



Hochschule Anhalt (FH)

Fachbereich Wirtschaft

Bachelorarbeit

Thema: „Aktuelle Rechtsprobleme und die praktische Bedeutung der betrieblichen Übung“

Vorgelegt von: Anika Haack

geboren am: 28.April 1985

Studiengang: Wirtschaftsrecht

1.Gutachter: Herr Prof. Dr. Sebastian Volkmann

2.Gutachter: Herr Prof. Carsten Sonnenberg

Datum der Abgabe: 26.07.2016

Bibliographische Beschreibung

Anlage 1

Name, Vorname: Haack, Anika

Thema der Bachelorarbeit:

„Aktuelle Rechtsprobleme und die praktische Bedeutung der betrieblichen Übung“

2016 Seiten/ 45 Tabellen/ 0 Abbildungen/ 0 Anlagen 3

Bernburg: Hochschule Anhalt (FH)

Fachbereich Wirtschaft – Bachelorarbeit

Autorreferat

In dieser Thesis werden die aktuelle Rechtsprechung und die praktische Bedeutung der betrieblichen Übung untersucht. Dabei wird ein grober Überblick der betrieblichen Übung sowie deren Art und Formen behandelt.

Die Grundfrage dieser Arbeit besteht darin „wie die aktuelle Rechtsgrundlage zur betrieblichen Übung geregelt ist und welche Auswirkungen diese auf den Betrieb haben, sowie auf die zukünftige arbeitsrechtliche Rechtsprechung.“

Inhalt

1. Einleitung	4
2. Die betriebliche Übung.....	5
1. Allgemeine Definition	5
2. Theorien.....	7
a) Vertragstheorie	7
b) Vertrauenshaftungstheorie	8
3. Sonderfälle.....	11
a) Irrtümliche Übung	11
a) Die nachteilige Übung	12
b) Neu eintretende Arbeitnehmer	12
b) Verhinderung einer betrieblichen Übung	13
a) Freiwilligkeitsvorbehalt	14
b) Widerrufsvorbehalt	14
c) Schriftformklauseln	16
c) Beseitigung von Ansprüchen aus betrieblicher Übung	20
3. Aktuelle Rechtsprechung und Urteile	25
1. Urteil 10 AZR 516/96	26
2. Urteil 10 AZR 281/08	28
3. Urteil 10 AZR 177/12	32
4. Urteil 10 AZR 526/10	34
5. Urteil 10 AZR 266 /14	36
4. Zusammenfassung.....	37
5. Fazit	38

6. Literaturverzeichnis	40
A: Bücher	40
B: Sonstige Quellen.....	41
C. Urteile	41
7. Anlagenverzeichnis	42
8. Selbstständigkeitserklärung	43
9. Bibliothekserklärung.....	44

1. Einleitung

Das Thema der Arbeit lautet „Aktuelle Rechtsprobleme und die praktische Bedeutung der betrieblichen Übung“.

Dabei wird ein Allgemeiner Überblick gegeben was man unter einer betrieblichen Übung versteht wie sie entsteht und wie sie umgangen werden kann. Sonderfälle der betrieblichen Übung sowie die einzelnen Arten werden vorgestellt. Des Weiteren wird untersucht was die bisherige Rechtsgrundlage und die aktuelle Rechtsprechung der betrieblichen Übung für Auswirkungen hat und wie es sich die Umsetzung der Rechtsprechung in der Praxis gestaltet.

Die Grundfrage dieser Arbeit besteht darin den aktuellen Wandel der Rechtsprechung auf die betriebliche Übung und somit die Auswirkungen auf die Unternehmen darzustellen und zu Vergleichen.

2. Die betriebliche Übung

1. Allgemeine Definition

„Unter einer betrieblichen Übung versteht man ein regelmäßiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers, aus dem die Betriebsangehörigen schließen können, dass ihnen eine Leistung oder Vergütung auf Dauer eingeräumt werden soll.“¹

Die Betriebliche Übung, sie wird auch in seltenen Fällen betriebliches Gewohnheitsrecht genannt und fällt somit unter die rechtliche Betrachtung des Individualarbeitsrechtes. Gemäß Professor Dr. Wolf – Dietrich Walker Arbeit „die betriebliche Übung“ (JuS 2007) beschreibt er die Definition für die betriebliche Übung als „zu eng“ und ist der Auffassung, dass es besser lauten sollte:

„Unter einer betrieblichen Übung wird die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers oder der Belegschaft verstanden, aus denen die jeweils andere Seite schließen kann, die Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis sollen auf Dauer abgeändert oder ergänzt werden.“²

Somit stellt er klar, dass wir bei der betrieblichen Übung einen individualrechtlichen Teil sowie auch ein kollektiven Teil enthalten haben. Was dies im genaueren Bedeutet wird später in der Arbeit untersucht.

Zuvor ist die Frage zu klären „Was genau ist eine betriebliche Übung und wie entsteht sie?“

¹ Arbeitsrecht, Rainer Wörlen und Axel Kokemoor 10., völlig überarbeitet und verbesserte Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2011, S.90

² Walker : die betriebliche Übung, JuS 2007, S.1

Die in der Praxis häufigen Anwendungsfälle der betrieblichen Übung sind

- Urlaubsgeld
- Weihnachtsgeld
- Prämien oder Gratifikationen.

