen vertritt, auch die Beschäftigten, die nicht zu den betriebsratsfähigen Betrieben wie den Kleinstbetrieben nach § 4 Abs. 2 BetrVG gehören.⁷³⁵ So scheint es, dass der unternehmenseinheitliche Betriebsrat für solche Betriebe, denen es an Mindestzahlen von Betriebsratsmitgliedern für die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats fehlt, die Möglichkeit eröffnet, an den Entscheidungen auf Unternehmensebene beteiligt zu werden.⁷³⁶

(II.) Zusammenfassung von Betrieben

§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. b) BetrVG befugt die Tarifvertragsparteien, die Betriebe im Unternehmen zusammenzufassen. Ziel der Zusammenfassung von Betrieben ist, wie in der Gesetzesbegründung erwähnt, „Regionalbetriebsräte in Unternehmen mit bundesweitem Filialnetz errichten zu können“.⁷³⁷

Die Zusammenfassung von Betrieben nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. b) BetrVG führt nicht dazu, dass der Betrieb nach der Zusammenfassung seine betriebsverfassungsrechtliche Identität verliert. Aus diesem Grund sollen die Betriebsvereinbarungen, beschränkt auf ihren bisherigen Geltungsbereich, weitergelten.⁷³⁸

⁷³¹ Pütz, *Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung*, 2020, S. 103.

⁷³² BT-Drucks. 14/5741 S. 34.

⁷³³ Gaul/Mückl, NZA 2011, 657, 658; Schneider, *Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung*, 2014, S. 215.

⁷³⁴ Schneider, *Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung*, 2014, S. 215.

⁷³⁵ Pütz, *Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung*, 2020, S. 103.

⁷³⁶ Schneider, *Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung*, 2014, S. 214.

⁷³⁷ BT-Drucks. 14/5741 S. 34; so auch Richardi, *Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann*, § 3 BetrVG Rn. 20; Richardi, NZA 2014, 232, 233.

⁷³⁸ BAG, v. 18.03.2008 – 1 ABR 3/07, AP Nr. 6 zu 1972 § 3 BetrVG.

Die Zusammenfassung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. b) BetrVG erfordert nicht, dass sie alle Betriebe des Unternehmens umfasst. Das hat zur Folge, dass für die Einheiten, die nicht dem Tarifvertrag unterliegen, weiterhin das BetrVG zuständig ist und folglich für diese Einheiten ein Gesamtbetriebsrat nach § 47 Abs. 1 BetrVG gebildet werden kann.⁷³⁹

Eine Ansicht spricht vom Vorrang des § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. b) BetrVG gegenüber dem § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. a) BetrVG. Somit „soll die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats immer dann ausscheiden, wenn durch die Zusammenfassung schon der Zweck erfüllt werden kann. Dies ist insbesondere der Fall, sofern die Erleichterung der Bildung von Betriebsräten ohne Weiteres bereits durch eine Zusammenfassung von Betrieben nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b i. V. m. Abs. 2 BetrVG erreicht werden kann und sich demgegenüber die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats als ersichtlich weniger sachgerechte Lösung darstellt“.⁷⁴⁰

So ein Vorrang ist jedoch nicht ersichtlich. Dies bestätigt der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. „Durch Tarifvertrag *können* bestimmt werden: 1. für Unternehmen mit mehreren Betrieben a) die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats *oder* b) die Zusammenfassung von Betrieben“. Die Tarifvertragsparteien sind daher frei zu entscheiden, von welcher Gestaltungsmöglichkeit sie Gebrauch machen. Der Maßstab, für welche Gestaltungsmöglichkeit sich die Tarifvertragsparteien entscheiden müssen, ist nur, dass diese „die Bildung von Betriebsräten erleichtert oder einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient“. Im Falle, dass die beiden Gestaltungsmöglichkeiten diesem Zweck dienen, bleibt die endgültige Entscheidungsbefugnis bei den Tarifvertragsparteien.

Außer der oben genannten Voraussetzung, dass ein „Unternehmen mit mehreren Betrieben“ vorliegt, müssen die Tarifvertragsparteien bei der Wahl einer der beiden Gestaltungsmöglichkeiten berücksichtigen, dass diese Variante „die Bildung von Betriebsräten erleichtert oder einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient“. Somit ist die Variante zu vermeiden, wenn diese zum Verlust der Betriebsräte in den Betrieben des Unternehmens führen würde⁷⁴¹ oder wenn die beteiligungspflichtigen Entscheidungen nicht auf zentraler Unternehmensebene, sondern auf Betriebsebene getroffen werden müssten.⁷⁴²

⁷³⁹ Gaul/Mückl, NZA 2011, 657, 659.

⁷⁴⁰ Pütz, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, 2020, S. 104.

⁷⁴¹ Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 58.

⁷⁴² Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 24; Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 58.

bb) Bildung abweichender Arbeitnehmervertretungen für Unternehmen und Konzern, die nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen (Sparten) organisiert sind, nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

Eine weitere abweichende tarifrechtliche Möglichkeit einer betriebsverfassungsrechtlichen Struktur stellt § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG dar. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG können die Tarifvertragsparteien durch Tarifvertrag für Unternehmen und Konzerne Spartenbetriebsräte bilden, soweit die Unternehmen und die Konzerne nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen (Sparten) organisiert sind, die Spartenleitung Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten trifft und die Bildung von Spartenbetriebsräten der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats dient.

(I.) Im Unternehmen und Konzern

§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erlaubt die Schaffung von Spartenbetriebsräten für die Sparten innerhalb des Betriebs, die durch die Zergliederung des Betriebs entstehen, und auch für Sparten, die infolge der betriebsübergreifenden Zusammenfassung von mehreren Betrieben gebildet wurden.⁷⁴³

Nicht nur für die im Unternehmen entstehenden Sparten können die Spartenbetriebsräte gebildet werden, sondern auch für die im Konzern. Das Problem ist jedoch, dass der Gesetzgeber bei der Verwendung des Konzernbegriffs in § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nicht deutlich gemacht hat, ob sich dieser Begriff auf einen Unterordnungskonzern oder auf einen Gleichordnungskonzern bezieht. Man kann aber davon ausgehen, dass § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG beide Formen umfasst,⁷⁴⁴ da die Norm selbst keine Beschränkung auf eine bestimmte Art von Konzern enthält. Außerdem ist der Ausschluss des Gleichordnungskonzerns mit dem Zweck des § 3 BetrVG, nämlich eine weitreichende und flexible Abweichungsmöglichkeit zu schaffen, nicht vereinbar.⁷⁴⁵

(II.) Organisation nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen

„Ein besserer Marktzugang soll vor allem dadurch ermöglicht werden, daß die neuen Unternehmen als kleine Einheiten schneller und flexibler auf die wechselnden Bedürfnisse des Marktes

⁷⁴³ *Fitting* § 3 BetrVG Rn. 37.

⁷⁴⁴ a.A. *Rieble*, RWS-Forum 2002, 25, 35.

⁷⁴⁵ *Pütz*, Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, 2020, S. 108.

reagieren können“.⁷⁴⁶ Dies lässt sich dahingehend interpretieren, dass der Entstehungsgrund der Sparten mit wirtschaftlichen Zwecken verbunden ist.

Der Gesetzgeber beschränkt die Bildung der Spartenbetriebsräte nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nur auf die Sparten, die nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen organisiert sind, obwohl sie, auch wenn dies selten ist, nach Regionen oder Absatzmärkten bestimmt werden könnten.⁷⁴⁷

Weil die Sparte für alle Angelegenheiten (wie z.B. die technische Entwicklung, die Produktion, die Verwaltung oder den Verkauf), die in ihrem Bereich liegen, verantwortlich ist,⁷⁴⁸ hat der Gesetzgeber sie wie einen Betrieb, ein Unternehmen oder einen Konzern als betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit anerkannt.⁷⁴⁹ Daraus müsste folgen, dass für die Arbeitnehmer in diesen Sparten Spartenbetriebsräte gegründet werden, die an die Stelle der Betriebsräte in der Spartenorganisation treten sollen.⁷⁵⁰

Es ist jedoch zu beachten, dass sich die Organisierung nach Sparten nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nicht nur auf die Geschäftsbereiche in der obersten Führungsebene, z.B. auf den Vorstand und die Geschäftsleitung beziehen, sondern auf alle Organisationen im Unternehmen und Konzern, die die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfüllen, auch wenn sie der Führungsebene untergeordnet sind.⁷⁵¹ Schließlich wird der Wortlaut „soweit“ in der Weise verstanden, dass die Organisierung nach Sparten nicht das gesamte Unternehmen oder den gesamten Konzern erfassen müsste.⁷⁵² Somit kommt die Bildung der Spartenbetriebsräte nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nur für die im Unternehmen/Konzern organisierten Sparten in Betracht.⁷⁵³

(III.) Befugnis für die Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten

Für die Bildung eines Spartenbetriebsrats setzt § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG voraus, dass die Spartenleitung auch für die Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten berechtigt ist.

⁷⁴⁶ Wendeling-Schröder, NZA 1999, 1065, 1066.

⁷⁴⁷ Wendeling-Schröder, NZA 1999, 1065, 1066.

⁷⁴⁸ Wendeling-Schröder, NZA 1999, 1065, 1066; Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 60.

⁷⁴⁹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 28.

⁷⁵⁰ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 27; Teusch, NZA 2007, 124, 126.

⁷⁵¹ Teusch, NZA 2007, 124, 127.

⁷⁵² Teusch, NZA 2007, 124, 127.

⁷⁵³ Gaul/Mückel, NZA 2011, 657, 662.

Unter die beteiligungspflichtigen Angelegenheiten fallen alle Angelegenheiten, die gesetzlich im Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats liegen.⁷⁵⁴ Die Spartenleitung muss jedoch nicht alle diese oder wesentliche Angelegenheiten entscheiden. Es ist ausreichend, wenn sie nur für einen Teil dieser Fragen Entscheidungen treffen kann.⁷⁵⁵

§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfordert, dass „eine dezentralisierte Entscheidungsstruktur“ im Unternehmen und Konzern vorliegt. Das heißt, dass die Spartenleitung ebenfalls, wie die Unternehmens-Konzernleitung, Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten treffen darf.⁷⁵⁶ Denn wenn alle Entscheidungen im Unternehmen oder im Konzern zentral durch die Unternehmens-Konzernleitung getroffen würden, bestünde kein Bedürfnis, vom Betriebsverfassungsgesetz durch die Bildung von Spartenbetriebsräten abzuweichen.⁷⁵⁷

Die Mitentscheidung der Spartenleitung findet ihre Begründung auch im Zweck des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Gemäß „§ 3 Abs. 1 Nr. 2 soll BetrVG ermöglichen, dass Arbeitgeber und Betriebsräte wieder dort zusammengeführt werden, wo sie kompetent und verantwortungsvoll miteinander verhandeln und Entscheidungen treffen können“.⁷⁵⁸ Das „dezentrale Entscheidungssystem“⁷⁵⁹ ergibt sich ferner aus dem Wortlaut „auch“. Darunter ist zu verstehen, dass die Leitung der Sparte Spielraum auch für die Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten haben muss.

(IV.) Sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats

§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfordert weiterhin, dass die Bildung von Spartenbetriebsräten in den Sparten der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats dient. Nach der Begründung des Gesetzes ist dies „vor allem der Fall, wenn der Betriebsrat dort errichtet werden soll, wo ihm ein kompetenter Ansprechpartner und Entscheidungsträger gegenübersteht“.⁷⁶⁰

§ 3 BetrVG verfolgt den Zweck, die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerrepräsentation zu optimieren. Daher kann man von der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats durch die Bildung von Spartenbetriebsräten nur sprechen, wenn die Tarifvertragsparteien durch diese Bildung ein besseres Arbeitnehmerrepräsentationsmodell als das betriebsverfassungsrecht-

⁷⁵⁴ Teusch, NZA 2007, 124, 127.

⁷⁵⁵ Teusch, NZA 2007, 124, 127; Gaul/Mückl, NZA 2011, 657, 661.

⁷⁵⁶ Friese, RdA 2003, 92, 93.

⁷⁵⁷ Friese, RdA 2003, 92, 93.

⁷⁵⁸ Friese, RdA 2003, 92, 93.

⁷⁵⁹ Friese, RdA 2003, 92, 93.

liche Arbeitnehmerrepräsentationsmodell eingebracht haben.⁷⁶¹ Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nur die Aufgaben des Betriebsrats zu unterstützen bezweckt, daher ist der Nachweis der unmittelbaren Optimierung nicht erforderlich.⁷⁶²

Die Beurteilung, ob die gebildeten Spartenbetriebsräte der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben der Betriebsräte dienen, hängt grundsätzlich vom Einzelfall ab.⁷⁶³ Der Gesetzgeber hat damit den Tarifvertragsparteien einen Beurteilungsspielraum gestattet,⁷⁶⁴ der seinerseits der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.⁷⁶⁵

Es gibt jedoch viele Anhaltspunkte, denen man entnehmen kann, ob die nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gebildeten Spartenbetriebsräte der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats dienen oder nicht. Als Anhaltspunkte kommen die Errichtung eines entscheidungsträgen Repräsentationsorgans und eine räumliche Nähe von Repräsentationsorgan (Spartenbetriebsrat) und Belegschaft in Betracht. Auch wenn die neu gebildeten Repräsentationen eine klare Funktionsabgrenzung zwischen den Repräsentationsorganen bieten oder wenn sie möglichst umfassende Belegschaftsrepräsentationen und die effektive Ausübung der Beteiligungsrechte durch Freistellung und Spezialisierung gewährleisten, kann man von Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats sprechen.⁷⁶⁶

cc) Bildung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

§ 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist für die Bildung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen äußerst flexibel.⁷⁶⁷ Nach dieser Vorschrift sind die Tarifvertragsparteien befugt, andere Arbeitnehmervertretungen zu errichten, wenn diese Errichtung insbesondere wegen der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation oder wegen anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen eine wirksame und zweckmäßige Vertretung der Arbeitnehmerinteressen unterstützt.

⁷⁶⁰ BT-Drucks. 14/5741 S. 34.

⁷⁶¹ *Friese*, RdA 2003, 92, 100.

⁷⁶² *Gaul/Mückl*, NZA 2011, 657, 662.

⁷⁶³ *Friese*, RdA 2003, 92, 97.

⁷⁶⁴ BAG, v. 13.03.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738, 742.

⁷⁶⁵ *Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, 2017, S. 60.

⁷⁶⁶ *Teusch*, NZA 2007, 124, 127.

⁷⁶⁷ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 225.

Diese Abweichungsmöglichkeit wurde mit den besonderen Schwierigkeiten begründet, die mit solchen Organisationsformen verbunden sind.⁷⁶⁸ „Derartige Regelungen können insbesondere in einem Konzernverbund sinnvoll sein. So sollen die Tarifvertragsparteien z. B. in der Lage sein, für einen mittelständischen Konzern mit wenigen kleinen Konzernunternehmen statt einer dreistufigen eine zwei- oder gar nur einstufige Interessenvertretung vorzusehen oder in einem Gleichordnungskonzern einen Konzernbetriebsrat zu errichten. Es können aber auch Arbeitnehmervertretungsstrukturen entlang der Produktionskette (just in time) oder für andere moderne Erscheinungsformen von Produktion, Dienstleistung und Zusammenarbeit von Unternehmen wie fraktale Fabrik und shop in shop geschaffen werden“.⁷⁶⁹ „Darüber hinaus hat die Regelung den Sinn, den Tarifvertragsparteien zu ermöglichen, auf zukünftige neue Entwicklungen von Unternehmensstrukturen in Produktion und Dienstleistung angemessen zu reagieren und entsprechende Arbeitnehmervertretungssysteme errichten zu können, ohne dabei auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers angewiesen zu sein“.⁷⁷⁰

Die große Flexibilität zur Bildung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen führte in der Literatur zur Vertretung der Meinung, dass der Gesetzgeber in § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG eine Generalklausel⁷⁷¹ und einen uneingeschränkten Tatbestand⁷⁷² schaffen wollte, weil er es den Tarifvertragsparteien über die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BetrVG speziellen Fälle hinaus ermöglicht hat, einen umfassenden Zugriff auf die betriebsverfassungsrechtliche Repräsentationseinheit der Arbeitnehmer zu erhalten.⁷⁷³ Die Vertreter dieser Auffassung gehen auch davon aus, dass der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG für einen uneingeschränkten Tatbestand spricht, weil durch „insbesondere“ nur zu verstehen ist, dass es sich bei den in der Norm genannten Fällen um Beispiele handelt.⁷⁷⁴

Gegen Generalklausel sprechen jedoch viele Anhaltspunkte. Nach § 3 Abs. 5 BetrVG gelten die nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG geschaffenen betriebsverfassungsrechtlichen Repräsentationseinheiten als Betriebe im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Das bedeutet, dass alle Regelungen, die die betriebsverfassungsrechtlichen inneren Repräsentationseinheiten organisieren, nicht

⁷⁶⁸ BT-Drucks. 14/5741 S. 34.

⁷⁶⁹ BT-Drucks. 14/5741 S. 34.

⁷⁷⁰ BT-Drucks. 14/5741 S. 34.

⁷⁷¹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 3 BetrVG Rn. 37; *Fitting* § 3 BetrVG Rn. 47; *Richardi*, NZA 2014, 232, 234.

⁷⁷² *Rieble*, RWS-Forum 2002, 25, 38.

⁷⁷³ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 3 BetrVG Rn. 37; *Richardi*, NZA 2014, 232, 234.

zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehen. Die Tarifvertragsparteien können durch Tarifvertrag somit nicht die Angelegenheiten über die Rechte und Pflichten der in diesen Repräsentationseinheiten gebildeten Betriebsräte oder über deren Zusammensetzung regeln. Die allgemeinen Betriebsverfassungsvorschriften finden also trotz § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG weiter Anwendung.⁷⁷⁵

Außerdem beschränkt sich die Gestaltungsbefugnis nach der Wortauslegung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nur auf die in dieser Norm genannten Fälle. Das heißt nur auf die Fälle, die die Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation, oder die anderen Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen betreffen. Der Verwendung des Worts „insbesondere“ wird zwar entnommen, dass § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die Organisationsformen nicht abschließend beschrieben hat,⁷⁷⁶ aber die nicht beschriebenen Formen müssen mit den in § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG genannten Formen gleichgestellt sein.⁷⁷⁷ Weiterhin lässt sich durch den Wortlaut „aufgrund“ feststellen, dass zwischen der Bildung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen und „der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation“ oder anderen „Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen“ ein Zusammenhang vorliegen muss.⁷⁷⁸

Die bewusst offene Formulierung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bezweckt zwar, durch die Errichtung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen umfassende neue Organisationsformen zu ermöglichen.⁷⁷⁹ Dies ist aber für die Bezeichnung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG als Generalklausel nicht gerechtfertigt, da in diesem Fall die Regelungen in § 3 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BetrVG sinnlos wären.⁷⁸⁰

Letztendlich müssen die aufgrund der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation oder aufgrund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen neu geschaffenen Arbeitnehmervertretungsstrukturen einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dienen. Für die Beurteilung, ob die von den Tarifvertragsparteien geschaffenen Arbeitnehmervertretungsstrukturen die Interessenvertretung der Arbeitnehmer wirksam und zweckmä-

⁷⁷⁴ Rieble, RWS-Forum 2002, 25, 38.

⁷⁷⁵ Annuß, NZA 2002, 290, 292.

⁷⁷⁶ BAG, v. 13.03.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738, 742; *Fitting* § 3 BetrVG Rn. 49; *Kania/Klemm*, RdA 2006, 22, 23; *Gaul/Mückl*, NZA 2011, 657, 663.

⁷⁷⁷ BAG, v. 13.03.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738, 742.

⁷⁷⁸ BAG, v. 13.03.2013 – 7 ABR 70/11, NZA 2013, 738, 742.

⁷⁷⁹ *Gaul/Mückl*, NZA 2011, 657, 662; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 226.

⁷⁸⁰ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 226.

ßig berücksichtigt haben oder nicht, kann man sich auf die gleichen Beurteilungskriterien für die Dienlichkeit der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats bei der Bildung der Spartenbetriebsräte nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG berufen.⁷⁸¹ Sicher ist jedoch, dass der verfolgte Zweck nicht vorliegt, wenn die neue Strukturierung der Arbeitnehmervertretungen zur Errichtung betriebsratsunfähiger Organisationseinheiten führte.⁷⁸²

In der Literatur wurde § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dahingehend kritisiert, dass die Tarifvertragsparteien durch § 3 BetrVG nur die Möglichkeit haben sollen, innerhalb der bestehenden Arbeitnehmervertretungen ein besseres Vertretungsmodell auf betrieblicher Ebene zu schaffen und nicht für die nicht existente Belegschaft eine neue Repräsentationseinheit zu kreieren, weil die Arbeitgeber in diesem Fall zum „Zwangsverband“ gehen werden müssten, um mit der neuen Repräsentationseinheit zusammen handeln zu können. Die Schaffung neuer Repräsentationseinheiten, die den Zwangszusammenschluss von Arbeitgebern bedeuten würden, ist vom Anwendungsbereich des § 3 BetrVG nicht abgedeckt. Somit ist der Tarifvertrag über andere Arbeitnehmervertreterstrukturen i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nur wirksam, wenn die neu errichtete Repräsentationsstruktur, wie der Zweck des BetrVG es erfordert, für die „bestehenden“ Arbeitnehmer besser als das gesetzliche Vertretungsmodell ist.⁷⁸³ Dieser Auffassung kann aber nicht zugestimmt werden. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist nicht über den Zweck des Gesetzes hinausgegangen, nämlich „das Betriebsverfassungsgesetz zu modernisieren und Arbeitgebern und Betriebsräten eine tragfähige Grundlage für die zukünftige Zusammenarbeit zu geben“.⁷⁸⁴ Für die Optimierung der Betriebsverfassung verlangt das Betriebsverfassungsgesetz keine bestimmte Art. Somit kann die Optimierung der Betriebsverfassung nicht nur durch die Schaffung von Vertretungsmodellen, die besser als das gesetzliche bestehende Modell sind, erfolgen, sondern auch, wenn durch die Tarifvertragsparteien neue, nicht existente Repräsentationseinheiten errichtet wurden. Das heißt aber nicht, dass die Arbeitgeber gegenüber der neuen Repräsentationseinheit zwingend zusammenlegen müssen, da bei der Bildung anderer Arbeitnehmervertretungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG die organisatorische und kooperative Hinsicht auf Arbeitgeberseite berücksichtigt wird. Somit können die Tarifvertragsparteien eine neue Repräsentationseinheit nur dann bilden, wenn die Arbeitgeber mit der tariflichen Repräsentationseinheit zusammenarbeiten können und dazu bereit sind.

⁷⁸¹ Sehe oben S. 134, 135.

⁷⁸² *Richardi*, NZA 2014, 232, 234.

⁷⁸³ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tariftmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 228, 229.

⁷⁸⁴ BT-Drucks. 14/5741 S. 25.

dd) Bildung zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Gremien und Vertretungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG

Anders als § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG erfasst die Tarifvertragsparteienbefugnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG die Bildung zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Gremien (Arbeitsgemeinschaften) und Arbeitnehmervertretungen. Aus dem Wortlaut „zusätzliche“ ergibt sich, dass die gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Gremien und Vertretungen nicht an die Stelle der gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen treten, sondern neben den gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen stehen und mit diesen zusammenarbeiten.⁷⁸⁵ Sie werden zwar nicht als Mitbestimmungsorgane betrachtet,⁷⁸⁶ für ihre Schaffung müssen aber Mitbestimmungsorgane bestehen, da sie ihre Aufgaben nur beim Bestehen der Mitbestimmungsorgane erfüllen können.⁷⁸⁷

§ 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG verfolgen verschiedene Zwecke. § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG setzt für die Bildung zusätzlicher betriebsverfassungsrechtlicher Gremien (Arbeitsgemeinschaften) voraus, dass diese Bildung die unternehmensübergreifende Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen fördert. Die gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen sind zwar Betriebsräte, Gesamtbetriebsräte, Konzernbetriebsräte und auch die aufgrund § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG gebildeten Vertretungen; aus der „unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen“ folgert man aber, dass sich die Schaffung der Arbeitsgemeinschaften nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG nur auf mehrere Unternehmen mit mehreren Arbeitnehmervertretungen beschränkt.⁷⁸⁸ Die Dienlichkeit der Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen erfordert nicht, dass der Gesetzgeber die Ausübung der Mitbestimmungsrechte zu den Arbeitsgemeinschaften verlagert. Es ist nur ausreichend, wenn die Arbeitnehmervertretungen durch die Arbeitsgemeinschaften ihre Erfahrungen mit den Problemen und ihren Lösungen ausgetauscht haben.⁷⁸⁹ § 3 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG bezweckt durch die Bildung der zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungen der Arbeitnehmer hingegen, die Zusammenarbeit zwischen dem Betriebsrat und den Arbeitnehmern zu erleichtern. Ursache für das Bedürfnis solcher Vertretungen ist, dass der Kontakt zwi-

⁷⁸⁵ *Fitting* § 3 BetrVG Rn. 53, 58; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 229.

⁷⁸⁶ *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 3 BetrVG Rn. 46; *Fitting* § 3 BetrVG Rn. 53, 58; *Düwell*, Betriebsverfassungsgesetz/*Kloppenburger*, § 3 BetrVG Rn. 63.

⁷⁸⁷ *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 3 BetrVG Rn. 54; *Düwell*, Betriebsverfassungsgesetz/*Kloppenburger*, § 3 BetrVG Rn. 67.

⁷⁸⁸ *Teusch*, NZA 2007, 124, 128.

⁷⁸⁹ *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Richardi/Maschmann*, § 3 BetrVG Rn. 47; *Düwell*, Betriebsverfassungsgesetz/*Kloppenburger*, § 3 Rn. 64.

schen dem Betriebsrat und den Arbeitnehmern aus räumlichen,⁷⁹⁰ organisatorischen⁷⁹¹ oder Gründen der Sprachstörung⁷⁹² schwierig sein könnte. Die zusätzlichen Arbeitnehmervertretungen sind dazu da, die Kommunikation zu verbessern.⁷⁹³

Es muss am Ende beachtet werden, dass § 3 Abs. 5 BetrVG im Unterschied zu § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG auf die gebildeten zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Gremien und Vertretungen keine Anwendung findet, was bedeutet, dass die Betriebsverfassungsvorschriften auch keine Anwendung finden und alle Rechte und Pflichten der Mitglieder dieser Gremien und Vertretungen durch Tarifvertrag geregelt werden müssen.⁷⁹⁴

3. Tarifverträge nach § 117 Abs. 2 BetrVG

Eine weitere Stelle, durch die der Tarifvertrag die Betriebsverfassung organisieren kann, stellt § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG dar. Der Gesetzgeber ermöglicht es nach § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG den Tarifvertragsparteien, besondere Vertretungen für die im Flugbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu errichten. Es waren die im Flugbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer vom Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes bereits ausgenommen, da es für diese Arbeitnehmer wegen der nicht-ortsgebundenen Tätigkeit schwierig ist, eine Arbeitnehmervertretung zu bilden.⁷⁹⁵ Diese Ausnahme war zwar verfassungskonform, jedoch stieß sie auf europarechtliche Bedenken bezüglich ihrer Vereinbarkeit mit der RL 2002/14/EG.⁷⁹⁶ Daher wurde am 01.05.2019 § 117 Abs. 1 BetrVG mit Satz 2 ergänzt. Danach muss das Betriebsverfassungsgesetz auch auf die im Flugbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer Anwendung finden. Seitdem muss für das Flugpersonal ein Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz gewählt werden, wenn der Tarifvertrag auf ihre Befugnis zur Errichtung einer Arbeitnehmervertretung verzichtet hat.⁷⁹⁷

Die im Flugbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer, für die der Tarifvertrag eine Vertretung bilden kann, umfassen alle Personen, die unmittelbar eine Beförderungstätigkeit ausüben. Dazu gehören sowohl die Personen, die das Flugzeug führen oder daran mitwirken (Piloten, Co-Piloten, Flug-

⁷⁹⁰ *Fitting* § 3 BetrVG Rn. 61; *Teusch*, NZA 2007, 124, 128.

⁷⁹¹ *Teusch*, NZA 2007, 124, 128.

⁷⁹² *Fitting* § 3 BetrVG Rn. 61; *Pütz*, *Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung*, 2020, S. 120.

⁷⁹³ *Pütz*, *Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung*, 2020, S. 120.

⁷⁹⁴ *Fitting* § 3 BetrVG Rn. 64; *Teusch*, NZA 2007, 124, 128.

⁷⁹⁵ *ErfK/Kania*, § 117 BetrVG Rn. 1.

⁷⁹⁶ *ErfK/Kania*, § 117 BetrVG Rn. 1.

⁷⁹⁷ *ErfK/Kania*, § 117 BetrVG Rn. 1.

ingenieure, Navigatoren) als auch die Personen, die die Personen und die Güter während der Beförderungstätigkeit betreuen (Stewards und Stewardessen).⁷⁹⁸

Für den Abschluss eines Tarifvertrags nach § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG ist nur Voraussetzung, dass die Gewerkschaft tariffähig und tarifzuständig ist, daher besteht auch, wie bei den Organisationstarifverträgen nach § 3 Abs. 1 BetrVG die Möglichkeit, dass mehrere Gewerkschaften ihre Zuständigkeit zur Errichtung der Vertretungen oder zur Regelung der Zusammenarbeit zwischen den Vertretungen und dem gesetzlichen Betriebsrat der Landbetriebe des Luftfahrtunternehmens beanspruchen, wenn sie alle tarifzuständig sind.⁷⁹⁹ Es muss aber beachtet werden, dass, obwohl die theoretische Möglichkeit einer Kollision zwischen den Tarifverträgen über die betriebliche Interessenvertretung im Flugbetrieb besteht, diese in der Praxis nur selten und sogar gar nicht entsteht, „da die Berufsgruppen jeweils nur durch eine Einzelgewerkschaft vertreten werden“.⁸⁰⁰ Daher hat der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG im Anwendungsbereich des § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG nur geringe praktische Bedeutung.⁸⁰¹

4. Auflösung der Tarifikollision von Organisationstarifverträgen nach § 3 Abs. 1 BetrVG im Betrieb

Wie bereits angesprochen, bringt das Wiederaufleben des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG ein betriebsverfassungsrechtliches Problem in Bezug auf die Organisation der Betriebsverfassung mit sich, weil der Tarifvertrag ein maßgebliches Regelungsinstrument zu dieser Organisation ist.

§ 3 BetrVG hat die Parteien des Organisationstarifvertrags nicht enthüllt, deswegen ist die allgemeine Regel des § 2 Abs. 1 TVG anzuwenden,⁸⁰² was bedeutet, dass auf Arbeitnehmerseite jede tarifzuständige Gewerkschaft zum Abschluss eines Organisationsvertrags berechtigt ist. Voraussetzung dafür ist nur, dass die Gewerkschaft für alle Betriebe und Unternehmen tarifzuständig ist, die im Geltungsbereich des Tarifvertrags liegen.⁸⁰³ Dies könnte zum Entstehen eines Problems führen, dahingehend, dass der Arbeitgeber oder der Arbeitgeberverband mit mehreren Gewerkschaften mehrere Organisationstarifverträge mit unterschiedlichen Inhalten abschließen kann. Es

⁷⁹⁸ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifeinheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 257.

⁷⁹⁹ *Düwell*, Betriebsverfassungsgesetz/*Kloppenborg*, § 117 BetrVG Rn. 4.

⁸⁰⁰ *MHdB ArbR/Vogt*, § 309 Seeschifffahrt und Luftfahrt Rn. 51.

⁸⁰¹ *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz/*Forst*, § 117 BetrVG Rn. 25.

⁸⁰² *Schipper*, Betriebliche Mitbestimmung im Industriepark, 2009, S. 84.

stellt sich beim Vorliegen dieser Pluralität somit die Frage, für welchen Tarifvertrag, der eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung über die Arbeitnehmervertretungsstrukturen schaffen kann, sich § 4a TVG entschieden hat.

Wenn bei Freigabe der Tarifpluralität hinnehmbar ist, dass mehrere Tarifverträge nebeneinander bestehen können, muss anders als beim Bestehen mehrerer Organisationstarifverträge nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommen, da diese Tarifverträge betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen enthalten, die nach § 3 Abs. 2 TVG für die Arbeitnehmer im Betrieb nur einheitlich angewendet werden müssen, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist. So erscheint es, dass die Pluralität der Organisationstarifverträge sowohl bei der Freigabe der Tarifpluralität als auch bei der Tarifeinheit einen allein organisierten Tarifvertrag erfordert. Vor dem Darstellen des Lösungsansatzes für dieses Problem in der Herrschaft des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG wäre es daher sinnvoll, auf die bisherigen Lösungsvorschläge einzugehen, um einen umfassenden Überblick zu bekommen.

a) Keine unbewusste Regelungslücke im TVG

Es bestand in der Literatur die Meinung, dass der Gesetzgeber beim Erlass des § 3 Abs. 1 BetrVG nicht berücksichtigt hat, dass die Organisationstarifverträge von mehreren tarifzuständigen Gewerkschaften abgeschlossen werden könnten und somit die Möglichkeit der Anwendung zweier Organisationstarifverträge mit unterschiedlichen Regelungsinhalten im Betrieb besteht.⁸⁰⁴ Dieser Auffassung nach besteht also eine unbewusste Regelungslücke, weil der Gesetzgeber das Verfahren, wie das Verhältnis konkurrierender Tarifverträge im Rahmen des § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG aufgelöst wird, nicht geregelt hat.⁸⁰⁵

Das TVG enthält jedoch keine unbewusste Regelungslücke. Vielmehr führt dessen Normprogramm zur Konkurrenz zwischen den Tarifverträgen, da es erfordert, dass das Prinzip der Tarifeinheit im Arbeitsverhältnis sich in Bezug auf die betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen auf alle Arbeitsverhältnisse im Betrieb erstreckt, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist.⁸⁰⁶ Der Gesetzgeber hat sich somit bewusst entschieden, diese Frage im TVG nicht zu regeln,

⁸⁰³ *Teusch*, NZA 2007, 124, 129; *Schipper*, Betriebliche Mitbestimmung im Industriepark, 2009, S. 84, 85.

⁸⁰⁴ LAG Köln, v. 30.01.2008 – 8 TaBV 78/06, BeckRS 2008, 53301; LAG Nürnberg, v. 21.02.2008 – 5 TaBV 14/07, BeckRS 2008, 52368; *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 94.

⁸⁰⁵ LAG Nürnberg, v. 21.02.2008 – 5 TaBV 14/07, BeckRS 2008, 52368.

⁸⁰⁶ *Oetker*, NZA-Beil. 2010, 13, 16.

sondern den Arbeitsgerichten die Entscheidung zu überlassen, welcher Tarifvertrag bei der Konkurrenz der Organisationstarifverträge anzuwenden ist.⁸⁰⁷

b) Bisherige Lösungsvorschläge

„Das Konkurrenzproblem“ war vor dem Inkrafttreten des Tarifeinheitsgesetzes § 4a TVG in 2015 nicht abschließend geklärt. Dabei waren die Fragen, wie die Kollision beim Bestehen mehrerer Organisationstarifverträge aufgelöst wird und ob nach Abschluss eines Organisationstarifvertrags immer noch für die Tarifvertragsparteien die Möglichkeit besteht, für denselben Betrieb einen anderen Tarifvertrag abzuschließen, offen.⁸⁰⁸

Da es sich bei der Kollision zwischen den Organisationstarifverträgen um eine Kollision zwischen betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen handelt, ging die Literatur davon aus, dass in Bezug auf die Organisation der Betriebsverfassung gar keine Tarifpluralität entstehen kann, sondern nur betriebsweite Tarifkonkurrenz, die nach dem Grundsatz der Tarifeinheit im Arbeitsverhältnis und nicht nach dem Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb aufgelöst werden muss.⁸⁰⁹ Andersfalls führte die Pluralität der Organisationstarifverträge zu betriebsverfassungsrechtlichen Unzuträglichkeiten,⁸¹⁰ die daraus resultieren, dass mehrere Tarifverträge mit unterschiedlichen Regelungsinhalten für eine vom Gesetz abweichende Betriebsstruktur bestehen können.

Es bestand somit Einigkeit,⁸¹¹ dass diese Pluralität zugunsten eines Tarifvertrags aufgelöst werden muss. Strittig war jedoch, welche Kriterien angewendet werden sollen. Grund dafür – wie bereits erwähnt – ist, dass das Tarifvertragsgesetz kein Vorrangprinzip zur Auflösung der betriebsweiten Tarifkonkurrenz enthält. Daher verfolgten Rechtsprechung und Literatur verschiedene Lösungsansätze.

⁸⁰⁷ Kort, Anm. zu BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7.

⁸⁰⁸ Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/Kloppenburger, § 3 BetrVG Rn. 24.

⁸⁰⁹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 61; Teusch, NZA 2007, 124, 129; Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 94, 95; Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 264.

⁸¹⁰ Meyer, NZA 2006, 1387, 1390, 1391.

⁸¹¹ LAG Köln, v. 30.01.2008 – 8 TaBV 78/06, BeckRS 2008, 53301; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 61; Schaub, ArbR-HdB/Treber, § 203 Rn. 7; Teusch, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, 2007, S. 176, 177; Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, 2011, S. 112.

aa) Mehrheitsprinzip

Der große Teil der Literatur vertritt die Meinung, dass beim Vorliegen einer Kollision zwischen Organisationstarifverträgen bzw. zwischen betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen das Mehrheitsprinzip angewendet werden muss.⁸¹² Somit kommt nur der Organisationstarifvertrag derjenigen Gewerkschaft zur Anwendung, die im Geltungsbereich des Tarifvertrags die größte Mitgliederzahl hat.⁸¹³ *Rieble* verlangt, dass das Mehrheitsprinzip nur innerhalb des Betriebs Anwendung findet, weil das Mehrheitsprinzip typischerweise betriebsbezogen ist. Konkurrieren also zwei Tarifverträge um Unternehmens- oder Konzernstrukturen, muss das Mehrheitsprinzip ausscheiden und die Regelung der Betriebsstruktur scheitern.⁸¹⁴ Da aber das Mehrheitsprinzip an den Geltungsbereich des Tarifvertrags geknüpft ist, der ein Betrieb, ein Unternehmen oder ein Konzern sein kann, muss nur der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft zur Anwendung kommen, die über die Mehrheit in diesen Einheiten verfügt.⁸¹⁵

Die Verwendung des Mehrheitsprinzips rief dahingehend Kritik hervor, dass man sich nicht auf die mitgliedschaftliche Legimitation durch Arbeitnehmer für die Geltung der betriebsverfassungsrechtlichen Tarifnormen nach § 3 Abs. 2 TVG berufen kann.⁸¹⁶ Die Problematik beim Mehrheitsprinzip ist auch, dass die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb nicht stabil sind. Was heute also als Mehrheitstarifvertrag betrachtet wird, kann in späterer Zeit zum Minderheitstarifvertrag werden. Es wird somit befürchtet, dass der ständige Wechsel des Organisationstarifvertrags zum Chaos im Betrieb führt.⁸¹⁷ Gegen das Mehrheitsprinzip argumentiert das BAG ferner, dass dieser Lösungsansatz nicht das geeignete Mittel ist, die Tarifkonkurrenz aufzulösen, weil die Auflösung

⁸¹² *Kort*, Anm. zu BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7; *Schaub*, ArbR-HdB/*Treber*, § 203 Rn. 7; *Rieble*, RWS-Forum 2002, 42; *Plander*, NZA 2002, 483, 486; *Dzida*, NZA 2010, 80, 82; *Willemssen/Mehrens*, NZA 2010, 1313, 1317; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 314; *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 101; *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 267.

⁸¹³ BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1428; *Kort*, Anm. zu BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7; *Plander*, NZA 2002, 483, 486.

⁸¹⁴ *Rieble*, RWS-Forum 2002, 42.

⁸¹⁵ *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 100; *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 268.

⁸¹⁶ LAG Hessen, v. 09.08.2007 – 9 TaBV 23/07, BeckRS 2008, 50307; *Annuß*, NZA 2002, 290, 293; *Teusch*, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, 2007, S. 180.

⁸¹⁷ *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 99.

der Tarifkonkurrenz zugunsten des Mehrheitstarifvertrags aufgrund des verfassungsrechtlichen Minderheitsschutzes zweifelhaft ist.⁸¹⁸

Die Kritiker führen noch ein Argument an, nämlich, dass das Mehrheitsprinzip gegen die verfassungsrechtlich garantierte Tarifaufonomie Art. 9 Abs. 3 GG verstößt,⁸¹⁹ indem es für die tarifzuständigen Minderheitsgewerkschaften den Zwang enthält, sich am Abschluss des Mehrheitstarifvertrags zu beteiligen bzw. der Mehrheitsgewerkschaft beizutreten. Gegen dieses Argument hat aber das BAG entschieden: „Dass ein nicht der vertragsschließenden Gewerkschaft angehörender Arbeitnehmer wegen eines Tarifvertrags nach § 3 BetrVG motiviert wird, der vertragsschließenden Koalition beizutreten, um als deren Mitglied auf den Abschluss der künftigen Tarifverträge Einfluss nehmen zu können, liegt fern. Die Bindung eines nicht- oder andersorganisierten Arbeitnehmers an einen betriebsverfassungsrechtlichen Tarifvertrag kann daher nicht als unzulässiger Druck in Richtung auf einen Koalitionsbeitritt qualifiziert werden.“⁸²⁰ Es muss zudem berücksichtigt werden, dass die Auflösung der Konkurrenz nach dem Mehrheitsprinzip keine Auswirkungen auf die geschützte Abschlussfreiheit der Minderheitsgewerkschaften nach Art. 9 Abs. 3 GG hat, weil den Minderheitsgewerkschaften nicht von vornherein verwehrt wird, einen Organisationstarifvertrag im Rahmen des § 3 Abs.1 Nr.1 bis 3 BetrVG abzuschließen.⁸²¹

Außerdem: Wenn beim Bestehen mehrerer Tarifverträge eingewendet werden kann, dass einer dieser Tarifverträge nicht zur Anwendung kommen kann und eine Wirkung für alle Arbeitsverhältnisse auslöst, muss bei betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG etwas anderes der Fall sein. Der Gesetzgeber fordert hier, dass diese Kollision für einen Tarifvertrag aufgelöst wird, dessen Rechtsnormen unabhängig von der Gewerkschaftszugehörigkeit für alle Arbeitnehmer Anwendung finden.⁸²² § 3 Abs. 2 TVG gilt hier also als gesetzliche Legitimationsgrundlage für die Ausdehnung der Wirkung des Mehrheitstarifvertrags auf die anders oder nicht organisierten Arbeitnehmer.

Für das Mehrheitsprinzip spricht auch, dass es sich bei Tarifverträgen nach § 3 BetrVG um die Organisation der Arbeitnehmervertretungen handelt; somit muss die mitgliedschaftliche Legimi-

⁸¹⁸ BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1430.

⁸¹⁹ LAG Hessen, v. 09.08.2007 – 9 TaBV 23/07, BeckRS 2008, 50307.

⁸²⁰ BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1426.

⁸²¹ BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1430.

⁸²² Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 267.

tation berücksichtigt werden.⁸²³ Darüber hinaus liegt die Anwendung des Mehrheitsprinzips im Interesse der Arbeitnehmer, da es den Demokratieaspekt berücksichtigt, indem nur der Tarifvertrag der mitgliedsstärksten Gewerkschaft für die gesamte Belegschaft zur Anwendung kommt.⁸²⁴ Auf diese demokratische Legimitation kann sich auch berufen werden, um zu rechtfertigen, dass die kleinen Gewerkschaften ihre Tarifverträge aufgrund des Mehrheitsprinzips nicht durchsetzen können.⁸²⁵

Weiterhin ist dieser Lösungsansatz mit dem Sinn und Zweck des § 3 Abs. 1 BetrVG vereinbar. Durch das Mehrheitsprinzip bleibt im tarifpluralen Betrieb die Möglichkeit bestehen, eine vom Gesetz abweichende Betriebsstruktur zu schaffen, die die Arbeitnehmerinteressen wahrnimmt, weil die Repräsentativität eine effiziente Vertretung der Arbeitnehmer sichern kann.⁸²⁶

Dass der Wechsel der Tarifverträge im Umfeld der Organisation der Betriebsverfassung zum Chaos führen kann, ist zwar richtig, jedoch kann dieses Problem dadurch überwunden werden, dass bis zum Ende der Amtszeit des Betriebsrats lediglich der Tarifvertrag zur Anwendung kommt, der zu der Zeit des Abschlusses des Organisationstarifvertrags die größte Arbeitnehmerzahl im Betrieb hat. Dazu kommt nur der Zeitpunkt des Abschlusses des zeitlich ersten Organisationstarifvertrags in Betracht, da nicht alle Abschlusszeitpunkte der konkurrierenden Tarifverträge berücksichtigt werden können.⁸²⁷

Letztendlich ist das Mehrheitsprinzip im Unterschied zu anderen Lösungsansätzen dem Gesetz nicht fremd, da es gesetzlich und zwar in § 7 Abs. 2 AEntG geregelt ist. Nach dieser Vorschrift kommt beim Bestehen mehrerer Tarifverträge in einer Branche mit zumindest teilweise demselben fachlichen Geltungsbereich der repräsentative Tarifvertrag zur Anwendung.⁸²⁸

⁸²³ Dzida, NZA 2010, 80, 82; Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 99.

⁸²⁴ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 267.

⁸²⁵ Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 310.

⁸²⁶ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 267.

⁸²⁷ Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 99, 100.

⁸²⁸ Kort, Anm. zu BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7; Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 267.

bb) Spezialitätsprinzip

Eine andere Meinung in der Literatur hält das Spezialitätsprinzip für eine geeignete Lösungsmöglichkeit für die Konkurrenz zwischen den Organisationstarifverträgen.⁸²⁹ Nach diesem Prinzip kommt es nur auf den Tarifvertrag an, welcher „dem Betrieb räumlich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebes und der dort tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht wird“.⁸³⁰ So kann der Firmentarifvertrag gegenüber dem Verbandstarifvertrag stets den Vorrang haben, da dieser Tarifvertrag die besonderen betrieblichen Bedürfnisse besser als der Verbandstarifvertrag berücksichtigen kann.⁸³¹ Diese Meinung wollte den vor dem Inkrafttreten von § 4a TVG angewendeten Lösungsansatz zur Auflösung der Tarifkonkurrenz von Inhaltsnormen auch für die Auflösung der Tarifkonkurrenz von betriebs- und betriebsverfassungsrechtlichen Normen anwenden.⁸³² Problematisch bei der Anwendung dieses Prinzips ist, wie mithilfe der allgemeinen Spezialitätskriterien von räumlicher, fachlicher, persönlicher und betrieblicher Nähe ermittelt werden kann, ob ein Organisationstarifvertrag gegenüber einem anderen Vorrang hat, wenn die beiden Organisationstarifverträge diese Kriterien erfüllen.⁸³³ Solch ein Fall ist nicht ausgeschlossen und kann eintreten, wenn die nach § 3 Abs.1 Nr. 1 bis 3 BetrVG abgeschlossenen Organisationstarifverträge Firmentarifverträge sind.⁸³⁴ Darüber hinaus findet das Spezialitätsprinzip seine Anwendung lediglich auf das Verhältnis von Regelungen des gleichen Normengebers, was bei der Kollision verschiedener Organisationstarifverträge von verschiedenen Tarifvertragsparteien nicht der Fall ist.⁸³⁵

Die betriebsverfassungsrechtlichen Kriterien (Entscheidungsträgenähe – umfassende Repräsentationsorganisation – räumliche Nähe zwischen der Arbeitnehmervertretung und der Belegschaft – klare Funktionsabgrenzung zwischen den Arbeitnehmervertretungen – Kontinuität der Betriebsratsarbeit – effektive Ausübung der Beteiligungsrechte) können bei der Ermittlung des spe-

⁸²⁹ LAG Hessen, v. 09.08.2007 – 9 TaBV 23/07, BeckRS 2008, 50307; LAG Köln, v. 30.01.2008 – 8 TaBV 78/06, BeckRS 2008, 53301; *Teusch*, NZA 2007, 124, 129; *Teusch*, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, 2007, S. 182, 183.

⁸³⁰ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 336.

⁸³¹ *Teusch*, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, 2007, S. 175.

⁸³² *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 307.

⁸³³ *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 97; *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 265.

⁸³⁴ *Kort*, Anm. zu BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7.

⁸³⁵ *Annuß*, NZA 2002, 290, 293; *Henneberger-Sudjana/Henneberger*, RdA 2016, 326, 333; *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 97; *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 265.

ziellen Tarifvertrags auch nicht weiterhelfen, da diese Kriterien als Wirksamkeitsvoraussetzung zum Abschluss der Organisationstarifverträge betrachtet werden, die von allen Organisationstarifverträgen erfüllt werden müssen.⁸³⁶

Die Anwendung des Spezialitätsprinzips zur Auflösung der Kollision zwischen den Organisationstarifverträgen nach § 3 Abs. 1 BetrVG kann daher wegen der Abwesenheit der Kriterien, anhand derer der spezielle Tarifvertrag bestimmt werden kann, nicht zu einem brauchbaren Ergebnis führen.⁸³⁷

cc) Prioritätsprinzip

Eine weitere Auffassung geht davon aus, dass die Konkurrenz im Bereich der Tarifverträge nach § 3 Abs. 1 BetrVG nach dem absoluten Prioritätsprinzip aufgelöst werden muss, wonach sich der zuerst abgeschlossene Organisationstarifvertrag durchsetzen und alle in seinem zeitlichen Geltungsbereich nachfolgenden Tarifverträge ausschließen muss.⁸³⁸ *Koch* vertritt zwar im Ansatz die gleiche Meinung, er spricht jedoch nicht von der Unwirksamkeit aller nachfolgenden Tarifverträge, sondern von der Unwirksamkeit des zuerst abgeschlossenen Organisationstarifvertrags durch die Ablösung von einem anderen (Ablösungsprinzip).⁸³⁹ Die Auffassung von *Koch* hat aber keine Zustimmung gefunden, da eine einmal rechtsgültig installierte Arbeitnehmervertretung nicht durch den Abschluss eines nachfolgenden Organisationstarifvertrags verdrängt werden kann.⁸⁴⁰ Das BAG meint auch, dass ein bereits abgeschlossener Organisationstarifvertrag nach § 3 BetrVG durch eine andere tarifzuständige Gewerkschaft ausscheidet, wenn diese Gewerkschaft seinen Abschluss geltend macht oder geltend gemacht könnte, ist methodisch nicht begründbar und kann ferner wegen der sich hieraus ergebenden praktischen Konsequenzen nicht überzeugen.⁸⁴¹ Es besteht weiterhin Missbrauchsgefahr durch die Gewerkschaften, die lediglich durch den Abschluss eines neuen Organisationstarifvertrags den bereits bestehenden Organisationstarifvertrag unwirksam machen könnten und zwar ohne die Zweckdienlichkeit ihres eigenen

⁸³⁶ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifr Mehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 273, 274.

⁸³⁷ *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 97; *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifr Mehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 274; *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 265.

⁸³⁸ BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1428; Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/*Kloppenburger*, § 3 BetrVG Rn. 24.

⁸³⁹ ErfK/*Koch*, § 3 BetrVG Rn. 2a.

⁸⁴⁰ Schaub ArbR-HdB/*Koch*, § 216 Rn. 6; *Franzen*, RdA 2008, 193, 199.

⁸⁴¹ BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1428.

Tarifvertrages nachzuweisen, da der Tarifvertrag unwirksam wäre.⁸⁴² Dieser Lösungsvorschlag führt zudem zu unfairen Ergebnissen, indem es nur dem Arbeitgeber das Wahlrecht einräumt, wann und mit welcher Gewerkschaft ein Organisationstarifvertrag abgeschlossen werden muss.⁸⁴³ Gegen das Ablösungsprinzip kann auch, wie beim Spezialitätsprinzip, eingewendet werden, dass das Ablösungsprinzip nur auf den Tarifvertrag derselben und nicht von unterschiedlichen Tarifvertragsparteien Anwendung findet.

Eine weitere Auffassung schlägt das modifizierte Prioritätsprinzip vor.⁸⁴⁴ Nach diesem soll sich zwar nur der zuerst abgeschlossene Organisationstarifvertrag durchsetzen; zuvor müssen aber die vom Arbeitgeber bzw. der Gewerkschaft geplanten Verhandlungen über den Abschluss eines Organisationstarifvertrags nach § 3 Abs. 1 BetrVG bekanntgegeben werden. Hat eine Gewerkschaft Interesse gezeigt und ihre Zuständigkeit geltend gemacht, kann der Tarifvertrag nur unter ihrer Einbeziehung abgeschlossen werden. Hat aber keine Gewerkschaft ihre Zuständigkeit reklamiert, kann der Arbeitgeber den Organisationstarifvertrag nur mit einer Gewerkschaft abschließen.⁸⁴⁵ Nach Abschluss des Tarifvertrags kann ein späterer Tarifvertrag mit einer anderen Gewerkschaft nicht zur Anwendung kommen. Es gilt also bis zum Ende der Amtszeit des Betriebsrats das Prioritätsprinzip.⁸⁴⁶ Die Nichtbekanntgabe der Verhandlungen führt zur Unwirksamkeit des Tarifvertrags, da „er wegen Zulassung von schwer auflösbaren Tarifkonkurrenzen nicht der zweckmäßigen Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen dient“.⁸⁴⁷

Gegen das modifizierte Prioritätsprinzip führen jedoch die Gegner viele Argumente an. Der Zwang der Tarifvertragsparteien, die Verhandlungen bekanntzugeben und die konkurrierenden Gewerkschaften zu reklamieren kann rechtlich nicht begründet werden.⁸⁴⁸ Außerdem führt die Anwendung des Prioritätsprinzips zu einer „Zwangstarifgemeinschaft“, die sich mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbaren lässt, weil die Tarifvertragsfreiheit auch die Willensfreiheit der Gewerkschaften einschließt, sich in einer Tarifgemeinschaft zusammenzuschließen.⁸⁴⁹ Zudem, „wenn eine zeitlich vorausgehende Betriebsersetzung durch Tarifvertrag es verhindern

⁸⁴² *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifröhrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 275.

⁸⁴³ *Kuzbida*, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 266.

⁸⁴⁴ *Franzen*, RdA 2008, 193, 199.

⁸⁴⁵ BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1428.

⁸⁴⁶ *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 97.

⁸⁴⁷ *Franzen*, RdA 2008, 193, 199.

⁸⁴⁸ *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 98.

würde, dass eine Gewerkschaft auch nur den Versuch unternehmen könnte, eine andere inhaltliche Ausgestaltung zu erreichen“, wäre dies ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG.⁸⁵⁰

Das modifizierte Prioritätsprinzip ist ferner gesetzlich nicht begründbar. Denn § 3 BetrVG kann man nicht entnehmen, dass ein Organisationstarifvertrag beim Bestehen mehrerer zuständigen Gewerkschaften lediglich mit den Gewerkschaften einheitlich abgeschlossen werden kann.⁸⁵¹ Auch der Wortlaut des § 3 BetrVG spricht nicht von einer eingeschränkten Abschlussfreiheit für einen Tarifvertrag nach § 3 BetrVG.⁸⁵² Solch eine eingeschränkte Abschlussfreiheit verstößt sowohl gegen Gerechtigkeits- als auch Gleichbehandlungsüberlegungen sowie gegen Art. 9 Abs. 3 GG.⁸⁵³

dd) Unwirksamkeit aller konkurrierenden Tarifverträge

Eine weitere Auffassung hält sämtliche sich widersprechende Organisationstarifverträge im Rahmen § 3 Abs. 1 BetrVG für unwirksam. Es kommt also bei der Konkurrenz mehrerer tarifzuständiger Gewerkschaften im Bereich § 3 Abs. 1 BetrVG kein Organisationstarifvertrag zur Anwendung.⁸⁵⁴ Diese Auffassung wird damit begründet, dass jeder Lösungsansatz auf das Gesetz abgestellt werden muss. Der Gesetzgeber hat jedoch zur Auflösung dieser Konkurrenz weder selbst eine Entscheidung getroffen noch einem Dritten übertragen.⁸⁵⁵ Das BAG hat dieser Auffassung zugestimmt und ist davon ausgegangen, „dass nach der gesetzlichen Regelung in dem Fall, dass mehrere Gewerkschaften ihre Zuständigkeit für den Abschluss eines Tarifvertrages nach § 3 Abs. 1 BetrVG in Anspruch nehmen, der Tarifvertrag nur unter Einbeziehung aller die Zuständigkeit beanspruchenden Gewerkschaften einheitlich abgeschlossen werden kann. Bestehen mehrere Tarifverträge, ist davon auszugehen, dass bei Normenkonkurrenz alle einander widersprechenden Regelungen unwirksam sind. Nur so lassen sich die mit der Funktion des § 3 Abs. 1 BetrVG unvereinbaren, nicht befriedigend lösbaren Tarifkonkurrenzprobleme vermeiden“. ⁸⁵⁶

⁸⁴⁹ LAG Hessen, v. 09.08.2007 – 9 TaBV 23/07, BeckRS 2008, 50307; LAG Köln, v. 30.01.2008 – 8 TaBV 78/06, BeckRS 2008, 53301.

⁸⁵⁰ LAG Nürnberg, v. 21.02.2008 – 5 TaBV 14/07, BeckRS 2008, 52368.

⁸⁵¹ *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 98.

⁸⁵² BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424, 1428.

⁸⁵³ *Kort*, Anm. zu BAG, v. 29.07.2009 – 7 ABR 27/08, AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 7.

⁸⁵⁴ *Annuß*, NZA 2002, 290, 293.

⁸⁵⁵ *Annuß*, NZA 2002, 290, 293.

⁸⁵⁶ LAG Nürnberg, v. 21.02.2008 – 5 TaBV 14/07, BeckRS 2008, 52368.

Dieser Auffassung ist jedoch nicht zu folgen. Eine solche Auffassung könnte negative Konsequenzen für die Organisation der Betriebsverfassung haben, da sie zur Verhinderung der Optimierung der Betriebsverfassung führt, weil jeder Versuch der Gewerkschaft zur Neuorganisation der Betriebsstruktur auf die Unwirksamkeit des Tarifvertrags trifft, wenn dieser Tarifvertrag mit dem früheren Tarifvertrag kollidiert. Außerdem ist sie mit der Intention des Gesetzgebers nicht vereinbar. Nach § 3 Abs. 1 BetrVG soll es jedem Tarifvertrag, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, ermöglicht werden, eine abweichende Arbeitnehmervertretungsstruktur zu schaffen. Die Meinung, dass die Kollision der Organisationstarifverträge zur Unwirksamkeit aller konkurrierenden Tarifverträge führt, geht somit über den vom § 3 Abs. 1 BetrVG verfolgten Zweck hinaus.⁸⁵⁷ Diese Auffassung führt ferner zu gesetzwidrigen Ergebnissen, weil dieser Auffassung nach auch Tarifverträge mit Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen bei der Tarifkonkurrenz unwirksam sein müssen, obwohl § 3 Abs. 2 TVG beim Vorliegen mehrerer Tarifverträge mit Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen nicht von der Unwirksamkeit dieser Normen spricht, sondern nur von ihrer einheitlichen Anwendung im Betrieb.

ee) Kombinationsprinzip

*Schneider*⁸⁵⁸ ist der Meinung, dass die Wahrheit irgendwo zwischen den oben vorgeschlagenen Lösungsansätzen liegt. Daher hat er aus dem modifizierten Prioritäts- und modifizierten Mehrheitsprinzip ein Kombinationsprinzip entwickelt, wonach der zuerst abgeschlossene Organisationstarifvertrag zur Anwendung kommen soll, wenn es sich um den Tarifvertrag einer Gewerkschaft handelt, die über einen gewissen Organisationsgrad in der betroffenen Organisationseinheit verfügt. Dieser Tarifvertrag soll mindesten für ein Jahr der üblichen Amtszeit des Betriebsrats gelten; erst danach kann dieser Tarifvertrag durch den Mehrheitstarifvertrag abgelöst werden. Nach Ansicht von *Schneider* kann man sich durch diese Kombination aus dem modifizierten Prioritäts- und modifizierten Mehrheitsprinzip von den Vorteilen dieser Prinzipien profitieren und die Nachteile verringern, indem es den Schutz des Grundsatzes der Amtskontinuität und die Rechtssicherheit im Betrieb sichert.

⁸⁵⁷ Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 266.

⁸⁵⁸ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 284 ff.

c) **Lösungsansatz nach § 4a TVG**

Der Gesetzgeber ist durch das Tarifeinheitsgesetz 2015 auf die bisherige umstrittene Frage eingegangen, wie die Kollision aufgelöst wird, wenn der Arbeitgeber im tarifpluralen Betrieb Organisationstarifverträge gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG mit zwei oder mehreren tarifzuständigen Gewerkschaften und mit unterschiedlichen Regelungsinhalten abgeschlossen hat. Mit dem Inkrafttreten des Tarifeinheitsgesetzes am 3.7.2015 hat der Gesetzgeber den Streit beigelegt, indem er sich zur Auflösung einer Konkurrenz zweier Betriebsstrukturtarifverträge für das Mehrheitsprinzip entschieden hat. Nach § 4a Abs. 3 TVG gilt „für Rechtsnormen eines Tarifvertrags über eine betriebsverfassungsrechtliche Frage nach § 3 Absatz 1 und § 117 Absatz 2 des Betriebsverfassungsgesetzes (...) Absatz 2 Satz 2 nur, wenn diese betriebsverfassungsrechtliche Frage bereits durch Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft geregelt ist“. Der Gesetzgeber hat somit den Lösungsansatz für die Tarifverträge mit Inhaltsnormen auf die Tarifverträge über die Organisation der Betriebsverfassung übertragen. Es sind daher bei der Kollision zweier oder mehrerer Organisationstarifverträge gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG „im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat“. Der Organisationstarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft blockiert seinerseits somit jeden anderen Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft.⁸⁵⁹

Nach § 4a Abs. 3 TVG findet die Verdrängungswirkung für die tarifvertragliche Rechtsnorm über eine betriebsverfassungsrechtliche Frage nach § 3 Abs. 1 BetrVG nur Anwendung, soweit eine inhaltliche Überschneidung zwischen diesen Normen vorliegt.⁸⁶⁰ Die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG tritt in Bezug auf die Organisationstarifverträge gem. § 3 Abs. 1 BetrVG somit nur auf, wenn die konkurrierenden Tarifverträge die Bildung von Arbeitnehmervertretungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG tatsächlich geregelt haben. Eine bloße Überschneidung im Geltungsbereich der Tarifverträge ist nicht ausreichend.⁸⁶¹ Damit kann ein nachfolgender abgeschlossener Tarifvertrag über betriebsverfassungsrechtliche Fragen, der mit dem bestehenden Tarifvertrag bezüglich der Schaffung der Arbeitnehmervertretungen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 BetrVG nicht kollidiert, keine nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG aufzulösende Kollisionslage bewirken und

⁸⁵⁹ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 142.

⁸⁶⁰ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 134.

⁸⁶¹ ErfK/Koch, § 3 BetrVG Rn. 2a.

hat auf den zuvor geltenden Tarifvertrag keine Wirkung.⁸⁶² Der Minderheitstarifvertrag bleibt also als einziger in Geltung.⁸⁶³ Löwisch/Rieble kritisieren diese Weitergeltung von Minderheitstarifverträgen und führen an, dass dies nicht zum Grundanliegen einer tariflichen Alleinrepräsentation passt. Es „zwingt die jetzige Mehrheitsgewerkschaft – selbst wenn sie die gesetzliche Betriebsverfassung für sachgerecht hält – einen Tarifvertrag über diese Frage abzuschließen“. Danach fragen sie sich: „Wo bleiben hier Schutz-, Verteilungs-, Befriedungs- und Ordnungsfunktion? Wieso kann der Tarifvertrag einer Minderheitsgewerkschaft weiter gelten, obschon sie die Zustimmung der Arbeitnehmer im Betrieb verloren hat?“⁸⁶⁴ Die Weitergeltung wurde jedoch zu Recht mit dem Willen des Gesetzgebers begründet, die Kontinuität tarifvertraglich geschaffener betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungsstrukturen zu sichern.⁸⁶⁵

Mit dem Gedanken, dass eine inhaltliche Überschneidung zwischen den Organisationstarifverträgen vorliegen muss, um die Kollision nach § 4a Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 TVG aufzulösen, bestätigt der Gesetzgeber, dass es zu einer Kollision zwischen Organisationstarifverträgen im Bereich des § 3 Abs. 1 BetrVG kommen kann und diese nicht von vorneherein vermieden werden muss.⁸⁶⁶ Es wurde somit auf die früher vertretene Auffassung, dass es im Anwendungsbereich von § 3 Abs. 1 BetrVG gelte, Tarifkonkurrenz gar nicht erst entstehen zu lassen, sondern sie von vorneherein zu verhindern, verzichtet.⁸⁶⁷ Mit der Vertretung des Mehrheitsprinzips als Lösungsansatz der Tarifkonkurrenz im Bereich des § 3 Abs. 1 BetrVG durch § 4a Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 TVG lehnt der Gesetzgeber auch die Meinung⁸⁶⁸ ab, dass ein Organisationstarifvertrag nach § 3 Abs. 1 BetrVG nur unter Beteiligung aller im Betrieb tarifzuständigen Gewerkschaften abgeschlossen werden kann, um die mit der Funktion des § 3 Abs. 1 BetrVG unvereinbaren, nicht befriedigend lösbaren Tarifkonkurrenzprobleme zu vermeiden.

⁸⁶² ErfK/Koch, § 3 BetrVG Rn. 2a.

⁸⁶³ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 140.

⁸⁶⁴ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 140.

⁸⁶⁵ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 134, 135.

⁸⁶⁶ Fitting § 3 BetrVG Rn. 16a.

⁸⁶⁷ Fitting § 3 BetrVG Rn. 16c.

⁸⁶⁸ LAG Nürnberg, v. 21.02.2008 – 5 TaBV 14/07, BeckRS 2008, 52368.

**aa) Auswirkung der Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG auf die
zum Zeitpunkt der Tarifverdrängungswirkung bestehenden Arbeitnehmer-
vertretungen bzw. Arbeitnehmervertretungsstrukturen**

Wie am Anfang dieser Arbeit festgestellt, gab es Uneinigkeit darüber, ob die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG kraft des Gesetzes oder erst nach einem Beschlussverfahren nach § 99 Abs. 1 iVm § 2a Abs. 1 Nr. 6 ArbGG eintritt.⁸⁶⁹ Dieser Streit wurde jedoch mit dem Urteil des BVerfG im Jahr 2017⁸⁷⁰ beendet, indem das BVerfG sich dafür entschied, dass die Verdrängungswirkung nur kraft Gesetzes eintritt:

„Die Verdrängung ist danach nicht von einer Feststellung des ArbG nach § 99 ArbGG abhängig. Die Tarifvertragsparteien haben es demnach nicht in der Hand, die Verdrängungswirkung dadurch zu vermeiden, dass sie keinen Antrag nach § 99 ArbGG stellen. Eine gerichtliche Entscheidung dazu, welcher Tarifvertrag in einem Betrieb als von der Mehrheitsgewerkschaft geschlossen zur Anwendung kommt, kann vielmehr ohne Zutun der Tarifvertragsparteien im arbeitsrechtlichen Individualrechtsstreit erfolgen“.⁸⁷¹

Die Vertreter der Auffassung, dass die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG erst nach einem Beschlussverfahren nach § 99 Abs. 1 iVm § 2a Abs. 1 Nr. 6 ArbGG eintritt, haben das Prioritätsprinzip als Zwischenlösung bis zur Rechtskraft der Entscheidung angewendet. Somit kann aus Gründen der Rechtssicherheit während dieser Zeit nur der zuerst abgeschlossene Organisationstarifvertrag die Betriebsstruktur nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG bestimmen.⁸⁷² *Löwisch/Rieble* sind auch der Meinung, dass im Fall des § 3 Abs. 1 BetrVG der zeitlich erste Tarifvertrag den Betrieb als maßgebliche Kollisionseinheit festlegt. Sie gehen aber davon aus, dass das Hinausschieben der Verdrängungswirkung bis zur Rechtskraft eines Beschlusses nach § 99 BetrVG bedeutet, dass sich die konkurrierenden Tarifverträge ab der Sekunde der Tarifkollision „neutralisieren“ können.⁸⁷³ Es besteht also keine Möglichkeit, das Mehrheitsprinzip vor der Entscheidung des Gerichts anzuwenden, weil die Entscheidung des Gerichts Gestaltungswirkung hat.⁸⁷⁴ Diese Anwendung wäre auch mit § 4a Abs. 2 S. 2 TVG unvereinbar, denn § 4a Abs. 2 S. 2

⁸⁶⁹ Sehe oben S. 30, 31.

⁸⁷⁰ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71.

⁸⁷¹ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 132.

⁸⁷² *Fitting* § 3 BetrVG Rn. 16g; *ErfK/Koch*, § 3 BetrVG Rn. 2a; *Grambow*, DB Nr. 39 2018, 2367, 2370.

⁸⁷³ *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 145.

⁸⁷⁴ *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 347.

TVG findet nur Anwendung, wenn ein abschließender Tarifikollisionsfall vorliegt.⁸⁷⁵ Außerdem „kann es bei systematischer Rechtsanwendung kein zweites und »weicherer« Mehrheitsprinzip geben, das den Arbeitsgerichten vor und außerhalb des besonderen Tarifikollisionsverfahrens erlaubte, die Mehrheit zur Tarifgeltung »vorläufig« festzustellen“.⁸⁷⁶

Eine andere Auffassung,⁸⁷⁷ die besagt, dass die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 Hs. 1 TVG kraft des Gesetzes eintritt, führt dazu, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft, die im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat, sofort zur Anwendung kommen müssen.

Beide Auffassungen stellten sich die Frage über das Schicksal der zum Zeitpunkt der Tarifverdrängungswirkung bestehenden Arbeitsnehmersvertretung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG und zwar, ob die auf Grundlage des Minderheitstarifvertrags gebildeten Arbeitsnehmersvertretungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG bis zum Ende ihre Amtszeit weiter bestehen sollen und danach die durch den Mehrheitstarifvertrag geschaffenen Arbeitsnehmersvertretungen in Kraft treten können oder ob aufgrund der sofortigen Wirkung der Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ihre Amtszeit beendet werden muss und der Weg unverzüglich für die Arbeitsnehmersvertretungen des Mehrheitstarifvertrags freigemacht werden muss.⁸⁷⁸

Die Gesetzesbegründung hat diese Frage nicht beantwortet.⁸⁷⁹ In der Begründung stand nur, dass § 4a Abs. 3 TVG der Kontinuität tarifvertraglich geschaffener betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungsstrukturen dienen soll.⁸⁸⁰ Das Ende der Amtszeit des bisherigen Betriebsrats bzw. der Beginn der Amtszeit des neuen Betriebsrats richtet sich bei der Errichtung einer organisatorisch abweichenden Arbeitsnehmersvertretung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung nach § 3 Abs. 4 BetrVG.⁸⁸¹ Demgemäß finden die Neuregelungen für Unternehmens-, Filial- und Spartenbetriebsräte wie auch für andere Arbeitsnehmersvertretungsstrukturen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG erstmals bei der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl Anwendung.⁸⁸² Der Gesetzgeber

⁸⁷⁵ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 347.

⁸⁷⁶ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 347.

⁸⁷⁷ ErfK/Franzen, § 4a TVG Rn. 17; BeckOK ArbR/Giesen, § 4a TVG Rn. 21; Das neue Tarifeinheitsrecht/Bepler, Rn. 123.

⁸⁷⁸ Fitting § 3 BetrVG Rn. 16g.

⁸⁷⁹ Linsenmaier, RdA 2015, 369, 381.

⁸⁸⁰ BT-Drucks. 18/4062 S. 14.

⁸⁸¹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Thüsing, § 21 BetrVG Rn. 22.

⁸⁸² Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/Kloppenburger, § 3 BetrVG Rn. 84.

ging somit davon aus, „dass ein Tarifvertrag, der vom Betriebsverfassungsgesetz abweichende Strukturen enthalte, diese neuen Strukturen nicht während der laufenden Amtszeit, sondern nur mit einer beginnenden neuen Wahlperiode und Amtszeit, jedenfalls mit einer Neuwahl durchsetzen könne“.⁸⁸³ Dies ist jedoch nicht zwingend, da die Tarif- bzw. Betriebspartner frei vereinbaren können, ab welchem Zeitpunkt die neuen Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG erstmals anzuwenden sind.⁸⁸⁴ Bei der Bestimmung eines anderen Wahlzeitpunkts durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung endet die Amtszeit der bestehenden Betriebsräte nach § 3 Abs. 4 S. 2 BetrVG mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses.⁸⁸⁵

Weil die nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG gebildeten betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheiten als Betriebe i. S. d. BetrVG betrachtet werden, könnte es durch die Schaffung der neuen Strukturen zu einem vertretungslosen Zustand kommen. Um dies zu vermeiden, wird in § 3 Abs. 4 S. 1 BetrVG vorgeschrieben, dass in diesem Fall oder bei einer anstehenden vorzeitigen Neuwahl des Betriebsrats die neuen Vertretungsstrukturen auch vorzeitig anzuwenden sind.⁸⁸⁶

Der Lösungsansatz der Tarifkonkurrenz nach § 4a Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 TVG muss, basierend auf § 3 Abs. 4 BetrVG – nach der hier vertretenen Auffassung – keine sofortige Verdrängungswirkung zu Lasten eines anderen Organisationstarifvertrags auslösen. Aus § 4a Abs. 3 TVG ist nicht zu verstehen, dass nach jahrelanger Geltung ein Organisationstarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft im Konkurrenzfall zugunsten des Organisationstarifvertrags der Mehrheitsgewerkschaft sofort verdrängt wird und die Amtszeit der auf Grundlage des Minderheitstarifvertrags geschaffenen Arbeitnehmervertretung beendet wird.⁸⁸⁷ Der gesetzliche Lösungsansatz erfordert es nach Wortlaut des § 4a Abs. 3 TVG „bereits“ das zeitliche Prioritätsprinzip anzuwenden.⁸⁸⁸ Somit kann der Minderheitstarifvertrag nach der Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG für die Betriebsstruktur zuständig bleiben, wenn er zeitlich als erster geltender Organisationstarifvertrag gilt, was bedeutet, dass die auf Grundlage des Mehrheitstarifvertrags neu geschaffenen Arbeitnehmervertretungsstrukturen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG erstmals bei der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl Anwendung finden sollen. Die auf Grundlage des

⁸⁸³ LAG Düsseldorf, v. 20.12.2022 – 3 TaBV 31/22, BeckRS 2022, 46589.

⁸⁸⁴ *Salamon*, NZA 2009, 74, 76.

⁸⁸⁵ Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/*Kloppenburger*, § 3 BetrVG Rn. 86.

⁸⁸⁶ Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/*Düwell*, § 21 BetrVG Rn. 24.

⁸⁸⁷ Löwisch/Rieble/*Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 102.

⁸⁸⁸ Löwisch/Rieble/*Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 102.

Mehrheitstarifvertrags neuen Arbeitnehmervertretungsstrukturen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG könnten jedoch, und zwar unabhängig von der Kontinuität der Betriebsratsarbeit, vorzeitig Anwendung finden, wenn der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft zuerst abgeschlossen wurde.⁸⁸⁹ Es könnte aber behauptet werden, dass das zeitliche Prioritätsprinzip nicht hilfreich ist, wenn die kollidierenden Tarifverträge gleichzeitig abgeschlossen werden. Dies kann aber dadurch aufgelöst werden, dass nur der Organisationstarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft die Betriebsstruktur definiert.⁸⁹⁰

Der Gesetzgeber wollte durch das zeitliche Prioritätsprinzip „dem ersten Betriebsstrukturtarif die Möglichkeit eröffnen, ungeachtet schon geltender und kollidierender Tarifverträge über andere Regelungsgegenstände den Betriebszuschnitt auch für die Tarifikollision zu definieren. Würde nun jeder nachfolgende (Abwehr-)Betriebsstrukturtarif diesen ersten »neutralisieren«, so müssten zwischenzeitlich die anderen Tarifikollisionen ebenfalls nach dem hypothetischen allgemeinen Betriebszuschnitt beurteilt werden“.⁸⁹¹ § 4a Abs. 3 TVG spricht auch nicht gegen das Weiterbestehen der bisherigen Arbeitnehmervertretung während der Geltung des Mehrheitstarifvertrags, da § 4a Abs. 3 TVG nicht voraussetzt, dass der zuerst geschlossene Organisationstarifvertrag aktuell zur Anwendung kommt, sondern nur die potentielle Tarifgeltung.⁸⁹²

Nach dieser Auffassung, wenn die Minderheitsgewerkschaft einen Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 BetrVG abgeschlossen hat und die Mehrheitsgewerkschaft das gesetzliche Modell für besser hält, kann sie ihre Vorstellungen bei der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl nur so durchsetzen, dass sie einen anderen Tarifvertrag abschließt, der sich am gesetzlichen Modell orientiert.⁸⁹³ Doch gab es in der Literatur eine andere Meinung, die diese Auffassung ablehnte und die unbeschränkte zeitliche Weitergeltung des ersten Organisationstarifvertrags forderte.⁸⁹⁴ „Besteht mit einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft ein Tarifvertrag i.S. von § 3 Abs. 1 oder § 117 Abs. 2 BetrVG, so kann die andere Gewerkschaft ihrerseits keinen neuen Tarifvertrag über die im bestehenden Tarifvertrag geregelte Vertretungsstruktur zur Anwendung bringen, und dies auch dann nicht, wenn die (relative) Mehrheit der betriebsangehörigen aktiven Arbeitnehmer zu ihren Mit-

⁸⁸⁹ Däubler, Tarifvertragsgesetz/Zwanziger/Däubler, § 4a TVG Rn. 94.

⁸⁹⁰ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 103.

⁸⁹¹ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 102.

⁸⁹² Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 102.

⁸⁹³ Däubler, Tarifvertragsgesetz/Zwanziger/Däubler, § 4a TVG Rn. 94.

⁸⁹⁴ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 8.

gliedern zählt“.⁸⁹⁵ „Wer einen solchen Tarifvertrag zuerst abschließt, verhindert die Anwendung eines entsprechend späteren kollidierenden Tarifvertrags über dieselben Fragen“.⁸⁹⁶ Das heißt, dass die auf Grundlage des Mehrheitstarifvertrags neuen Arbeitnehmervertretungsstrukturen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG auch nicht erstmals bei der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl Anwendung finden könnten. Der Minderheitstarifvertrag bleibt für die Strukturierung der Arbeitnehmervertretung zuständig, wenn er zuerst abgeschlossen wurde.

Dies wurde mit der Sicherung der Kontinuität tarifvertraglich geschaffener betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungsstrukturen begründet.⁸⁹⁷ Die Auffassung geht auch davon aus, dass die unbeschränkte zeitliche Weitergeltung des ersten Organisationstarifvertrags mit dem Geltungsprinzip von tarifvertraglichen Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen vereinbar ist, da für die zwingende Geltung dieser Normen nach § 3 Abs. 2 TVG nur die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers erforderlich ist; dies trifft auch zu, „wenn im Betrieb mehr als nur eine Gewerkschaft vertreten ist“.⁸⁹⁸ Diese Auffassung fand ferner in der Entscheidung des BAG⁸⁹⁹ ihre Begründung, die bestätigte, dass ein Organisationstarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG von einer tarifzuständigen und im Betrieb vertretenen Gewerkschaft ohne Beteiligung von anderen gleichfalls tarifzuständigen Gewerkschaften abgeschlossen werden kann.⁹⁰⁰ Dieser Auffassung kann aber nicht zugestimmt werden, weil nämlich der Lösungsansatz des § 4a Abs. 3 TVG, dass bei Tarifkonkurrenz zweier Organisationstarifverträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG nur der Mehrheitstarifvertrag für die Betriebsstruktur gilt, ohne Bedeutung wäre. Die Frage des Zeitpunktes der Anwendung der neuen Arbeitnehmervertretungsstrukturen bei der Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG soll nur durch § 3 Abs. 4 BetrVG mit Hilfe des Prioritätsprinzips aufgelöst werden. Die zum Zeitpunkt der Tarifverdrängungswirkung bestehenden Arbeitnehmervertretungsstrukturen sollen somit bestehen bleiben, wenn sie durch einen zuerst abgeschlossenen Tarifvertrag geschaffen wurden. Die neuen Arbeitnehmervertretungsstrukturen finden in diesem Fall erstmals nur bei der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl Anwendung. Die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ist also kein Grund für die vorzeitige Anwendung der Arbeitnehmervertretungsstrukturen.

⁸⁹⁵ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 8.

⁸⁹⁶ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 8.

⁸⁹⁷ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 8.

⁸⁹⁸ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 8.

⁸⁹⁹ BAG, v. 29.07.2009 - 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424.

⁹⁰⁰ Konzen/Schliemann, RdA 2015, 1, 8.

bb) Stellungnahme

Weil die Tarifikollisionen im Betrieb die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gefährden,⁹⁰¹ war es erforderlich, diese durch einen Lösungsansatz zu vermeiden. Zu Recht hat der Gesetzgeber im Tarifeinheitsgesetz nach § 4a TVG auf das zuvor angewendete Spezialitätsprinzip zugunsten des Mehrheitsprinzips verzichtet, denn „die Anwendung dieses Grundsatzes setze voraus, dass es sich um konkurrierende Regelungen desselben Normgebers handle, was bei Tarifikollision gerade nicht der Fall sei“.⁹⁰² Es wurde auch begründet, das modifizierte Prioritätsprinzip als Lösungsansatz der Konkurrenz im Bereich der Organisationstarifverträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG auszuschließen, denn auch wenn die Gewerkschaft ihre Zuständigkeit geltend machen und den Tarifvertrag mit ihrer Beteiligung abschließen kann, verstößt das modifizierte Prioritätsprinzip gegen Art. 9 Abs. 3 GG, weil die Gewerkschaften nichtgezwungen werden können, einen Organisationstarifvertrag zu einem bestimmten Zeitpunkt abzuschließen; sonst würden sie ihre Zuständigkeit für den Abschluss dieses Tarifvertrags verlieren.

Die vorliegende Arbeit übernimmt die Auffassung, dass das Mehrheitsprinzip der geeignete Lösungsansatz zur Auflösung der Konkurrenz im Rahmen von Organisationstarifverträgen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG ist.

Die Organisationsstruktur des BetrVG beruft sich auf die Repräsentativität. Das BetrVG sieht eine dreistufige Repräsentationsstruktur vor, die die Arbeitgeberseite (Entscheidungsebene Betrieb – Unternehmen – Konzern) und die Arbeitnehmerseite (Betriebsrat – Gesamtbetriebsrat – Konzernbetriebsrat) widerspiegelt.⁹⁰³ Daher soll die Berufung des Lösungsansatzes zur Auflösung der Kollision im Bereich der Organisationstarifverträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG auf die Repräsentativität akzeptabel sein. Es ist am zweckmäßigsten, den Tarifvertrag der Gewerkschaft zur Anwendung zu bringen, die im Betrieb die meisten Mitglieder hat, da er die Interessen der meisten Arbeitnehmer im Betrieb abbildet.

Darüber hinaus führt das Mehrheitsprinzip zur Anwendung des Tarifvertrags, der in der Belegschaft den größeren Rückhalt hat,⁹⁰⁴ was insbesondere für die Organisationsstrukturen der Arbeitnehmerrepräsentationen wichtig ist.

⁹⁰¹ Henneberger-Sudjana/Henneberger, RdA 2016, 326, 332.

⁹⁰² Henneberger-Sudjana/Henneberger, RdA 2016, 326, 333.

⁹⁰³ Berger, Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, 2017. S. 70.

⁹⁰⁴ Henneberger-Sudjana/Henneberger, RdA 2016, 326, 333.

Es könnte zwar eingewendet werden, dass die Anwendung des Mehrheitsprinzips zur Verbesserung der Rechtsstellung der Mitglieder der tarifschließenden Mehrheitsgewerkschaft führen könnte, obwohl der Tarifvertrag die Betriebsverfassung zugunsten der Gesamtbelegschaft optimieren müsste.⁹⁰⁵ Dies ist aber nicht zutreffend, weil die Wahrnehmung der Interessen der Belegschaft eine Abschlussvoraussetzung für die Organisationstarifverträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG ist. Außerdem findet die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur unter der Voraussetzung Anwendung, dass die Mehrheitsgewerkschaft die Interessen der Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft ernsthaft und wirksam durch den verdrängenden Tarifvertrag berücksichtigt hat.

Bei der Anwendung des Mehrheitsprinzips besteht die Sorge, dass die Gewerkschaften auf ihre Befugnis zur Gestaltung der Betriebsstruktur verzichten, auch wenn durch ihren Organisationstarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG günstige Organisationsstrukturen geschaffen werden könnten, da sie nach dem Abschluss des Organisationstarifvertrags die Befürchtung haben, ihre Mehrheit künftig zu verlieren⁹⁰⁶ und somit ihre eigenen Organisationsstrukturen ins Leere laufen würden. Zur Wahrung der Kontinuität des Betriebsrats hat *Schneider* ein Kombinationsprinzip (aus dem modifizierten Prioritäts- und modifizierten Mehrheitsprinzip) vorgeschlagen. Danach soll sich der zuerst abgeschlossene Organisationstarifvertrag unter der Bedingung durchsetzen, „dass es sich um den Tarifvertrag einer Gewerkschaft mit einem gewissen Organisationsgrad in der betroffenen Organisationseinheit handelt“. Dieser Tarifvertrag soll aber mindestens für ein Jahr der üblichen Amtszeit eines Betriebsrats gelten, und danach kann dieser Tarifvertrag durch den Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft abgelöst werden.⁹⁰⁷ Diese Arbeit sieht die Kritik zwar gerechtfertigt, dass die Kontinuität tarifvertraglich geschaffener betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungsstrukturen nicht gesichert ist, wenn die Anwendung des Mehrheitsprinzips nach § 4a Abs. 3 TVG während der Laufzeit des bisherigen Tarifvertrags auf die wechselnden Mehrheitsverhältnisse im Betrieb ankommt, aber wie schon oben aufgezeigt, treten die durch Mehrheitstarifvertrag geschaffenen betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungsstrukturen erstmals nur bei der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl in Kraft. So kann man sicherstellen, dass die Kontinuität tarifvertraglich geschaffener betriebsverfassungsrechtlicher Vertretungsstrukturen gesichert ist.

⁹⁰⁵ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 285.

⁹⁰⁶ *Bayreuther*, NZA 2013, 1395, 1397.

Die ständigen Wechsel der Mehrheitsverhältnisse im Betrieb müssen nach den Gegnern zum Ausschluss des Mehrheitsprinzips führen, da diese Frage – und hier ist nicht die Rede von der Laufzeit der durch den Tarifvertrag geschaffenen Arbeitnehmervertretungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG, sondern von der Laufzeit des Tarifvertrags – Schwierigkeiten bereitet: „Wenn sich während der Laufzeit eines Tarifvertrags die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb verändern (...), wechselt dann auch der anzuwendende Tarifvertrag? Oder bleibt ein Tarifvertrag, soweit er sich im Betrieb durchgesetzt hat, für seine gesamte Laufzeit vorherrschend?“. ⁹⁰⁸ Durch die Anwendung des Mehrheitsprinzips nach § 4a Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 TVG wurde diese Frage jedoch beantwortet, indem die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht zur Unwirksamkeit des Tarifvertrags führt, sondern nur zu ihrer Unanwendbarkeit während der Verdrängung. Somit kann es nicht zur Rechtsunsicherheit kommen, die sich aus den wechselnden Tarifverträgen ergibt.

Der Meinungsstreit über den Lösungsansatz zur Auflösung der Konkurrenz der Organisationstarifverträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG wurde damit begründet, dass eine gesetzliche Regelung zur Auflösung dieser Konkurrenz nicht existiere. ⁹⁰⁹ Es bestand also weder im Tarifvertragsgesetz noch in anderen Vorschriften, dass diese Konkurrenz nach dem Mehrheits-, Spezialitäts- oder Prioritätsprinzip aufgelöst werden muss. ⁹¹⁰ Mit der Vertretung des Gesetzgebers für Mehrheitsprinzip nach § 4a Abs. 3 TVG fällt also die Streitsache. Der Lösungsansatz muss somit dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, der sich ausdrücklichen für Mehrheitsprinzip nach § 4a Abs. 3 TVG entschieden hat.

Es bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken in Bezug auf das Mehrheitsprinzip nach § 4a Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 TVG, da – wie festgestellt – die Verdrängungswirkung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht zur Nichtigkeit des Minderheitstarifvertrags führt, sondern nur zum Anwendungsvorrang des Mehrheitstarifvertrags. ⁹¹¹ Das Tarifeinheitsgesetz nach § 4a TVG könnte auch, zum Schutz der Minderheitsgewerkschaften, die Auswirkungen des Anwendungsvorrangs des Mehrheitsprinzips auf die Minderheitsgewerkschaften mildern, da es ihnen nach § 4a Abs. 5 S. 2 TVG ein mündliches Anhörungsrecht gegenüber dem Arbeitgeber gewährt hat. Nimmt also nach § 4a

⁹⁰⁷ *Schneider*, Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung, 2014, S. 286, 287.

⁹⁰⁸ *Bayreuther*, NZA 2013, 1395, 1397.

⁹⁰⁹ *Annuß*, NZA 2002, 290, 293; *Teusch*, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, 2007, S. 179.

⁹¹⁰ *Teusch*, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, 2007, S. 179.

⁹¹¹ *Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble*, § 4a TVG Rn. 174.

Abs. 5 TVG der Arbeitgeber oder ein Arbeitgeberverband Verhandlungen mit einer Gewerkschaft über den Abschluss eines Organisationstarifvertrags auf, ist er verpflichtet, dies rechtzeitig und in geeigneter Weise bekannt zu geben. Später darf eine andere Gewerkschaft dem Arbeitgeber/dem Arbeitgeberverband mündlich ihre Vorstellungen und Forderungen vortragen. Um einen tariflosen Zustand von Mitgliedern der Minderheitsgewerkschaften zu vermeiden,⁹¹² hat § 4a Abs. 4 TVG den Minderheitsgewerkschaften zudem ein Nachzeichnungsrecht der Rechtsnormen des Mehrheitstarifvertrags eingeräumt.

Der Gesetzgeber hat jedoch bei der Auflösung der Konkurrenz zugunsten des Mehrheitstarifvertrags nach § 4a Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 TVG nicht den Fall – auch wenn er selten ist – berücksichtigt, dass die Kollision zwischen Tarifverträgen zweier Gewerkschaften im Betrieb mit gleichen Mitgliederzahlen stattfindet. In diesem Fall kann aber die Kollision mit Hilfe des zeitliche Prioritätsprinzips aufgelöst werden. Danach muss der zuerst abgeschlossene Organisationstarifvertrag Anwendung finden. Es könnte aber auch sein, dass die Tarifverträge der beiden Gewerkschaften gleichzeitig in einer Tarifgemeinschaft abgeschlossen wurden. Hier kann dem Arbeitgeber die Wahl überlassen werden, mit welcher Gewerkschaft er den Organisationstarifvertrag abschließt.

Das Mehrheitsprinzip nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG könnte aber dahingehend kritisiert werden, dass § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die Mehrheitsfeststellung auf den Betrieb abgestellt hat, während die durch Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG neu ausgestalteten Arbeitnehmervertretungsstrukturen die Unternehmens- oder Konzernebene betreffen könnten.

Die Antwort auf die Frage, ob die Mitgliederzahl betriebs-, unternehmens- oder konzernbezogen bestimmt werden muss, ist von dem jeweiligen Regelungsgegenstand abhängig.⁹¹³ Wenn sich somit die Arbeitnehmervertretungsstrukturen nur auf einen Betrieb beziehen, soll das Mehrheitsprinzip auf den Betrieb abstellen. Wenn der Organisationstarifvertrag eine überbetriebliche Regelung oder eine unternehmensübergreifende Organisationsregelung feststellt, soll in diesem Fall das Mehrheitsprinzip auf die Mitgliederzahl im Unternehmen oder im Konzern abgestellt werden.⁹¹⁴

Durch Abstellen des Mehrheitsprinzips auf den Betrieb durch den Gesetzgeber nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG erscheint auf den ersten Blick ein Widerspruch vorzuliegen, weil der Mehrheitstarifver-

⁹¹² BT-Drucks. 18/4062, S. 14.

⁹¹³ *Bister*, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 100.

trag im Betrieb A beispielsweise nicht über die Zusammenfassung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. (b BetrVG mit dem Betrieb B entscheiden kann, weil in diesem Betrieb ein anderer Mehrheitstarifvertrag gilt. Es besteht außerdem keine Möglichkeit, den Regelungsgegenstand in betrieblichen „Stücken“ zwischen verschiedenen Tarifverträgen aufzuteilen.⁹¹⁵

Der Gesetzgeber geht in § 4a Abs. 2 S. 2 TVG zwar davon aus, dass das Mehrheitsprinzip betriebsbezogen ist, dies heißt aber nicht, dass die Betriebsbezogenheit des Mehrheitsprinzips zum Widerspruch zwischen den Mehrheitstarifverträgen führt. Denn die durch Tarifvertrag gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG errichteten Organisationseinheiten werden nach § 4a Abs. 2 S. 4 TVG auch dann als Betriebe betrachtet, wenn dies den Zielen des Abs. 1 offensichtlich nicht entgegensteht. Unter Betriebsbezogenheit des Mehrheitsprinzips ist also zu verstehen, dass nur der Gewerkschaft der Vorrang einzuräumen ist, die unter den Arbeitnehmern der neuen betriebsverfassungsrechtlichen Einheit die meisten Mitglieder hat.⁹¹⁶ Auch wenn das Mehrheitsprinzip nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG betriebsbezogen ist und demzufolge die Mitglieder Mehrheit für jeden Betrieb gesondert bestimmt werden muss,⁹¹⁷ muss im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG auf den Betriebsbezug verzichtet werden, da andernfalls für die Anwendung dieser Vorschrift kein Raum bleibt.⁹¹⁸

Schließlich kommt man zu dem Ergebnis, dass der Anwendungsvorrang eines Tarifvertrags gegenüber einem anderen im Falle der Konkurrenz im Bereich der Organisationstarifverträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG nach dem Mehrheitsprinzip bestimmt werden soll, insbesondere nach dem Mehrheitsprinzip i. S. d. § 4a Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 TVG, weil der Gesetzgeber die Nachteile des früheren angewendeten Mehrheitsprinzips überwinden könnte (Wahrung des Grundsatzes der Amtskontinuität, Schutz der Minderheitsgewerkschaft).

⁹¹⁴ Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 100.

⁹¹⁵ Däubler, Tarifvertragsgesetz/Zwanziger/Däubler, § 4a TVG Rn. 73.

⁹¹⁶ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/Richardi/Maschmann, § 3 BetrVG Rn. 61; Däubler, Tarifvertragsgesetz/Zwanziger/Däubler, § 4a TVG Rn. 73; Wendeling-Schröder, NZA 2015, 25, 527; Grambow, DB Nr. 39 2018, 2367, 2370.

⁹¹⁷ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 175.

⁹¹⁸ Däubler, Tarifvertragsgesetz/Zwanziger/Däubler, § 4a TVG Rn. 73.

5. Auflösung der Tarifikollision im Anwendungsbereich des § 117 Abs. 2

S. 1 BetrVG

Weil es sich bei den Tarifverträgen nach § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG um betriebsverfassungsrechtliche Normen handelt, die nach § 3 Abs. 2 TVG nur einheitlich im Betrieb angewendet werden dürfen,⁹¹⁹ besteht kein Anlass, vom Lösungsansatz im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 BetrVG nach § 4a Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 S. 2 TVG abzuweichen. Es kommt also bei der Konkurrenz mehrerer Tarifverträge nach § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG nur der Tarifvertrag derjenigen Gewerkschaft zur Anwendung, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags die meisten Mitglieder im Betrieb hatte.

⁹¹⁹ Bister, Tarifpluralität – Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, 2011, S. 96; a.A. Teusch, Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, 2007, S. 185: „Soweit betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen nach § 3 Abs. 2 TVG betriebseinheitlich gelten, kann es keine Tarifpluralität geben, weil nicht verschiedene, sondern stets alle Arbeitsverhältnisse im Betrieb erfasst werden. Möglich ist sie aber dort, wo die gesetzliche Geltungsanordnung des § 3 Abs. 2 TVG infolge verfassungskonformer Reduktion nicht eingreift. Das betrifft namentlich Vereinbarungen nach § 117 Abs. 2 BetrVG sowie Tarifverträge, die allein auf der Grundlage von § 1 Abs. 1 TVG geschlossen werden. Deren Rechtsnormen gelten nach der hier vertretenen Auffassung entsprechend § 4 Abs. 1 TVG nur zwischen den beiderseits Tarifgebundenen. Beanspruchen Rechtsnormen mehrerer solcher Organisationstarifverträge Geltung für verschiedene in einem Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer, ist Tarifpluralität gegeben. Denkbar ist zum Beispiel, daß für den Betrieb eines Luftfahrtunternehmens die Errichtung einer betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung für Flugbegleiter nach § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG sowohl in einem mit *ver.di* als auch in einem mit der *Unabhängigen Flugbegleiter Organisation (UFO)* abgeschlossenen Tarifvertrag geregelt wird“.

E. Tarifeinheit und Betriebsübergang

Zu untersuchen ist ebenfalls, wie sich der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG auf den Betrieb nach dem Übergang auswirken kann.

Im Fall des Betriebsübergangs könnte es zur Anwendung mehrerer Tarifverträge im Betrieb kommen. Dies erfolgt dadurch, dass der Erwerber sowohl an die transformierten Normen als auch an den anderen Tarifvertrag gem. § 3 Abs. 1 TVG gebunden ist.⁹²⁰ Fraglich ist somit, ob die Tarifkollisionsfälle, die durch Betriebsübergang entstehen, dem Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG unterliegen, mit anderen Worten, ob die nach dem Betriebsübergang weiter geltenden Tarifnormen durch den Tarifvertrag des Erwerbers nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt werden oder verdrängen können. Weiterhin tritt im Rahmen des Betriebsübergangs die Frage auf, ob der aufgrund der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG verdrängte Minderheitsarbeitsvertrag nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformiert werden kann. Dieser Abschnitt setzt sich mit den Antworten auf diese Fragen auseinander.

Die Auflösung der Tarifkollision nach dem Betriebsübergang hängt davon ab, wie der Tarifvertrag nach dem Betriebsübergang weitergilt. Dazu gibt es zwei Möglichkeiten:

I. Kollektivrechtliche Weitergeltung

Grundsätzlich kann ein Tarifvertrag nach dem Betriebsübergang kollektivrechtlich weitergelten, wenn der Betriebserwerber und der Arbeitnehmer an den Tarifvertrag gebunden sind und der Tarifvertrag nach dem Betriebsübergang immer noch unter den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt.⁹²¹ Weiterhin gilt der Tarifvertrag kollektivrechtlich weiter, wenn Betriebserwerber und Arbeitnehmer zwar nicht tarifgebunden sind, aber aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 Abs. 4 TVG an den Tarifvertrag gebunden sind.⁹²²

Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ergibt sich entweder aus der Verbandszuständigkeit oder aus dem Abschluss eines Vertrags mit der Gewerkschaft. Das bedeutet, dass die Wege zur kollektivrechtlichen Weitergeltung von Tarifverträgen nach dem Betriebsübergang unterschiedlich sind.⁹²³

⁹²⁰ Krüger, Der Grundsatz der Tarifeinheit und die Folgen seine Aufgabe für das Arbeitskampfrecht, 2013, S. 55, 57.

⁹²¹ Schaub ArbR-HdB/Ahrendt, § 119 Rn. 2; Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45, 46.

⁹²² Lützeler, Aktienoptionen Bei einem Betriebsübergang, 2007, S. 78.

⁹²³ BeckOK ArbR/Gussen, § 613a BGB Rn. 220.

1. Weitergeltung von Verbandstarifverträgen

Die Tarifgebundenheit bei Verbandstarifverträgen ergibt sich grundsätzlich aus der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband.⁹²⁴ Weil die Mitgliedschaft als höchstpersönliches Recht gilt, geht dieses durch den Betriebsübergang nicht automatisch auf den Erwerber über. Dieses Recht ist somit gem. § 38 BGB nicht übertragbar.⁹²⁵

Zu einer kollektivrechtlichen Weitergeltung des Verbandstarifvertrags nach dem Betriebsübergang kann es kommen, wenn der Betriebserwerber Mitglied im vertragsschließenden Arbeitgeberverband ist und der erworbene Betrieb immer noch dem Geltungsbereich des Tarifvertrags unterliegt.⁹²⁶ Außerdem bleibt die kollektivrechtliche Weitergeltung des Verbandstarifvertrags unberührt, wenn der Betriebserwerber an den Tarifvertrag aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit gem. § 5 TVG gebunden ist. Bedingung dafür ist, dass der Betrieb nach dem Betriebsübergang weiterhin in den fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt.⁹²⁷

2. Weitergeltung von Firmentarifverträgen

Ein Firmentarifvertrag kann nach dem Betriebsübergang nur fortgelten, wenn der Erwerber gem. § 3 Abs. 1 TVG selbst Partei des Tarifvertrags ist. Eine Auffassung geht davon aus, dass der Firmentarifvertrag auf dem Wege der Einzelrechtsnachfolge automatisch auf den Erwerber übergehen soll, weil der Firmentarifvertrag an den Betrieb geknüpft ist.⁹²⁸ Diese Auffassung wurde aber abgelehnt, weil die Tarifgebundenheit des Veräußerers nicht aufgrund des Betriebsübergangs auf den Erwerber übergehen kann.⁹²⁹ Die Tarifgebundenheit ergibt sich beim Firmentarifvertrag entweder aus dem Abschluss eines Tarifvertrags oder aus einer Vereinbarung mit der Gewerkschaft, damit der Firmentarifvertrag weitergelten kann.⁹³⁰ Im Gegensatz zur Einzelrechtsnachfolge kann der Firmentarifvertrag nur auf dem Wege der Gesamtrechtsnachfolge kollektivrechtlich weitergelten, weil der Erwerber in die Rechtsstellung des Veräußerers als Partei des Firmen-

⁹²⁴ Reinecke, Die Sicherung der Tarifgeltung beim Betriebsübergang, 2016, S. 14.

⁹²⁵ Sagasser/Bula, Umwandlungen/Schmidt, § 6. Arbeitsrecht Rn. 26.

⁹²⁶ Denke, Tarifvertrag und Betriebsübergang, 2020, S. 45.

⁹²⁷ Denke, Tarifvertrag und Betriebsübergang, 2020, S. 45.

⁹²⁸ Bachner/Gerhardt, Betriebsübergang: Basiskommentar zu § 613a BGB mit den Folgen für die Mitbestimmung (Basiskommentare), 2008, Rn. 200.

⁹²⁹ Reinecke, Die Sicherung der Tarifgeltung beim Betriebsübergang, 2016, S. 17.

⁹³⁰ Otto, Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln und Änderungen der Tarifgeltung, 2006, S. 180.

tarifvertrags eintritt.⁹³¹ Der Eintritt ist hier möglich, weil die Parteistellung nicht wie die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband höchstpersönlich ist.⁹³² Darüber hinaus wird die negative Koalitionsfreiheit des Erwerbers aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht verletzt, weil der Erwerber nicht Mitglied im Arbeitgeberverband wird, sondern Partei des Firmentarifvertrags.⁹³³

3. Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG bei kollektivrechtlicher Weitergeltung

Es stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG zur Anwendung kommen kann, wenn die Tarifverträge nach dem Betriebsübergang kollektivrechtlich weitergelten, präziser ausgedrückt, ob die nach dem Betriebsübergang kollektivrechtlich weitergeltenden Tarifnormen nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängen oder verdrängt werden können.

Weder das Tarifeinheitsgesetz § 4a TVG noch die Gesetzesmaterialien haben diese Frage behandelt, daher wird diese Frage durch Auslegung erklärt werden.

a) Wortlautauslegung

Nach dem Wortlaut des § 4a Abs. 2 TVG findet die Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG Anwendung, wenn sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften überschneiden und der Arbeitgeber an die kollidierenden Tarifverträge nach § 3 TVG gebunden ist. Da diese Voraussetzungen bei kollektivrechtlicher Weitergeltung vom Tarifvertrag vorliegen könnten, geht man dem Wortlaut nach davon aus, dass auch im Erwerberbetrieb eine Kollisionslage i. S. d. § 4a Abs. 2 TVG entstehen kann und somit die Möglichkeit besteht, dass der beim Erwerber nach dem Betriebsübergang fortgeltende Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängen oder verdrängt werden kann.

b) Auslegung nach dem Ziel des Tarifeinheitsgesetzes

Das Ziel des Tarifeinheitsgesetzes, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern, spricht nicht dagegen, den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG bei kollektivrechtlicher

⁹³¹ Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht/*Steffan*, § 613a BGB Rn. 113.

⁹³² *Reinecke*, Die Sicherung der Tarifgeltung beim Betriebsübergang, 2016, S. 19.

⁹³³ *Reinecke*, Die Sicherung der Tarifgeltung beim Betriebsübergang, 2016, S. 19.

Weitergeltung des Tarifvertrags im Erwerberbetrieb anzuwenden.⁹³⁴ Dieses Ziel erfordert es zwar nicht, jede Tarifpluralität im Betrieb zu verbieten,⁹³⁵ jedoch kann es in wenigen Fällen dazu kommen. Die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG ist bei der kollektivrechtlichen Weitergeltung des Tarifvertrags ein solcher seltener Fall, da hier die geforderte autonome Tarifbindung des Arbeitgebers mit anderen Voraussetzungen des § 4a TVG vorliegen könnte.

c) Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB

Fraglich ist, ob der Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB verletzt wird, wenn die Konkurrenz zwischen dem nach dem Betriebsübergang fortgeltenden Tarifvertrag und dem Erwerbertarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG aufgelöst wurde, wenn der nach dem Betriebsübergang fortgeltende Tarifvertrag kollektivrechtlich gem. § 3 TVG weitergilt.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob man § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB als Auffangregelung sieht oder nicht. Nach der h. M. hat § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB einen Auffangcharakter.⁹³⁶ Somit besteht für die Weitergeltung nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB kein Raum, wenn die Tarifverträge auch noch nach einem Betriebsübergang für die auf den Erwerber übergehenden Arbeitsverhältnisse unverändert kollektivrechtlich weitergelten können, da keine Absicherung des kollektivrechtlichen Schutzes für die Arbeitnehmer notwendig ist.⁹³⁷ Das Sukzessionsmodell geht aber davon aus, dass § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB nicht als Auffangnorm betrachtet wird,⁹³⁸ da diese Vorschrift als abschließende Regelung gilt.⁹³⁹ Nach dem Sukzessionsmodell besteht kein Bedarf dafür, dass die Tarifverträge nach dem Betriebsübergang gemäß der allgemeinen kollektivrechtlichen Grundsätze weiter gelten, weil diese kollektivrechtliche Weitergeltung nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB stattfindet.⁹⁴⁰ Folgt man dieser Ansicht, führt dies zum Ergebnis, dass die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG den Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB berühren wird, indem der nach dem Betriebsübergang fortgeltende Tarifvertrag

⁹³⁴ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 168.

⁹³⁵ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 168.

⁹³⁶ BAG, v. 26.08.2009, NZA 2010, 238, 241; MüKoBGB/*Müller-Glöge*, § 613a BGB Rn. 129; *Bauer/Günther*, NZA 2008, 6, 10; *Bepler*, RdA 2009, 65, 67; *Siegfanz-Strauß*, Tarifrecht im Betriebsübergang, 2017, S. 142.

⁹³⁷ *Weber*, Tarifentwicklungen nach einem Betriebsübergang, 2019, S. 26.

⁹³⁸ *ErfK/Preis*, § 613a BGB Rn. 113; *Sagan*, RdA 2011, 163, 170.

⁹³⁹ *ErfK/Preis*, § 613a BGB Rn. 113.

durch den im Erwerberbetrieb geltenden Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt werden könnte. Diese Arbeit schließt sich aber der h. M. an, dass § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nur Auffangcharakter hat. Der nach dem Betriebsübergang kollektivrechtlich fortgeltende Tarifvertrag steht also nicht unter dem § 613a Abs. 1 S. 2 BGB, da dies andernfalls dazu führt, dass die Arbeitnehmer des übergehenden Betriebs nach dem Betriebsübergang besser als vor dem Betriebsübergang geschützt wären, da sie sowohl den Schutz ihres bisherigen Tarifvertrags als auch den Schutz des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB genössen. So ein Schutzzweck ginge auch über den Normzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB hinaus, da § 613a Abs. 1 S. 2 BGB sich nur auf den Fall beschränkt, dass die Arbeitnehmer des übergehenden Betriebs nach dem Betriebsübergang keinen Schutz eines anderen Kollektivvertrags genießen, der ihre beim Veräußerer entstandenen Ansprüche erhalten kann. Die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG könnte zwar dazu führen, dass der nach dem Betriebsübergang fortgeltende Tarifvertrag durch den im Erwerberbetrieb geltenden Tarifvertrag verdrängt wird, wenn dieser in der Mehrheit ist und somit der bisherige kollektivvertragliche Schutz der Arbeitnehmer des übergehenden Betriebs nach dem Betriebsübergang verlorengelht. Dies muss aber bei der kollektivrechtlichen Weitergeltung des Tarifvertrags anders sein, weil der kollektivvertragliche Schutz der übergehenden Arbeitnehmer weiterbesteht, indem die übernommenen Arbeitnehmer weiterhin unter dem Schutz des im Erwerberbetrieb geltenden Tarifvertrags (Mehrheitstarifvertrag) stehen. Der Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB greift also nicht, wenn der Tarifvertrag nach dem Betriebsübergang kollektivrechtlich gem. § 3 TVG weitergilt. Dieser kann somit nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG sowohl verdrängen also auch verdrängt werden.

d) Richtlinienkonforme Auslegung

Bei der kollektivrechtlichen Weitergeltung hat *Bienstein* überprüft, ob die Verdrängung des beim Erwerber nach dem Betriebsübergang fortgeltenden Tarifvertrags durch den im Erwerberbetrieb geltenden Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG mit dem Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG vereinbar ist oder nicht. Er schloss daraus, dass diese Verdrängung nicht unter den Schutz der Richtlinie fällt. Zur Begründung dieses Ergebnisses verwies er auf die Argumente, die gegen diese Ver-

⁹⁴⁰ *Siegfanz-Strauß*, Tarifrecht im Betriebsübergang, 2017, S. 129.

drängung bei der individualvertraglichen Weitergeltung der übergehenden Tarifnormen sprechen.⁹⁴¹ Dieser Auffassung ist aber nicht zu folgen.

Aus Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG ist zwar zu folgern, dass die tariflichen Rechte der Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang gewährleistet werden sollen, aber nur dann, wenn man von der individualvertraglichen Weitergeltung dieser Rechte ausgeht. Der Bestandsschutzgedanke des Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG ist also nur durch eine individualrechtliche Fortgeltung des bisherigen Tarifvertrags verwirklicht.⁹⁴² Der fortgeltende Tarifvertrag gilt nach dem Betriebsübergang aber nach wie vor kollektivrechtlich weiter. Die Verdrängung des beim Erwerber nach dem Betriebsübergang fortgeltenden Tarifvertrags nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kann nicht als Folge des Betriebsübergangs angesehen werden, sondern als Folge der Änderung der Mehrheitsverhältnisse. Wenn also der Tarifvertrag des Veräußerers weiterhin beim Erwerber kollektivrechtlich weitergilt, besteht kein Widerspruch darin, dass der nach dem Betriebsübergang fortgeltende Tarifvertrag verdrängt oder durch den im Erwerberbetrieb geltenden Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt wird.

II. Individualrechtliche Weitergeltung

1. Transformation nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB

Ist der Erwerber weder aufgrund der beiderseitigen Tarifgebundenheit noch aufgrund der Allgemeinverbindlichkeit an den Tarifvertrag gebunden, kann der Tarifvertrag kraft des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB weitergelten.⁹⁴³ Nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB werden die Rechte und Pflichten, die durch Tarifvertrag geregelt sind, Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Das heißt, dass diese Rechtsnormen in das Arbeitsverhältnis transformiert werden und nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Betriebsübergang zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden dürfen.⁹⁴⁴ Die kollektivvertraglichen Rechtsnormen aus einem Tarifvertrag gelten grundsätzlich nicht als Bestandteil des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, sondern sie sind wie Gesetze, die auf das Arbeitsverhältnis nur von außen einwirken.⁹⁴⁵ Es muss auch berücksichtigt

⁹⁴¹ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 171.

⁹⁴² *Wank*, NZA 1987, 505.

⁹⁴³ *Reinecke*, Die Sicherung der Tarifgeltung beim Betriebsübergang, 2016, S. 43, 44.

⁹⁴⁴ *Waas*, Tarifvertrag und Betriebsübergang, 1999, S. 17.

⁹⁴⁵ *Römermann*, Insolvenzordnung/*Hamacher/Weingarth*, § 128 InsO Rn. 32.

werden, dass die Tarifnormen nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nur statisch gelten. Das bedeutet, dass diese Vorschrift nur die Rechte und Pflichten erfasst, die zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs gegolten haben.⁹⁴⁶

Bei der Erfüllung aller Voraussetzungen des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB gilt nur der normative Teil des Tarifvertrags und nicht der schuldrechtliche Teil weiter.⁹⁴⁷ Grund dafür ist, dass der normative Teil die Rechtsnormen betrifft, die die Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien regeln, während der schuldrechtliche Teil nur die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien betrifft.⁹⁴⁸

Uneinigkeit bestand jedoch bei der Frage, wie die transformierten Normen nach dem Betriebsübergang wirken. Eine Auffassung (Transformationsmodell) geht davon aus, dass die kollektivrechtlichen Normen mit dem Betriebsübergang ihren normativen Charakter gem. § 4 Abs. 1 TVG verlieren. Sie wirken also nicht mehr unmittelbar und zwingend.⁹⁴⁹ Vielmehr werden die kollektivrechtlichen Normen ab dem Betriebsübergang „eingefroren“ und dürfen nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer geändert werden.⁹⁵⁰ Eine andere Auffassung (Sukzessionsmodell) behauptet, dass die kollektivrechtliche Tarifgebundenheit des Veräußerers nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB auf den Erwerber übergehen soll. Dies wird damit begründet, dass § 613a Abs. 1 S. 2 BGB keinen Rechtsquellenwechsel regelt, sondern die Rechtsnachfolge des Erwerbers in die kollektivrechtliche Tarifgebundenheit des Veräußerers.⁹⁵¹ Eine dritte, vermittelnde, Auffassung (Kombinationsmodell) besagt, dass die Tarifnormen zwar individualvertraglich weitergelten, jedoch nach dem Betriebsübergang ihren kollektivrechtlichen Charakter behalten.⁹⁵² Diese Arbeit schließt sich der letzten Auffassung an, da diese Auffassung die Nachteile der beiden Auffassungen überwindet. Im Gegensatz zum Sukzessionsmodell ist der Erwerber zwar an den Tarifvertrag gebunden, jedoch beschränkt sich seine Gebundenheit nur auf den normativen Teil. Außerdem mindert diese Auffassung die Folgen der strengen Transformationstheorie, indem sie es den transformierten Normen ermöglicht, ihren normativen Charakter zu behalten.

⁹⁴⁶ MüKoBGB/Müller-Glöge, § 613a BGB Rn. 133.

⁹⁴⁷ Reinecke, Die Sicherung der Tarifgeltung beim Betriebsübergang, 2016, S. 35.

⁹⁴⁸ Reinecke, Die Sicherung der Tarifgeltung beim Betriebsübergang, 2016, S. 35.

⁹⁴⁹ Jacobs, NZA-Beil. 2009, 45, 47 ff; Lakies, ArbRAktuell 2013, 564, 566.

⁹⁵⁰ Fuhrmann, Die Teilkündigung der Betriebsvereinbarung beim Betriebsübergang, 2013, S. 146.

⁹⁵¹ ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 112; Sagan, RdA 2011, 163, 167 ff.

⁹⁵² BAG, v. 22.04.2009 – 4 AZR 100/08. NZA 2010, 41, 46; Weber, Tarifentwicklungen nach einem Betriebsübergang, 2019, S. 63.

2. Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG bei individualrechtlicher Weitergeltung

Es stellt sich bei der individualrechtlichen Weitergeltung ebenso die Frage, ob der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG auch die weitergeltenden Tarifnormen umfasst.

Bei der Behandlung dieser Frage wird im Folgenden diejenige Konstellation in Betracht kommen, in der ein Betrieb/Betriebsteil in den Erwerberbetrieb eingegliedert wird. In dieser Konstellation treten im aufnehmenden Betrieb in Bezug auf die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG zwei Probleme auf. Das erste bezieht sich auf die Frage, ob die beim Erwerber nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB weitergeltenden Tarifverträge durch den im Erwerbbetrieb geltenden Mehrheitstarifvertrag verdrängt werden könnten und das zweite betrifft die Frage, ob die beim Erwerber nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB weitergeltenden Tarifverträge dazu in der Lage sind, andere Tarifverträge im Erwerbbetrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG zu verdrängen.⁹⁵³

a) Erstes Problem: Verdrängung der nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen durch den im Erwerbbetrieb geltenden Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG

Die Beantwortung der Frage, ob die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB weitergeltenden Tarifnormen durch den im Erwerbbetrieb geltenden Mehrheitstarifvertrag verdrängt werden könnten, erfordert eine Klärung des Verhältnisses zwischen § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB und § 4a Abs. 2 TVG.⁹⁵⁴ Weil das Tarifeinheitsgesetz keine Regelung enthält,⁹⁵⁵ wie dieses Verhältnis sein sollte, wird im Folgenden versucht werden, dieses Verhältnis anhand der Auslegung zu definieren und die Frage zu beantworten.

aa) Wortlautauslegung

Nach dem Wortlaut des § 4a Abs. 2 S. 1 und 2 TVG muss für das Entstehen einer Kollisionslage i. S. d. Tarifeinheitsgesetzes, dass der Arbeitgeber an mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften nach § 3 TVG gebunden ist. Der Gesetzgeber setzt somit ausdrücklich voraus,

⁹⁵³ BeckOK ArbR/Gussen, § 613a BGB Rn. 237c; Gräf, NZA 2016, 327, 329.

⁹⁵⁴ WD 6 – 3000 – 053/18, S. 5.

⁹⁵⁵ BeckOK ArbR/Gussen, § 613a BGB Rn. 237c.

dass der Arbeitgeber an die kollidierenden Tarifverträge autonom nach § 3 TVG gebunden ist. Nach § 3 Abs. 1 TVG ist der Arbeitgeber tarifgebunden, wenn er entweder Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbands ist oder wenn er selbst den Firmentarifvertrag abgeschlossen hat. Die Tarifbindung des Arbeitgebers bleibt nach § 3 Abs. 3 TVG bestehen, bis der Tarifvertrag endet, was bedeutet, dass eine Kollisionslage nach § 4a Abs. 2 TVG auch während der Nachbindung entstehen kann. Aus dem Wortlaut des § 4a Abs. 2 TVG ergibt sich also, dass die beim Erwerber nach dem Betriebsübergang weitergeltenden Tarifnormen nicht § 4a Abs. 2 S. 2 TVG unterliegen, weil der Erwerber an diese Tarifverträge nicht nach § 3 TVG gebunden ist, sondern kraft des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB.

Ein anderes Ergebnis entsteht aber dann, wenn man dem Sukzessionsmodell folgt. Der Wortlaut des § 4a Abs. 2 TVG nach dem Sukzessionsmodell spricht für die Möglichkeit, dass der im Erwerbbetrieb geltende Tarifvertrag die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängen kann, weil die kollektivrechtliche Tarifbindung des Veräußerers nach dieser Theorie nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB auf den Erwerber übergeht.⁹⁵⁶ Der Erwerber ist also nach dem Sukzessionsmodell an die fortgeltenden Regelungen nicht nur nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB, sondern auch nach § 3 TVG gebunden, wenn der Veräußerer an die übergehenden Tarifnormen nach § 3 TVG tarifgebunden war. Somit tritt die Kollisionslage i. S. d. § 4a Abs. 2 TVG nicht auf, wenn der Veräußerer nicht tarifgebunden ist oder wenn er an die übergehenden Tarifnormen aus einer anderen Bindung gebunden ist.⁹⁵⁷ Dieser Theorie zur Rechtswirkung der fortgeltenden Regelungen wird hier aber nicht vertreten.

bb) Auslegung nach dem Ziel des Tarifeinheitgesetzes

Die Suche nach einer Antwort für die Frage, ob die beim Erwerber nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB weitergeltenden Tarifnormen unter den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a TVG fallen sollen, erfordert es auch, das Ziel des Tarifeinheitgesetzes zu untersuchen. Denn es ist zu klären, ob, wenn der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb gem. § 4a TVG diese weitergehenden Tarifnormen umfasst, dies dem Ziel des § 4a TVG entgegensteht oder nicht.

Nach der Gesetzesbegründung zielt das Tarifeinheitgesetz auf die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, da diese nach der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit durch das

⁹⁵⁶ ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 112.

⁹⁵⁷ ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 112.

BAG beeinträchtigt wurde, indem für dieselben Beschäftigungsgruppen im Betrieb zwei oder mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gleichzeitig die Geltung beanspruchen.⁹⁵⁸ Die durch Tarifikollisionen entstehenden Gefahren waren realistisch, da die Koalitionen ihrer im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe zur Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens nicht mehr gerecht werden konnten.⁹⁵⁹

Die Geltung mehrerer Tarifverträge im Kollisionsfall ist grundsätzlich eine Folge der verfassungsrechtlich garantierten Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG.⁹⁶⁰ Der Grundsatz der Tarifeinheit ist also mit dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit unvereinbar, da er durch die Verdrängung eines Tarifvertrags der Gewerkschaft zum Betätigungsrecht der Gewerkschaft führt und zur Verletzung der individuellen positiven Koalitionsfreiheit der Mitglieder dieser Gewerkschaft, da sie den Schutz des verdrängten Tarifvertrags nicht mehr genießen können.⁹⁶¹ Die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie ist jedoch durch gesetzliche Regelungen beschränkbar, „die das Verhältnis konkurrierender Tarifvertragsparteien derselben Seite regeln, um strukturelle Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen einen fairen Ausgleich in der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ermöglichen“.⁹⁶²

Die Koalitionsfreiheit bedarf so einer gesetzlichen Ausgestaltung, „wenn das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt wird, die beide den Schutz des Art. 9 III GG genießen“.⁹⁶³ Das ist genau das, was der Gesetzgeber im Tarifeinheitsgesetz von 2015 beabsichtigt hat. Der Gesetzgeber schreibt in § 4a Abs. 2 TVG vor, dass nur im Falle der Überschneidung nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften und wenn der Arbeitgeber an die kollidierenden Tarifverträge nach § 3 TVG gebunden ist, im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft zur Anwendung kommen, „die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat“. Das Tarifeinheitsgesetz nach § 4a TVG soll somit nach dem Willen des Gesetzgebers nicht in die verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie eingreifen⁹⁶⁴ und jede Art von Tarifpluralität in den Betrieben verbieten, um die Tarifeinheit um

⁹⁵⁸ BT-Drucks. 18/4062 S. 1.

⁹⁵⁹ BT-Drucks. 18/4062 S. 1.

⁹⁶⁰ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 18.

⁹⁶¹ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 4a TVG Rn. 19.

⁹⁶² BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 118.

⁹⁶³ BVerfG, v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a., BVerfGE Band 146, 71, 119.

⁹⁶⁴ WD 6 - 3000 - 053/18, S. 7.

jeden Preis im Betrieb herzustellen.⁹⁶⁵ Der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG greift nach der Gesetzesbegründung „als Kollisionsregel nur subsidiär ein. Der Gesetzgeber beschränkt sich darauf, Tarifikollisionen nach dem Grundsatz der Tarifeinheit aufzulösen, wenn die Gewerkschaften die zwischen ihnen bestehenden Interessenkonflikte autonom nicht zu einem Ausgleich bringen können“.⁹⁶⁶ Das durch Tarifeinheitgesetz verfolgte Ziel zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie rechtfertigt zudem keine Ausnahme von Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB.⁹⁶⁷

Es muss auch darauf hingewiesen werden, dass die frühere Rechtsprechung vor der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb im Jahr 2010 nicht von der Gefährdung der Tarifautonomie ausging.⁹⁶⁸ „Der Senat hat entschieden, dass bei einer Fortgeltung des Tarifvertrags (.....) die fortgeltenden Regelungen nicht durch die Anwendung neuer tariflicher Regelungen, an die nur der Arbeitgeber gebunden ist, ersetzt werden“.⁹⁶⁹ In dieser Konstellation besteht der Fall der auflösungsbedürftigen Tarifpluralität nicht, da § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nicht zur Bindung an den Tarifvertrag führt, die mit einer kollektivrechtlichen Weitergeltung eines anderen Tarifvertrags kollidieren könnte.⁹⁷⁰ Damals konnte es also zur Anwendung mehrerer Tarifverträge durch Betriebsübergang kommen.⁹⁷¹ Ein Ordnungsprinzip der betrieblichen Tarifeinheit steht dem nicht entgegen.⁹⁷² Der Verweis der Gesetzesbegründung zur Begründung des Ziels des Gesetzes auf die Rechtslage nach der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb im Jahr 2010⁹⁷³ gibt einen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber durch die Einführung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb in § 4a TVG die frühere bestehende Rechtslage wiederherzustellen bezweckte.⁹⁷⁴ Daher muss nach dem Wiederaufleben des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG dies auch der Fall sein und die durch den Betriebsübergang entstehende Tarifplu-

⁹⁶⁵ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 154.

⁹⁶⁶ BT-Drucks. 18/4062 S. 1.

⁹⁶⁷ *Gräf*, NZA 2016, 327, 332.

⁹⁶⁸ BAG, v. 21.02.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1323; *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 154.

⁹⁶⁹ BAG, v. 21.02.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1323.

⁹⁷⁰ *Gräf*, NZA 2016, 327, 330.

⁹⁷¹ BAG, v. 21.02.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1323; BAG, v. 27.01.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 645, 652.

⁹⁷² BAG, v. 21.02.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1323; BAG, v. 27.01.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 645, 652.

⁹⁷³ BT-Drucks. 18/4062 S. 1.

⁹⁷⁴ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 150.

ralität nicht ausschließen. Darüber hinaus verfolgt die gesetzliche Bestimmung des § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG zwar verschiedene tarif- und koalitionsspezifische Ziele, nicht jedoch das Ziel, den Bestandsschutz durch § 613a Abs. 1 S. 2 BGB zu gewährleisten.⁹⁷⁵ Dies spricht ferner dafür, dass die Tarifpluralität basierend auf dem Ziel des § 4a TVG nach dem Inkrafttreten des Tarifeinheitsgesetzes nach § 4a TVG weiterhin möglich ist.

cc) Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB

Bei jeder Auslegung spielt der Normzweck bzw. der Bestandsschutz eine große, wenn nicht die größte Rolle.⁹⁷⁶ Es stellt sich somit die Frage, ob der Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB mit dem Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG vereinbar ist und somit die nach dem Betriebsübergang entstehenden Tarfkollisionsfälle nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG auflöst. Nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB tritt, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übergehen, dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Sind jedoch diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, setzt § 613a Abs. 1 S. 2 BGB voraus, dass sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Betriebsinhaber und dem Arbeitnehmer werden und nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden dürfen. § 613a Abs. 1 S. 4 BGB enthält aber zwei Ausnahmen von der Veränderungssperre des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB. Die erste betrifft den Fall, dass der Tarifvertrag vor dem Ablauf der Jahresfrist entweder durch Ablauf oder durch Kündigung des Vertrags nicht mehr gilt und die zweite bezieht sich auf den Fall, dass Erwerber und Arbeitnehmer die Geltung eines anderen Tarifvertrags vereinbart haben.⁹⁷⁷

Wie ersichtlich ist, betreffen die Folgen des Betriebsübergangs nicht nur den Veräußerer und den Erwerber, sondern auch die Arbeitnehmer des Betriebs, weil die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis auf einen anderen Arbeitgeber übergehen.⁹⁷⁸ Daher kann der Betriebsübergang die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers gefährden, weil diese Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind, beim Erwerber nur kollektivrechtlich weitergelten können, wenn der Erwerber wie der Veräußerer tarifgebunden ist und der Betrieb seine Identität

⁹⁷⁵ WD 6 - 3000 - 053/18, S. 6.

⁹⁷⁶ Figge, Tarifvertragliche Regelungen bei Betriebsübergang unter besonderer Berücksichtigung von Bezugnahme-klauseln, 2011, 54.

⁹⁷⁷ WD 6 - 3000 - 053/18, S. 4, 5.

nach dem Betriebsübergang behält. Es besteht aber die Möglichkeit, dass der Erwerber nicht tarifgebunden ist oder dass er den Betrieb mit einem anderen Zweck weiterführen möchte.⁹⁷⁹ Beim Vorliegen eines solchen Falles versuchte der Gesetzgeber einen Interessenausgleich zwischen dem Interesse des Veräußerers an Betriebsübergang und dem Interesse der Arbeitnehmer an Erhalt der Arbeitsbedingungen zu schaffen; deshalb hat er den § 613a Abs. 1 S. 2 BGB eingefügt.⁹⁸⁰ Die Gesamtregelung in § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB bezweckt also, einen Schutz des Arbeitnehmers im Fall eines Betriebsübergangs zu begründen, denn auch im Fall eines Betriebsübergangs soll der Schutz der kollektivvertraglichen Regelungen von Tarifverträgen nicht verloren gehen.⁹⁸¹ Die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG auf die Tarifkollisionsfälle, die durch den Betriebsübergang entstehen könnten, könnte aber gegen den Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB sprechen, dass diese Anwendung zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers nach dem Betriebsübergang führen könnte. Zu solch einer Verschlechterung kann es kommen, wenn der im Erwerberbetrieb geltende Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG den im Betrieb des Veräußerers geltenden Tarifvertrag verdrängt hat, wenn er die Mehrheit hat.

Um die Kollisionslage, die nach dem Betriebsübergang zwischen den transformierten Regelungen und dem Tarifvertrag des Erwerbers entstehen könnte, aufzulösen, hat § 613a Abs. 1 S. 3 BGB angeordnet, dass § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nicht gilt, sondern der Tarifvertrag des Erwerbers, wenn die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers durch diesen geregelt sind.⁹⁸² Der Gesetzgeber fordert jedoch zum Schutz des Arbeitnehmers, dass der im Erwerberbetrieb geltende Tarifvertrag nur dann an die Stelle der transformierten Regelungen tritt, wenn eine beiderseitige Tarifgebundenheit an diesen Tarifvertrag vorliegt.⁹⁸³ Nur so kann sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmerschutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB erreicht wird. Dass von einem Tarifwechsel möglicherweise betroffene Arbeitnehmer zu der zuständigen Gewerkschaft übertreten oder ihr beitreten, um den Erwerbertarifvertrag nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB zur Anwendung kommen zu

⁹⁷⁸ Reinecke, Die Sicherung der Tarifgeltung beim Betriebsübergang, 2016, S. 1.

⁹⁷⁹ Küttner Personalbuch 2025/Kreitner, Betriebsübergang Rn. 72.

⁹⁸⁰ Denke, Tarifvertrag und Betriebsübergang, 2020, S. 1.

⁹⁸¹ BAG, v. 21.02.2001 - 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1322.

⁹⁸² BAG, v. 21.02.2001 - 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1322.

⁹⁸³ Jacobs, NZA 2008, 325, 327.

lassen, kann es jedoch mit Rücksicht auf die negative Koalitionsfreiheit als einem Teil des Grundrechts der Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG nicht ankommen.⁹⁸⁴

So scheint es, dass für die Kollisionslage, die nach dem Betriebsübergang entsteht, zwei Kollisionsnormen bestehen, § 4a Abs. 2 TVG und § 613a Abs. 1 S. 3 BGB. Die erste verfolgt den Zweck, die gewillkürten Tarfkollisionen zu vermeiden und setzt nur voraus, dass der Arbeitgeber alleine an die kollidierenden Tarifverträge gebunden ist und die zweite verfolgt den Zweck, den Arbeitnehmer nach dem Betriebsübergang zu schützen und fordert, dass sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer tarifgebunden sind.

Zu einer Kollision zwischen den Normen muss es jedoch nicht kommen, da es sich bei § 613a Abs. 1 S. 3 BGB um eine Ausnahmegvorschrift handelt,⁹⁸⁵ die eine abschließende Sonderregelung enthält,⁹⁸⁶ damit der Erwerber die Arbeitsbedingungen innerhalb des Betriebs vereinheitlichen kann.⁹⁸⁷ § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB verdrängen also im Ergebnis die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG.⁹⁸⁸ *Bauer* lehnt dies jedoch ab und geht davon aus, dass die individualrechtliche Fortgeltung der Tarifnormen nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB eine Form von Tarifgeltung ist, die zu einer auflösungsbedürftigen Tarifpluralität führt und nur durch einen von zwei Auflösungsvorschlägen aufgelöst werden kann. Der erste Vorschlag ist, dass § 613a Abs. 1 S. 3 BGB so ausgelegt wird, dass der im Erwerbbetrieb geltende Tarifvertrag bei einseitiger Tarifbindung die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformierten Regelungen verdrängen kann. Der zweite Vorschlag ist, den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb anzuwenden, weil der Grundsatz der Tarifeinheit unabhängig vom Ursprung der Tarifgeltung stets dann gilt, wenn mehrere Tarifverträge im Betrieb nebeneinander zur Anwendung kommen.⁹⁸⁹ Dem kann aber nicht zugestimmt werden, weil der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb in den Fällen durchbrochen werden darf, wenn der Gesetzgeber in diesen Fällen eine gesetzliche Anordnung vorsieht.⁹⁹⁰ Eine im Betrieb des Erwerbers entstehende Tarifpluralität muss also nicht immer

⁹⁸⁴ BAG, v. 21.02.2001 - 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1323.

⁹⁸⁵ *Figge*, Tarifvertragliche Regelungen bei Betriebsübergang unter besonderer Berücksichtigung von Bezugnahme-klauseln, 2011, 147.

⁹⁸⁶ *ErfK/Preis*, § 613a BGB Rn. 124.

⁹⁸⁷ *Figge*, Tarifvertragliche Regelungen bei Betriebsübergang unter besonderer Berücksichtigung von Bezugnahme-klauseln, 2011, 147.

⁹⁸⁸ *ErfK/Preis*, § 613a BGB Rn. 124.

⁹⁸⁹ *Bauer*, NZA 2000, 181, 184.

⁹⁹⁰ *Bepler*, NZA-Beil. 2010, 99, 102.

durch den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG aufgelöst werden.⁹⁹¹ Dies bestätigt die Gesetzesbegründung, die die Anwendung der Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ausschließt, wenn ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag nach § 5 TVG und ein anderer Tarifvertrag, an den der Arbeitgeber nach § 3 TVG gebunden ist, nebeneinander im Betrieb bestehen.⁹⁹² Die Gesetzesbegründung spricht nur von einer subsidiären Funktion des Grundsatzes der Tarifeinheit, die sich nur darauf beschränkt, dass „die Gewerkschaften die zwischen ihnen bestehenden Interessenkonflikte autonom nicht zu einem Ausgleich bringen können“.⁹⁹³

Die Aussage, dass die individualrechtliche Weitergeltung der Tarifnormen nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB zu einer auflösungsbedürftigen Tarifpluralität führt, ist zudem nicht einwandfrei. Die individualrechtliche Weitergeltung war eine Reaktion auf die kollektivrechtliche Weitergeltung, da diese Geltung nach dem Transformationsmodell zum Verlust des bisherigen kollektivvertraglichen Schutzes der übernommenen Arbeitnehmer führen könnte. Dies erfolgt dadurch, dass die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen durch den im Erwerbbetrieb geltenden Tarifvertrag in Folge der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb verdrängt werden. Durch die individualrechtliche Weitergeltung bzw. den Rechtsquellenwechsel wird aber verhindert, dass die tariflichen Rechte der übernommenen Arbeitnehmer im Wege der Tarifkonkurrenz verdrängt werden.⁹⁹⁴ Darüber hinaus widerspricht dem in § 613a Abs. 1 S. 2 BGB verfolgten Arbeitnehmerschutzzweck, dass der Arbeitgeber durch alleinige Tarifbindung – wie es § 4a Abs. 2 S. 1 TVG und die Auffassung von *Bauer* erfordern – die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB weitergeltenden Regelungen beseitigen könnte, ohne dass es darauf ankäme, ob dieser Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet.⁹⁹⁵

Dies führt im Ergebnis dazu, dass das Regelungsziel des § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB, Arbeitnehmer nach dem Betriebsübergang zu schützen, Vorrang vor dem Regelungsziel des § 4a TVG hat, die gewillkürte Tarifikollisionen zu vermeiden.

⁹⁹¹ ErfK/*Preis*, § 613a BGB Rn. 124.

⁹⁹² BT-Drucks. 18/4062 S. 12.

⁹⁹³ BT-Drucks. 18/4062 S. 1.

⁹⁹⁴ *Sagan*, RdA 2011, 163, 169.

⁹⁹⁵ BAG, v. 21.02.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318, 1323.

dd) Richtlinienkonforme Auslegung

Hier ist fraglich, inwieweit die Verdrängung der nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformierten Regelungen durch die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG mit der Betriebsübergangsrichtlinie Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG vereinbar ist.

Nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG muss der Erwerber nach dem Betriebsübergang „die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße“ aufrechterhalten, wie sie im Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren. Die Richtlinie enthält keine ausdrücklichen Aussagen, dass die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen dem § 4a TVG unterliegen oder nicht, weil das Tarifeinheitsgesetz nach dem Erlass der Richtlinie und zwar am 10.07.2015 in Kraft getreten war. Diese Frage kann aber mit Hilfe der Richtlinienauslegung beantwortet werden.

Aus der Wortlautauslegung der Richtlinie ergibt sich, dass die Verdrängung der nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformierten Regelungen durch § 4a Abs. 2 S. 2 TVG gegen Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG verstößt. Der Wortlaut ist deutlich, in dem Sinne, dass der Erwerber die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers nach dem Betriebsübergang „in dem gleichen Maße“ aufrechterhalten muss.

Zwar hat der Erwerber die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers in seinem Betrieb „in dem gleichen Maße“ aufrechtzuerhalten, jedoch spricht Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG nicht dafür, dass die transformierten Regelungen in jedem Fall aufrechtzuerhalten sind. Die Richtlinie nennt Fälle, in denen die transformierten Regelungen nicht in dem gleichen Maße aufrechterhalten werden können (Kündigung, Ablauf, Inkrafttreten oder Anwendung eines anderen Kollektivvertrags). Die Frage ist nun, ob die Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG mit den Ausnahmefällen vergleichbar ist.⁹⁹⁶

Nach *Bienstein* kann die Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG weder mit der Kündigung noch mit dem Ablauf eines Tarifvertrags gleichgesetzt werden, weil die Tarifregelungen nach der Kündigung oder dem Ablauf des Tarifvertrags im Gegensatz zu der Verdrängung nach § 4a

⁹⁹⁶ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 159.

Abs. 2 S. 2 TVG weiterbestehen bleiben.⁹⁹⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung sind diese Fälle zwar nicht mit der Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG vergleichbar, jedoch mit einer anderen Begründung.

Die Richtlinie dient dem Schutz der kollektivvertraglichen Regelungen im Fall eines Betriebsübergangs. Sie bezweckt es also, nachteilige Folgen des Betriebsübergangs für die übernommenen Arbeitnehmer durch den Schutz ihrer Arbeitsbedingungen zu vermeiden. Im Falle der Kündigung oder des Ablaufens des Tarifvertrags ist der Betriebsübergang nicht der Grund für die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers. Diese Bedingungen könnten in diesen Fällen auch ohne den Betriebsübergang geändert werden. Im Gegensatz dazu steht der Fall der Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG. Die Verdrängung der nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformierten Regelungen ist eine Folge des Betriebsübergangs, daher kann die Verdrängung nicht mit dem Fall der Kündigung und des Ablaufens des Tarifvertrags verglichen werden.

Darüber hinaus führt die Verdrängung der transformierten Regelungen weder zu einem Inkrafttreten noch zu einer Anwendung eines anderen Tarifvertrags für die nach dem Betriebsübergang übernommenen Arbeitnehmer. Die Verdrängung führt lediglich zur Unanwendbarkeit des Tarifvertrags der Minderheitsgewerkschaft, an den die übernommenen Arbeitnehmer gebunden sind.⁹⁹⁸ Auf eine automatische Tarifgeltung des im Erwerberbetrieb geltenden Mehrheitstarifvertrags für die übernommenen Arbeitnehmer kann man sich nicht verlassen, da diese Geltung nur in Betracht kommt, wenn die übernommenen Arbeitnehmer durch den Beitritt zur Mehrheitsgewerkschaft in den Geltungsbereich des Mehrheitstarifvertrags fallen.⁹⁹⁹ Außerdem kann sich auch nicht auf das Nachzeichnungsrecht, das der Minderheitsgewerkschaft eingeräumt wird, berufen werden, da die übergehenden Arbeitnehmer sich in der Zeit zwischen dem Betriebsübergang und der Nachzeichnung in einem tariflosen Zustand befinden, „der seinerseits bereits einen Verstoß die in Art. 3 Abs. 3 der Betriebsübergangsrichtlinie festgelegten Grundsätze darstellen würde. Denn Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG verlangt gerade die Aufrechterhaltung der kollektivrechtlichen Bindungen bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen

⁹⁹⁷ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 159.

⁹⁹⁸ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 159.

⁹⁹⁹ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 159.

Kollektivvertrags. Die bloße Möglichkeit zur Nachzeichnung macht eine Fortgeltung nicht von vornherein verzichtbar“.¹⁰⁰⁰

Außerhalb der in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG genannten Ausnahmefälle stellt Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG klar, dass die Mitgliedstaaten den Zeitraum der Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen begrenzen können; jedoch darf dieser nicht weniger als ein Jahr betragen. Weil die Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht zu diesen Ausnahmefällen gehört, dürfen die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformierten Regelungen erst nach einem Jahr durch den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt werden.

Es besteht zudem aus Sicht des Transformationsmodells eine richtlinienwidrige Verschlechterung der Rechtsposition des betroffenen Arbeitnehmers, wenn die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Tarifnormen ihre kollektivrechtliche Weitergeltung nach dem Betriebsübergang verlieren und nur individualvertraglich weitergelten können. Der Richtlinienverstoß muss erst recht dann vorliegen, wenn die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Tarifnormen infolge der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 TVG gar nicht zur Anwendung kommen.¹⁰⁰¹

Letztendlich dient § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB der Umsetzung des Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG und soll einen gesetzlichen Bestandsschutz für die kollektivvertraglichen Rechte des Arbeitnehmers im Falle des Betriebsübergangs gewährleisten.¹⁰⁰² Wie bereits dargelegt wurde, spricht dieser Bestandsschutz gegen die Verdrängung der transformierten Regelungen, daher kommt man zu dem logischen Ergebnis, dass der Bestandsschutz der Richtlinie auch mit der Verdrängung der transformierten Regelungen nicht vereinbar ist. Ein anderes Ergebnis als die Unvereinbarkeit der Richtlinie mit der Verdrängung der transformierten Regelungen bedeutet, dass das deutsche nationale Gesetz dem Willen des europäischen Rechtes nicht entsprochen und in § 613a Abs. 1 S. 2–4 BGB einen anderen Bestandsschutz beinhaltet hat.

¹⁰⁰⁰ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 160.

¹⁰⁰¹ *Gräf*, NZA 2016, 327, 332.

¹⁰⁰² *Sagan*, RdA 2011, 163, 167.

**b) Zweites Problem: Verdrängung des im Erwerbsbetrieb geltenden
Tarifvertrags durch die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden
Regelungen nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG**

Der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb wirft auch im Rahmen des Betriebsübergangs eine weitere Frage auf und zwar, ob die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen den im Erwerbsbetrieb geltenden Tarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängen können oder nicht.¹⁰⁰³

Eine Auffassung gestattet den nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen die Möglichkeit, dass sie den Tarifvertrag des Erwerbers nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängen, wenn diese Tarifnormen in einem Tarifvertrag der Gewerkschaft geregelt, die über die Mehrheit verfügt.¹⁰⁰⁴ Dies wurde mit der Vereinbarkeit der Verdrängung mit dem Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB¹⁰⁰⁵ und mit Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG¹⁰⁰⁶ begründet.

Nach dieser Auffassung sind die Arbeitsbedingungen der übernommenen Arbeitnehmer nicht betroffen, wenn die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen den Tarifvertrag des Erwerbers nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängt haben.¹⁰⁰⁷ Der Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB, Arbeitnehmer vor einem Verlust ihrer kollektivvertraglichen Rechtspositionen nach dem Betriebsübergang zu bewahren,¹⁰⁰⁸ spricht somit nicht gegen diese Verdrängung. Es könnte zwar sein, dass diese Verdrängung zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer im aufnehmenden Betrieb führt; dies ist jedoch für die Anwendung des § 4a Abs. 2 TVG irrelevant.¹⁰⁰⁹

Weiterhin besteht mit der Verdrängung des im Erwerbsbetrieb geltenden Tarifvertrags kein Widerspruch zu Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG. Die Richtlinie spricht nur vom Schutz der

¹⁰⁰³ BeckOK ArbR/Gussen, § 613a BGB Rn. 237c; Gräf, NZA 2016, 327, 333.

¹⁰⁰⁴ BeckOK ArbR/Gussen, § 613a BGB Rn. 237c; Gräf, NZA 2016, 327, 333; Bienstein, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 162.

¹⁰⁰⁵ BeckOK ArbR/Gussen, § 613a BGB Rn. 237c; Gräf, NZA 2016, 327, 333.

¹⁰⁰⁶ Gräf, NZA 2016, 327, 333; Bienstein, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 162.

¹⁰⁰⁷ BeckOK ArbR/Gussen, § 613a BGB Rn. 237c; Gräf, NZA 2016, 327, 333.

¹⁰⁰⁸ Gräf, NZA 2016, 327, 331.

¹⁰⁰⁹ BeckOK ArbR/Gussen, § 613a BGB Rn. 237c.

übernommenen Arbeitnehmer. Ein ähnlicher Schutz für die Arbeitnehmer im aufnehmenden Betrieb hat die Richtlinie keine Regelungen.¹⁰¹⁰

Der Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB und des Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG spricht zwar nicht gegen die Verdrängung des im Erwerbsbetrieb geltenden Tarifvertrags, jedoch hängt die Beantwortung der aufgeworfenen Frage nicht vom Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB und dem Schutzzweck des Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG ab, sondern davon, ob eine Kollisionslage i. S. d. § 4a Abs. 2 TVG vorliegt oder nicht.

Nach dem Wortlaut des § 4a Abs. 2 TVG finden, wenn sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden und der Arbeitgeber an die kollidierenden Tarifverträge nach § 3 TVG gebunden ist, die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft Anwendung, die im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat. Beim Transformationsmodell handelt es sich bei den Tarifnormen, die beim Erwerber nach dem Betriebsübergang weitergelten, dem Wortlaut nach nicht um Tarifverträge, an die der Arbeitgeber nach § 3 TVG gebunden ist, sondern nur um Tarifnormen, die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB individualrechtlich weitergelten.¹⁰¹¹ Dies führt somit dazu, dass die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen nicht in den Anwendungsbereich des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG fallen.

Es erscheint auch schwierig nachzuvollziehen, dass die Tarifnormen, die im Betrieb nur individualrechtlich und vorübergehend weitergelten, einen anderen Tarifvertrag, der im Betrieb kollektivrechtliche Wirkung hat, verdrängen. § 4a Abs. 2 TVG spricht sich zwar nicht dafür aus, dass der Tarifvertrag im Betrieb kollektivrechtlich weitergelten muss, um den Minderheitstarifvertrag nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängen zu können, § 4a Abs. 2 S. 1 TVG setzt jedoch für das Entstehen einer Kollisionslage eine bestimmte Art von Tarifbindung des Arbeitgebers an die kollidierenden Tarifverträge voraus. § 4a Abs. 2 S. 1 TVG fordert, dass der Arbeitgeber an die beiden Tarifverträge nach § 3 TVG autonom tarifgebunden ist. Weil der Erwerber infolge des Betriebsübergangs nicht automatisch in die mitgliedschaftliche Stellung des Veräußerers eintritt, weil dieser automatische Eintritt weder mit der negativen Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG noch mit der höchstpersönlichen Natur des Mitgliedschaftsrechtes nach § 38 BGB vereinbar ist,

¹⁰¹⁰ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 162.

¹⁰¹¹ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 147, 148.

ist der Arbeitgeber nach dem Transformationsmodell an die fortgeltenden Regelungen nur Kraft des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB gebunden.¹⁰¹² Doch kann diese Bindung mit der Bindung des Arbeitgebers kraft der Mitgliedschaft nach § 3 TVG nicht gleichgestellt werden.¹⁰¹³ Darüber hinaus greift die Rechtsfolge des § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur, wenn eine Tarifgeltung nach § 4 Abs. 1 vorliegt.¹⁰¹⁴ Die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen verlieren aber nach der Transformation ihren Normcharakter.¹⁰¹⁵ Die Tariftransformation i. S. d. § 613a Abs. 1 S. 2 BGB kann also keine Tarifikollision i. S. d. § 4a Abs. 2 TVG im Erwerbsbetrieb begründen.¹⁰¹⁶

Dass die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen den im Erwerbsbetrieb geltenden Tarifvertrag nicht nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängen können, ist mit dem Ziel des § 4a TVG vereinbar, weil die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie – wie bereits aufgezeigt – nicht jede Tarifpluralität im Betrieb zu verbieten erfordert. Die Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a Abs. 2 TVG ist nur auf den Fall gerichtet, dass im Überschneidungsfall nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften und wenn der Arbeitgeber an die kollidierenden Tarifverträge autonom nach § 3 TVG gebunden ist, im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft zur Anwendung kommen, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten Mitglieder hatte.

Die Verdrängung des im Erwerbsbetrieb geltenden Tarifvertrags durch die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen ist also mit dem Transformationsmodell unvereinbar.

c) Ergebnis

Die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen können nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG weder verdrängen noch verdrängt werden.

¹⁰¹² Kuzbida, Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, 2015, S. 97.

¹⁰¹³ Sagan, RdA 2011, 163, 170.

¹⁰¹⁴ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 3 TVG Rn. 487.

¹⁰¹⁵ BeckOK ArbR/Gussen, § 613a BGB Rn. 232.

¹⁰¹⁶ Löwisch/Rieble/Löwisch/Rieble, § 3 TVG Rn. 487.

3. Transformation des verdrängten Minderheitstarifvertrags nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB

Es stellt sich die Frage, ob der aufgrund der Anwendung des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG verdrängte Minderheitstarifvertrags nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformiert werden kann.

Der Wortlaut des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB spricht dafür, dass die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers nur übergangen werden können, wenn sie durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs „geregelt“ sind. Zunächst erscheint es, dass der verdrängte Minderheitstarifvertrag nicht nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB übergehen kann, da er die Rechte und Pflichten zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht regelt.¹⁰¹⁷ Doch es gab eine Ansicht, die besagt, dass der Wortlaut des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nicht streng auszulegen ist. Der Minderheitstarifvertrag ist durch die Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht unwirksam, sondern findet lediglich keine Anwendung. Das soll dazu führen, dass der verdrängte Minderheitstarifvertrag im Sinne des Wortlautes des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB auf den Erwerber übergeht.¹⁰¹⁸ Diese Ansicht ist aber nicht vertretbar. Der Minderheitstarifvertrag ist zwar nicht unwirksam und findet lediglich während der Verdrängung keine Anwendung. Dem Wortlaut des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB kann man aber nicht entnehmen, ob diese Situation des Minderheitstarifvertrags während der Verdrängung ausreichend ist, um den verdrängten Minderheitstarifvertrag nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB zu übergehen. Dem Wortlaut nach müssen die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers zum Zeitpunkt des Übergangs durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags „geregelt“ sein. Der Tarifvertrag, der diese Rechte und Pflichten zum Zeitpunkt des Übergangs regelt, ist nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur der Mehrheitstarifvertrag. Die Wortlautauslegung des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB spricht also dafür, dass der verdrängte Minderheitstarifvertrag nicht nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB transformiert werden kann.

Im Gegensatz zur Wortlautauslegung erfordert es der Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB, dass alle Tarifverträge, an die der Veräußerer zum Zeitpunkt des Übergangs gebunden ist, transformiert werden und zwar unabhängig davon, ob der Tarifvertrag zum Zeitpunkt des Übergangs anwendbar ist oder nicht, weil die verdrängten unanwendbaren Tarifverträge auch zum „kol-

¹⁰¹⁷ Müller-Bonanni, RdA 2016, 270, 273.

¹⁰¹⁸ Bienstein, Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 191.

lektiven Normenbestand“ im Betrieb des Veräußerers gehören.¹⁰¹⁹ Es muss auch darauf hingewiesen werden, dass § 4a Abs. 2 TVG zwar verschiedene tarif- und koalitionsspezifische Zwecke verfolgt, jedoch nicht den Zweck, den Bestandsschutz des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB einzuschränken. Beim Vorliegen einer Tarifikollision i. S. d. § 4a Abs. 2 TVG muss der Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB also nicht nur den Mehrheitstarifvertrag erfassen, sondern auch alle verdrängten Minderheitstarifverträge.¹⁰²⁰ Dem Schutzzweck des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB kann ferner am effektivsten Rechnung getragen werden, wenn auch der verdrängte Minderheitstarifvertrag auf den Erwerber übergeht, weil der vollständige Übergang der Tariflage vom Veräußerer auf den Erwerber die Möglichkeit versichert, wie sie im Betrieb des Veräußerers bestehen könnte, dass der verdrängte Minderheitstarifvertrag auch beim Erwerber wiederaufleben kann.¹⁰²¹ Der Betriebsübergang muss nicht dazu führen, dass die Arbeitnehmer den Schutz der Regelungen des Minderheitstarifvertrags des Veräußererbetriebs verlieren.¹⁰²² Dadurch wird vermieden, dass eine Schlechterstellung der Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft infolge des Betriebsübergangs erfolgt.¹⁰²³ Der nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltende Minderheitstarifvertrag kann im Erwerberbetrieb weiterhin verdrängt bleiben, solange die Voraussetzungen des § 4a Abs. 2 TVG bestehen. Enden diese Voraussetzungen, könnte der verdrängte Minderheitstarifvertrag wiederaufleben.¹⁰²⁴

Weiterhin spricht für die Transformation des verdrängten Minderheitstarifvertrags nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB, dass die Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht zur Beendigung der Bindung an den verdrängten Minderheitstarifvertrag führt. Die Tarifbindung des Veräußerers an den verdrängten Minderheitstarifvertrag bleibt bestehen. Die Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG führt lediglich dazu, dass der verdrängte Minderheitstarifvertrag zeitweise im Betrieb unanwendbar ist.¹⁰²⁵

Es besteht außerdem kein Anlass zu vermuten, dass sich die Rechtslage im Falle der Tarifpluralität von der Rechtslage im Falle der Tarifkonkurrenz unterscheidet.¹⁰²⁶ Im Falle der Tarifkonkur-

¹⁰¹⁹ Müller-Bonanni, RdA 2016, 270, 273.

¹⁰²⁰ Müller-Bonanni, RdA 2016, 270, 273.

¹⁰²¹ Bienstein, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 194.

¹⁰²² Weber, Tarifentwicklungen nach einem Betriebsübergang, 2019, S. 77.

¹⁰²³ Müller-Bonanni, RdA 2016, 270, 274.

¹⁰²⁴ Hohenstatt/Schuster, ZIP 2016, 5, 9.

¹⁰²⁵ Weber, Tarifentwicklungen nach einem Betriebsübergang, 2019, S. 77.

¹⁰²⁶ Weber, Tarifentwicklungen nach einem Betriebsübergang, 2019, S. 77.

renz sagt das BAG, wenn die Rechte und Pflichten zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs in mehreren Tarifverträgen geregelt sind: „so geht der Gesamtbestand der Tarifnormen auf das mit dem Erwerber fortbestehende Arbeitsverhältnis über“.¹⁰²⁷ Der verdrängte Minderheitstarifvertrag wirkt sich zwar nicht unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus, er regelt aber die tariflichen Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers.¹⁰²⁸

Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG spricht auch nicht dagegen. Nach dem Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG muss der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen in dem gleichen Maße aufrechterhalten wie sie im Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren. Die Richtlinie enthält zwar keine Aussagen, ob der verdrängte Minderheitstarifvertrag übergangen werden kann oder nicht, der Aussage „in dem gleichen Maße“ ist aber zu entnehmen, dass der Übergang alle Tarifverträge umfasst, die sich beim Veräußerer befinden. Darunter fällt also auch der verdrängte Minderheitstarifvertrag, da er durch die Verdrängung nicht unwirksam ist, sondern nur unanwendbar.¹⁰²⁹ Außerdem spricht der von der Richtlinie verfolgte Bestandsschutz für den Übergang der verdrängten Tarifnormen, da diese trotz ihrer Unanwendbarkeit zu den vereinbarten Arbeitsbedingungen des Veräußerers gehören.¹⁰³⁰

¹⁰²⁷ BAG, v. 22.04.2009 – 4 AZR 100/08. NZA 2010, 41, 49.

¹⁰²⁸ *Weber*, Tarifentwicklungen nach einem Betriebsübergang, 2019, S. 75.

¹⁰²⁹ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 19, 197.

¹⁰³⁰ *Bienstein*, Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, 2023, S. 197.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

Beim Eingreifen der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kann nur der Mehrheitstarifvertrag die Sperrwirkung nach § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG auslösen. Dieses Ergebnis ist mit dem Schutzzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG, nämlich der Sicherung der Tarifautonomie, vereinbar, da Art. 9 Abs. 3 GG keinen absoluten Vorrang der Tarifparteien gegenüber den Betriebsparteien verlangt. Es besteht also kein Bedürfnis, die betrieblichen Angelegenheiten auszuschließen, wenn diese in irgendeinem Tarifvertrag und ohne Rücksicht auf seine Anwendbarkeit im Betrieb geregelt wurden. Die Annahme, dass der Minderheitstarifvertrag auch die Sperrwirkung auslösen kann, führt – entgegen dem Schutzzweck des § 77 Abs. 3 BetrVG – zur Schaffung eines Regelungsmonopols der Arbeitsbedingungen zugunsten der Tarifparteien und somit zu einer erheblichen Einschränkung der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien.

Darüber hinaus kann der Minderheitstarifvertrag die Tarifüblichkeit während der Verdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht begründen, da hier die allgemeinen Voraussetzungen der Tarifüblichkeit nicht vorliegen. Eine Arbeitsbedingung ist nur tarifüblich, wenn sie Gegenstand eines Tarifvertrags war und wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass diese Arbeitsbedingung nach einer bestimmten Zeit (Verhandlungszeitraum) wiederauflebt. Anders als bei einem nachwirkenden Tarifvertrag fehlen bei der Tarifverdrängung nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG die klaren zeitlichen Grenzen, da hier nicht ersichtlich ist, wann die Mehrheitsverhältnisse im Betrieb geändert werden können und wann demzufolge die Arbeitsbedingung durch das Wiederaufleben des Minderheitstarifvertrags wieder tariflich geregelt werden kann.

In Bezug auf die Öffnungsklauseln nach § 77 Abs. 3 S. BetrVG kann die Sperrwirkung nur durch eine Öffnungsklausel im Mehrheitstarifvertrag beseitigt werden, da beim Eingreifen der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur dieser Tarifvertrag die Sperrwirkung auslösen kann. Aufgrund dieses Ergebnisses betrachtet diese Arbeit die Kollision zwischen einem Mehrheitstarifvertrag mit einer Öffnungsklausel und einem Minderheitstarifvertrag ohne Öffnungsklausel oder die Kollision der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG kollidierenden Tarifverträge mit unterschiedlichen Öffnungsklauseln nicht als auflösungsbedürftige Tarifkonkurrenz, weil der Minderheitstarifvertrag nach der hier vertretenen Ansicht keine Sperrwirkung entfaltet.

Die Anwendung der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG könnte dazu führen, dass ein Mehrheitstarifvertrag einen anderen öffnenden Minderheitstarifvertrag verdrängt. Infolgedessen

wird die aufgrund einer Öffnungsklausel im verdrängten Minderheitstarifvertrag abgeschlossene Betriebsvereinbarung unwirksam. Vom Wiederaufleben dieser Betriebsvereinbarung kann aber gesprochen werden, wenn der öffnende Minderheitstarifvertrag wiederauflebt, da die Geltungsdauer der aufgrund einer Öffnungsklausel abgeschlossenen Betriebsvereinbarung mit der Dauer des Tarifvertrags verbunden ist, der beim Eingreifen der Kollisionsregeln nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG lediglich verdrängt wurde und nicht nichtig geworden ist.

Der Tarifvertrag, der das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 BetrVG ausschließen kann, ist nur der Mehrheitstarifvertrag, weil nach Eingreifen der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nur die Rechtsnormen dieses Tarifvertrags bestehen bleiben. Darüber hinaus kann dem Schutzzweck des § 87 Abs. 1 BetrVG nur durch diesen Tarifvertrag Rechnung getragen werden, weil das Bedürfnis für einen zusätzlichen Schutz der Arbeitnehmer nur bei einem anwendbaren Tarifvertrag entfällt.

Die Betriebsbezogenheit des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb nach § 4a TVG könnte dazu führen, dass die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung in manchen Betrieben wirksam wird und in anderen nicht. Welche Folgen die Teilunwirksamkeit der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung für den verbleibenden wirksamen Teil hat, soll sich nach § 139 BGB richten, da die Betriebsvereinbarung als Rechtsgeschäft betrachtet wird. Somit hängt die Weitergeltung der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung in den Betrieben, in denen der nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG verdrängende Mehrheitstarifvertrag eine Öffnungsklausel enthält, vom Willen der Parteien der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung ab. Ist dieser Wille nicht ersichtlich, muss aus der Bewertung der objektiven Umstände entnommen werden, ob die Parteien der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung diese auch ohne den unwirksamen Teil abgeschlossen hätten. Die Anwendung der Kollisionsregel nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG könnte auch dazu führen, dass die Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung nicht mehr in allen Betrieben gilt oder dass sie nur in einem Betrieb gelten kann. In diesen Fällen kann sie ebenfalls weiterbestehen, weil § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht zur Beendigung der normativen Wirkung der Gesamt-/Konzernbetriebsvereinbarung, sondern lediglich zur zeitweisen Sperrung ihrer Wirkung, führt.

Da die Konkurrenz im Bereich der Organisationstarifverträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG zugunsten eines Tarifvertrags aufgelöst werden muss, weil diese Tarifverträge betriebs- und betriebsverfassungsrechtliche Normen enthalten, hat sich diese Arbeit für das Mehrheitsprinzip

entschieden. Also kann nur der Mehrheitstarifvertrag die Organisation der Betriebsverfassung nach § 3 Abs. 1 BetrVG bestimmen, weil der Organisationstarifvertrag sich auf die Organisationsstruktur der Arbeitnehmerrepräsentationen bezieht und nichts Besseres als der Mehrheitstarifvertrag ersichtlich ist, an den die meisten Arbeitnehmer gebunden sind.

Die nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB fortgeltenden Regelungen können nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG nicht verdrängen, weil der Arbeitgeber an diese Regelungen nicht nach § 3 TVG, sondern nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB gebunden ist. Auch können sie nicht verdrängt werden, weil dies zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers nach dem Betriebsübergang führen könnte.

Literaturverzeichnis

- Annuß, Georg* Schwierigkeiten mit § 3 I Nr. 3 BetrVG?, NZA 2002, S. 290-294
- Bachner, Michael/Gerhardt, Peter* Betriebsübergang: Basiskommentar zu § 613a BGB mit den Folgen für die Mitbestimmung (Basiskommentare), Bund-Verlag Frankfurt am Main 2008
- Bakopoulos, Konstantinos* Zuständigkeitsverteilung zwischen tarifvertraglicher und innerbetrieblicher Normsetzung, Duncker & Humblot Berlin 1991
- Bauer, Jobst-Hubertus/Rieble, Volker (Hrsg.)* Vereinbarte Betriebsstruktur in Unternehmen und Konzern, Arbeitsrecht, Köln, 2001 Tagungsband zum RWS-Forum 2002 (zit.: *Rieble, RWS-Forum 2002*)
- Bauer, Jobst-Hubertus/Günther, Jens* Bezugnahmeklauseln bei Verbandswechsel und Betriebsübergang – Ein Irrgarten?, NZA 2008, S. 6-12
- Bauer, Meinel* Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen im Betrieb - Individualrechtliche Lösung statt Grundsatz der Tarifeinheit, NZA 2000, S. 181-188
- Baumann, Thomas* Die Delegation tariflicher Rechtsetzungsbefugnisse, Duncker & Humblot Berlin 1992
- Bayreuther, Frank* Tarifpluralitäten und -konkurrenzen im Betrieb
Zur Zukunft des Grundsatzes der Tarifeinheit, NZA 2007, S. 187-191
- Bayreuther, Frank* Funktionsfähigkeit eines Tarifeinheitsgesetzes in der arbeitsrechtlichen Praxis?, NZA 2013, S. 1395-1400
- Beer, Hubert* Die relative Unwirksamkeit: Eine Darstellung Unter Besonderer Berücksichtigung der Interessen- und Wertungsjurisprudenz, Duncker & Humblot Berlin 1975
- Belling, Detlev W./ Hartmann, Christian* Die Rechtswirkungen einer gegen § 77 III BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarung, NZA 1998, S. 673-680
- Bepler, Klaus* Zwischenbilanz Tarifeinheitsgesetz, RdA 2022, S. 189-199
- Bepler, Klaus* Tarifverträge im Betriebsübergang, RdA 2009, S. 65-76
- Bepler, Klaus* Tarifeinheit im Betrieb- Eine Skizze der bisherigen Rechtsprechung, NZA-Beil. 2010, S. 99-104
- Berger, Veronika* Organisation der Betriebsverfassung im matrixorganisierten Konzern, Nomos Baden-Baden 2017
- Bialluch, Christoph* Das Tarifeinheitsgesetz, Mohr Siebeck Tübingen 2019
- Bienstein, Phillipp* Die Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Betriebsübergänge und Unternehmensumstrukturierungen, Peter Lang 2023
- Bister, Jeremy* Tarifpluralität - Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, Peter Lang 2011

<i>Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.) Braun, Stephanie</i>	Gesamtes Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2022 (zit.: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht/ <i>Bearbeiter</i>) Die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, Ergon Verlag Würzburg 2007
<i>Brecht, Holger</i>	Die Umsetzung von Tarifverträgen auf Betriebsebene, Duncker & Humblot Berlin 2003
<i>Brocker, Ulrich</i>	Ende der Tarifeinheit aus betrieblicher Sicht, NZA-Beil. 2010, S. 121-126
<i>Bürger, Felix</i>	Das Kollisionsverhältnis von Fachtarifvertrag und Branchentarifvertrag, Duncker & Humblot Berlin 2005
<i>Burkiczak, Christian</i>	Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, Duncker & Humblot Berlin 2006
<i>Däubler, Wolfgang (Hrsg.)</i>	Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer- Entsendegesetz, 5. Aufl., 2022 (zit.: Däubler, Tarifvertragsgesetz/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Däubler, Wolfgang/Bepler, Klaus</i>	Das neue Tarifeinheitsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2016 (zit.: Das neue Tarifeinheitsrecht/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Däubler, Wolfgang/Klebe, Thomas/Wedde, Peter (Hrsg.) Denke, Sebastian</i>	Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl., 2020 (zit.: Däubler/Klebe/Wedde/ <i>Bearbeiter</i>) Tarifvertrag und Betriebsübergang, Mohr Siebeck Tübingen 2020
<i>Dietz, Rolf/ Richardi, Reinhard</i>	Beck'scher Kommentare zum Arbeitsrecht, 6. Aufl., 1982 (zit.: Dietz/Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Düwell, Franz Josef</i>	Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., 2022 (zit.: Düwell, Betriebsverfassungsgesetz/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Dzida, Boris</i>	Maßgeschneiderte Betriebsratsstruktur bei konkurrierenden Gewerkschaften: Ein Mitglied reicht aus, NZA 2010, S. 80-82
<i>Ehmann, Horst/ Schmidt, Thomas Benedikt</i>	Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge Grenzen des Tarifvorrangs, NZA 1995, S. 193-203
<i>Ewer, Wolfgang</i>	Aushöhlung von Grundrechten der Berufs- und Spartengewerkschaften – das Tarifeinheitsgesetz, NJW 2015, S. 2230-2235
<i>Fabricius, Fritz/Kraft, Alfons/Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/ Raab, Thomas/Weber, Christoph Figge, Melanie</i>	Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar, 7. Aufl., 2002 (zit.: GK-BetrVG/ <i>Bearbeiter</i>) Tarifvertragliche Regelungen bei Betriebsübergang unter besonderer Berücksichtigung von Bezugnahme Klauseln, Peter Lang 2011
<i>Fischer, Christian</i>	Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen, C.H.Beck 1998

<i>Fitting, Karl (Begr.)</i>	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 32. Aufl., 2024(zit.: <i>Fitting..</i>)
<i>Franzen, Martin</i>	Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, S. 193-205
<i>Friese, Birgit</i>	Die Bildung von Spartenbetriebsräten nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, RdA 2003, S. 92-101
<i>Fuhrmann, Stefan</i>	Die Teilkündigung der Betriebsvereinbarung beim Betriebsübergang, Nomos Baden-Baden 2013
<i>Galperin, Hans/Löwisch, Manfred</i>	Galperin/Löwisch Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., 1976 (zit.: Galperin/Löwisch, Betriebsverfassungsgesetz/Bearbeiter)
<i>Gaul, Björn/Mückl, Patrick</i>	Vereinbarte Betriebsverfassung – Was ist möglich, was sinnvoll?, NZA 2011, S. 657-664
<i>Giesen, Richard/Rixen, Stephan</i>	Tarifeinheits-Reparaturgesetz: Was regelt der neue § 4 a II 2 TVG?, NZA 2019, S. 577-582
<i>Göbel, Malte</i>	Die Auswirkungen des Tarifeinheitgesetzes auf das Arbeitskampfrecht, Nomos Baden-Baden 2019
<i>Goethner, Ralf</i>	Die rechtlichen Auswirkungen der gegen § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßenden Betriebsvereinbarungen, Josef Eul Verlag GmbH 2003
<i>Gooren, Paul</i>	Tarifeinheit und Tarifikollision (§ 4 a TVG) in der Praxis, NZA 2022, S. 444-452
<i>Görres-Gesellschaft (Hrsg.)</i>	Staatslexikon, 8. Aufl., 2020 (zit.: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon/Bearbeiter)
<i>Gräf, Stephan</i>	Tarifpluralität und Tarifeinheit nach Betriebs(teil)übergang, NZA 2016, S. 327-334
<i>Grambow, Tobias</i>	Schaffung abweichender betriebsverfassungsrechtlicher Organisationseinheiten durch Tarifvertrag - Auswirkung des Tarifeinheitgesetzes auf Tarifverträge nach § 3 BetrVG-, DB Nr. 39 2018, S. 2367-2370:URL: https://buse.de/wp-content/uploads/2019/03/Schaffung-abweichender-betriebsverfassungsrechtlicher-Organisationseinheiten-durch-Tarifvertrag-Tobias-Grambow-Rechtsanwalt-Buse.pdf
<i>Greiner, Stefan</i>	Auswirkungen der Tarifeinheit im Betrieb auf Betriebsvereinbarungen, RdA 2022, S. 164-170
<i>Greiner, Stefan</i>	Rechtsfragen der Koalition-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, Beck München 2010
<i>Greve, Natascha</i>	Die Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarung Im Betriebsübergang und Bei Umwandlung Nach Dem Umwandlungsgesetz, Logos Verlag GmbH Berlin 2012
<i>Grobys, Isabella/Panzer-Heemeier, Andrea (Hrsg.)</i>	StichwortKommentar -Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2023 (zit.: Grobys/Panzer-Heemeier, SWK-ArbR/Bearbeiter)

<i>Gussen, Heinrich/Dauck, Andreas</i>	Die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen beim Betriebsübergang und Umwandlung, 2. Aufl., Erich Schmidt Verlag Berlin 1997.
<i>Hablitzel, Hans</i>	Das Verhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, NZA 2001, S. 467-472
<i>Heinze, Meinhard</i>	Betriebsvereinbarung versus Tarifvertrag?, NZA 1989, S. 41-48
<i>Heinze, Meinhard</i>	Regelungsabrede, Betriebsvereinbarung und Spruch der Einigungsstelle Zustandekommen und Rechtswirkungen betrieblicher Regelungen, NZA 1994, S. 580-586
<i>Heitzmann, Brecht</i>	Das Spannungsverhältnis tariflicher und betrieblicher Rechtsetzung in: Ring, Gerhard (Hrsg.), Überbetriebliche versus innerbetriebliche Kollektivvereinbarungen, Nomos Baden-Baden, 2012, S. 181-196
<i>Henneberger-Sudjana, Sarah/Henneberger, Fred</i>	Der Grundsatz der Tarifeinheit in der Schweiz und in Deutschland, RdA 2016, S. 326-339
<i>Henssler, Martin/Moll, Wilhelm/Bepler, Klaus</i>	Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag – Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2. Aufl., 2016 (zit.: Henssler/Moll/Bepler/Bearbeiter)
<i>Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.)</i>	Arbeitsrecht Kommentar, 11. Aufl., 2024 (zit.: Henssler/Willemsen/Kalb/Bearbeiter)
<i>Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schuster, Bastian</i>	Auswirkungen des Tarifeinheitsgesetzes auf Umstrukturierungen, ZIP 2016, S. 5-11
<i>Höpfner, Clemens</i>	Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, Nomos 2015
<i>Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank</i>	Arbeitsrecht Band 2: Kollektivarbeitsrecht + Arbeitsstreitigkeiten 8. Aufl., 2020 (zit.: Hromadka/Maschmann/Bearbeiter)
<i>Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank/Wallner, Franz Jacobs, Matthias</i>	Der Tarifwechsel, C.H.Beck München 1996
<i>Jacobs, Matthias</i>	Tarifpluralität statt Tarifeinheit Aufgeschoben ist nicht aufgehoben!, NZA 2008, S. 325-333
<i>Jacobs, Matthias</i>	Fortgeltung und Änderung von Tarif- und Arbeitsbedingungen bei der Umstrukturierung von Unternehmen, NZA-Beil. 2009, S. 45-54
<i>Jacobs, Matthias</i>	Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Duncker & Humblot Berlin 1999
<i>Jäpel, Sebastian</i>	Rechtliche Unmöglichkeit und gesetzliches Verbot, Nomos 2014
<i>Kania, Kania/Klemm, Claudia</i>	Möglichkeiten und Grenzen der Schaffung anderer Arbeitnehmervertretungsstrukturen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, RdA 2006, S. 22-27
<i>Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.)</i>	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3, 6. Aufl., München 2025 (zit.: MHdB ArbR/Bearbeiter)

<i>Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.)</i>	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 4, 5. Aufl., München 2022 (zit.: MHdB ArbR/Bearbeiter)
<i>Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.)</i>	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 6. Aufl., München 2024 (zit.: MHdB ArbR/Bearbeiter)
<i>Kissel, Otto Rudolf</i>	Das Spannungsfeld zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag, NZA 1986, S. 73-80
<i>Köhler, Helmut</i>	BGB Allgemeiner Teil, 45. Aufl., 2021 (zit.: Köhler, BGB AT)
<i>Konzen, Horst/Schliemann, Harald</i>	Der Regierungsentwurf des Tarifeinheitgesetzes, RdA 2015, S. 1-16
<i>Kort, Michael</i>	Rechtsfolgen einer wegen Verstoßes gegen § 77 III BetrVG (teil-) unwirksamen Betriebsvereinbarung, NZA 2005, S. 620-621
<i>Koschker, Maximilian</i>	Mitbestimmung bei der Entgeltgestaltung, Nomos Baden-Baden 2015
<i>Krebber, Sebastian</i>	Tarifrechtliche Probleme unter der Herrschaft der Tarifpluralität, RdA 2011, S. 23-30
<i>Kreutz, Peter</i>	Teilnichtigkeit und Teilkündigung einer Betriebsvereinbarung, in: <i>Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.)</i> , Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, 2011, 247
<i>Kreutz, Peter</i>	Grenzen der Betriebsautonomie, C.H.Beck 1979
<i>Krohm, Ingmar</i>	Weitergeltung & Nachwirkung, Nomos Baden-Baden 2014
<i>Krüger, Nicole</i>	Der Grundsatz der Tarifeinheit und die Folgen seine Aufgabe für das Arbeitskampfrecht, Verlag Dr. Kovač Hamburg 2013
<i>Kuzbida, Lena Kristina</i>	Die Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit bei Tarifpluralität und die Auswirkungen auf das Betriebsverfassungsrecht, Peter Lang GmbH Frankfurt am Main 2015
<i>Lakies, Thomas</i>	Die Anwendung von Tarifverträgen nach einem Betriebsübergang, ArbRAktuell 2013, S. 564-567
<i>Lambrich, Thomas</i>	Tarif- und Betriebsautonomie, Duncker & Humblot Berlin 1999
<i>Lang, Flavia</i>	Die verdrängende Betriebsvereinbarung, Nomos 2018
<i>Lautenschläger, Susanne</i>	Der Grundsatz der Tarifeinheit bei Tarifpluralität nach dem Employment Relations Act 1999, Nomos Mannheim 2009
<i>Leitmeier, Lorenz</i>	Funktionen und Unterschiede der Nachwirkung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Duncker & Humblot Berlin 2010
<i>Link, Rüdiger/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)</i>	Kündigungsrecht, 7. Aufl., 2024 (zit.: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht/Bearbeiter)
<i>Linsenmaier, Wolfgang</i>	Tarifpluralität, Tarifkonkurrenz, Tarifeinheit – Folgen für das Arbeitskampfrecht, RdA 2015, S. 369-388

<i>Löwisch, Manfred</i>	Misslungene Reparatur des Tarifeinheitgesetzes, RdA 2019, S. 169-173
<i>Löwisch, Manfred</i>	Tarifeinheit nur auf Antrag, NZA 2015, S. 1369-1371
<i>Löwisch, Manfred/Rieble, Volker</i>	Tarifeinheitgesetz, 4. Aufl., München 2017 (zit.: Löwisch/Rieble/Bearbeiter)
<i>Lützeler, Martin</i>	Aktienoptionen Bei einem Betriebsübergang, Kovač Hamburg 2007
<i>Maren, Band</i>	Tarifkonkurrenz, Tarifpluralität und der Grundsatz der Tarifeinheit, Peter Lang 2003
<i>Martens, Zanda</i>	Fortbestand und Beendigung von Betriebsvereinbarungen, insbesondere bei der Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, 2021
<i>Meyer, Cord</i>	Rechtliche wie praktische Unzuträglichkeiten einer Tarifpluralität, NZA 2006, S. 1387-1392
<i>Meyer, Cord</i>	Tarifpluralität in der Betriebsverfassung, NZA Nachrichten, Heft 24/2023.
<i>Meyer, Cord</i>	Rechtliche wie praktische Unzuträglichkeiten einer Tarifpluralität, NZA 2006, S. 1387-1392
<i>Moll, Wilhelm</i>	Begründung einer Gesamtzusage nach unwirksamer Betriebsvereinbarung, RdA 2019, S. 229-235
<i>Moll, Wilhelm</i>	Der Tarifvorrang im Betriebsverfassungsgesetz, Erich Schmidt Berlin 1980
<i>Moll, Wilhelm (Hrsg.)</i>	Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2025 (zit.: MAH ArbR/Bearbeiter)
<i>Müller, Bernd</i>	Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität, NZA 1989, S. 449-453
<i>Müller-Bonanni, Thomas</i>	Zentrale Fragen des Betriebsübergangs im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung und Reformen, RdA 2016, S. 270-274
<i>Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Gallner, Inken/Schmidt, Ingrid (Hrsg.)</i>	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl., München 2025 (zit.: ErfK/Bearbeiter)
<i>Neuner, Jörg</i>	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., 2023 (zit.: Neuner, BGB AT)
<i>Oberthür, Nathalie/Seitz, Stefan (Hrsg.)</i>	Betriebsvereinbarungen, 3. Aufl., 2021 (zit.: Oberthür/Seitz Betriebsvereinbarungen/Bearbeiter)
<i>Oetker, Hartmut</i>	Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität bei Tarifverträgen über Gemeinsame Einrichtungen (§ 4 II TVG), NZA-Beil. 2010, S. 13-32
<i>Otto, Jan Christof</i>	Arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln und Änderungen der Tarifgeltung, Nomos Baden-Baden 2006
<i>Plander, Harro</i>	Der Betrieb als Verhandlungsobjekt im Betriebsverfassungs- und sonstigen Arbeitsrecht, NZA 2002, S. 483-492

<i>Pütz, Laura</i>	Strukturtarifverträge zur Organisation der betrieblichen Mitbestimmung, Nomos Baden-Baden 2020
<i>Reichold, Hermann</i>	Abschied von der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen, RdA 2007, S. 321-328
<i>Reinecke, Thimo</i>	Die Sicherung der Tarifgeltung beim Betriebsübergang, Mohr Siebeck Tübingen 2016
<i>Richardi, Reinhard</i>	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 17. Aufl., München 2022 (zit.: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Richardi, Reinhard</i>	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 7. Aufl., 1998 (zit.: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Richardi, Reinhard</i>	Betriebsratswahlen nach § 3 BetrVG – nicht „Wie es Euch gefällt!“, NZA 2014, S. 232-234
<i>Rieble, Volker</i>	Tarifeinheit nach Karlsruhe, NZA 2017, S. 1157-1161
<i>Robrecht, Wiebke</i>	Die Gesamtbetriebsvereinbarung, Nomos Baden-Baden 2008
<i>Rögele, Matthias</i>	Die Konzernbetriebsvereinbarung, Ergon Verlag 2018
<i>Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.)</i>	Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, Edition: 75, Stand: 01.03.2025 (zit.: BeckOK ArbR/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Röllner, Jürgen (Hrsg.)</i>	Personalbuch 2025, 32. Aufl., 2025 (zit.: Küttner Personalbuch 2025/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Römermann, Volker (Hrsg.)</i>	Insolvenzordnung, 49 Ergänzungslieferung 2024 (zit. Römermann, Insolvenzordnung/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina/Schubert, Claudia (Hrsg.)</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., 2025 (zit.: MüKoBGB/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina/Schubert, Claudia (Hrsg.)</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 2023 (zit.: MüKoBGB/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Sagan, Adam</i>	Die kollektive Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen nach § 613a Abs. 1 Sätze 2–4 BGB, RdA 2011, S. 163-173
<i>Sagasser, Bernd/Bula, Thomas (Hrsg.)</i>	Umwandlungen, 6. Aufl., 2024 (zit.: Sagasser/Bula, Umwandlungen/ <i>Bearbeiter</i>)
<i>Salamon, Erwin</i>	Die Fortgeltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, RdA 2007, S. 103-109
<i>Salamon, Erwin</i>	Zuständigkeitskonflikte bei „Angelegenheiten“ im Sinne der §§ 50, 58 BetrVG, NZA 2018, S. 832-836

<i>Salamon, Erwin</i>	Die Konzernbetriebsvereinbarung beim Betriebsübergang, NZA 2009, S. 471-475
<i>Salamon, Erwin</i>	Fortbestand der Betriebsidentität trotz Entstehung betrieblicher Organisationseinheiten nach § 3 BetrVG?, NZA 2009, S. 74-77
<i>Schaub, Günter (Begr.)</i>	Arbeitsrechtshandbuch, 20. Aufl., München 2023 (zit.: Schaub, ArbR-HdB/Bearbeiter)
<i>Schipper, Jan</i>	Betriebliche Mitbestimmung im Industriepark, Nomos Baden-Baden 2009
<i>Schliemann, Harald</i>	Tarifikollision - Ansätze zur Vermeidung und Auflösung, NZA-Beil. 2000, S. 24-32
<i>Schliemann, Harald</i>	Zur Inbezugnahme des Minderheitstarifvertrags, NZA 2015, S. 1298-1303
<i>Schmidt, Benedikt</i>	Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, Duncker & Humblot Berlin 2011
<i>Schmidt, Thomas Benedikt</i>	Das Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht, Duncker & Humblot Berlin 1994
<i>Schneider, Mandy</i>	Die Auswirkungen von Tarifmehrheiten im Betrieb auf die Betriebsverfassung: Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb durch das BAG, Nomos Baden-Baden, 2014
<i>Scholz, Rupert/Lingemann, Stefan/Ruttloff, Marc</i>	Tarifeinheit und Verfassung, NZA-Beilage 2015, S. 3-47
<i>Schubert, Claudia</i>	Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, Bund-Verlag Frankfurt am Main 2017
<i>Schwarze, Roland</i>	Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien, Duncker & Humblot Berlin 1991
<i>Semler, Eva Verena</i>	Auswirkungen der Tarifpluralität auf betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, Duncker & Humblot Berlin 2013
<i>Siegfanz-Strauß, Sandy</i>	Tarifrecht im Betriebsübergang Nomos Baden-Baden 2017
<i>Taeger, Jürgen/Pohle, Jan</i>	Computerrechts-Handbuch, 39. Ergänzungslieferung April 2024 (zit.: Taeger/Pohle, ComputerR-HdB/Bearbeiter)
<i>Teusch, Jan L.</i>	Organisationstarifverträge nach § 3 BetrVG, NZA 2007, S. 124-130
<i>Teusch, Jan L.</i>	Die Organisation der Betriebsverfassung durch Tarifvertrag, Duncker & Humblot Berlin 2007
<i>Thon, Horst</i>	Die Regelungsschranken des § 77 III BetrVG im System der tarifvertraglichen Ordnung des TVG-Eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts, NZA 2005, S. 858-860

<i>Travlos- Tzanetatos, Dimitrios</i>	Die Regelungsbefugnis der Betriebspartner und ihre Grenzen zum Einzelarbeitsverhältnis, Duncker & Humblot Berlin 1974
<i>Ulrici, Bernhard</i>	Arbeitsverfahrensrecht im Urteil zum Tarifeinheitsgesetz, NZA 2017, S. 1161-1166
<i>v. Hoyningen-Huene, Ger- rick/Meier-Krenz, Ulrich</i>	Mitbestimmung trotz Tarifvertrages? Tarifvorbehalt und Tarifvorrang in § 77 III BetrVG, NZA 1987, S. 793-799
<i>v. Hoyningen-Huene, Ger- rick/Meier-Krenz, Ulrich</i>	Flexibilisierung des Arbeitsrechts durch Verlagerung tariflicher Regelungskompetenzen auf den Betrieb- Bestimmungsklausel, Öffnungsklausel und Erweiterung von Mitbestimmungsrechten, ZfA 1988, S. 293-310
<i>Vielmeier, Stephan</i>	Tarifeinheit und Rechte der Konkurrenzgewerkschaft, NZA 2015, S. 1294-1297
<i>von Steinau-Steinrück, Ro- bert/Gooren, Paul</i>	Steine statt Brot vom BVerfG in Sachen Tarifeinheit?, NZA 2017, S. 1149-1156
<i>Waas, Bernd</i>	Tarifvertrag und Betriebsübergang: Die Fortgeltung tarifvertraglicher Regelungen im Fall des Betriebsübergangs gem. § 613a Abs. 1 S. 2-4 BGB, Nomos Baden-Baden 1999
<i>Waltermann, Raimund</i>	Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)1996
<i>Wank, Rolf</i>	Die Geltung von Kollektivvereinbarungen nach einem Betriebsüber- gang, NZA 1987, S. 505-510
<i>Weber, Christian</i>	Tarifentwicklungen nach einem Betriebsübergang, Nomos Ba- den-Baden 2019
<i>Weber, Christian</i>	Tarifentwicklungen nach einem Betriebsübergang, Nomos Ba- den-Baden 2019
<i>Wendeling-Schröder, Ulrike</i>	Betriebliche Ergänzungstarifverträge, NZA 1998, S. 624-630
<i>Wendeling-Schröder, Ulrike</i>	Betriebsverfassung nach Maß?, NZA 1999, S. 1065-1071
<i>Wendeling-Schröder, Ulrike</i>	Zuordnungstarifverträge und Gewerkschaftspluralität, NZA 2015, S. 525-528
<i>Wiedemann, Herbert (Hrsg.)</i>	Beck'scher Kommentare zum Arbeitsrecht, 9. Aufl., 2023 (zit.: Wie- demann Tarifvertragsgesetz/Bearbeiter)
<i>Wiese, Günther</i>	Geltung von Entlohnungsgrundsätzen und Mitbestimmung, RdA 2012, S. 332-340
<i>Wiese, Günther/Kreutz, Pe- ter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Chris- toph/Franzen, Mar- tin/Gutzeit, Martin/Jacobs, Matthias</i>	Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar, 11. Aufl., 2018 (zit.: GK-BetrVG/Bearbeiter)

- Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin/Gutzeit, Martin/Jacobs, Matthias* Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar, 11. Aufl., 2018 (zit.: GK-BetrVG/Bearbeiter)
- Willemsen, Heinz Josef/Mehrens, Christian* Das Ende der Tarifeinheit – Folgen und Lösungsansätze, NZA 2010, S. 1313-1323
- Zimmer, Reingard (Hrsg.)* Tarifeinheit – Tarifpluralität in Europa: Tarifrechtliche Probleme im europäischen Vergleich 2011