Damit fällt die betriebliche Übung in das Arbeitsrecht, um genau zu sein in die Kategorie des Arbeitsrechtsverhältnisses, welches zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht.

Bei der Gestaltung von Verträgen sollt man erwähnen, dass es immer eine Form der freien Gestaltung dieser gibt, es aber dank des Gesetzgebers auch eine gewisse Richtlinie der Gestaltung von Verträgen, welche im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), sowie weitere Gesetze und Ordnungen wie beispielsweise die Gewerbeordnung (GewO) verfasst wurden. Die Regelung der Gewerbeordnung ist die Grundlage aller Arbeitsrechtsverträge.

“Der Gesetzgeber hielt die Regelung der §§ 105 bis 110 GewO für unausweichlich, da sie Grundprinzipien des Arbeitsvertragsrechts regeln. Obwohl die Herausnahme des Arbeitsschutzrechts und die ersatzlose Streichung veralteter und überflüssiger Regelungen des Arbeitsvertragsrechts zu begrüßen ist, sind jedoch gegen die rechtssystematische Stellung der §§ 105 bis 110 ff. erheb. Bedenken anzumelden. Es kommt zu einer weiteren Zersplitterung des Arbeitsvertragsrechts. Da die freie Gestaltung von Abschluss, Inhalt und Form eines Arbeitsvertrags unter dem Vorbehalt der Vorschriften des BGB liegt, ergeben sich auch andere Vorschriften wie § 4 TVG und § 77 BetrVG. Man sollte auch sehen, dass der Gesetzgeber im Kontext des § 105 nicht auf die §§ 305 ff. BGB verweist, die die freie Gestaltung des Arbeitsvertrags unmittelbar begrenzen. Vor dem Hintergrund der Inhaltslosigkeit des § 105 verbleibt es im vorliegenden Komm. dabei, dass die Darst. des Arbeitsvertragsrechts geschlossen in § 611 BGB erfolgt. § 105 ist eine bloße

Weiterverweisung auf in anderen Gesetze geregelte Grds. § 105 ist keine Anspruchsgrdl.“³

Eine betriebliche Übung ist um es in einfachen Worten verständlich zu machen, eine Gewohnheit die sich nach mindestens dreimaliger Wiederholung ohne Freiwilligkeitsvorbehalt einstellt. Also wo ist die betriebliche Übung dogmatisch Einzuordnen.

Da durch das Verhalten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer sich gewisse Rechte und Pflichten einstellen, wird die betriebliche Übung als Gewohnheitsrecht eingestuft und auch so vom Gesetzgeber anerkannt, da es für die betriebliche Übung in dem Sinne keine Gesetzliche Regelung gibt, somit ist die dogmatische Einordnung momentan im Detail umstritten und man sollte sich die wesentlichen Theorien anschauen. Den bei der rechtlichen Betrachtung und Einordnung der betrieblichen Übung sollte die sogenannte Vertragstheorie sowie die Vertrauenshaftungstheorie näher betrachtet werden.

2. Theorien

a) Vertragstheorie

Vertragstheorien finden ihren Ursprung bereits in der Antike und wurde im Laufe der Zeit von verschiedenen Autoren wieder aufgegriffen, wie beispielsweise von Thomas Hobbes. Übersetzt wird die Vertragstheorie auch als „Lehre vom Gesellschaftsvertrag“ und wird als Begründung der staatlichen Rechtsordnung aufgezeichnet.

Thomas Hobbes untersucht in seinem Werk aus dem Jahr 1651 „Leviathan“, den Menschen sowie den Staat und dem nach, dass zusammen Spiel der beiden. Sein Werk ist eines der bedeutendsten Stücke der heutigen politischen

³ ErfK/Preis GewO § 105 Rn. 1-2, beck-online

Philosophie und somit auch eine Grundlage der heutigen theoretischen Politikwissenschaften.

Das sogenannte Gedankenexperiment in Hobbes Werk sowie auch vom Philosophen Wolfgang Kersting ist die Idee des Gesellschaftsvertrages, aufgeteilt in drei Schritte und dadurch wird versucht aufzuzeigen wo die Grundproblematik der Theorie liegt, nämlich in dem wichtigen Punkt „Vertrauen“ denn es ist Unmöglich zwischen Individuum(der Mensch) und dem Staat ein rechtlichen Freiraum zu schaffen in dem es ein gegenseitiges Vertrauen gibt, somit wurde der sogenannte Gesellschaftsvertrag gebildet um den Rechtsfreiraum und somit den sogenannten Frieden zu wahren.⁴⁺⁵

Kurzgesagt es wurde auf Grund mangelndem gegenseitigem Vertrauens wurde ein Schriftstück aufgesetzt, welches bis heute Bestand hat und als Vertrag gilt und somit auch vom Rechtsstaat anerkannt ist als solches. Dieses gegenseitige Vertrauen spiegelt die Vertragstheorie wieder.

b) Vertrauenshaftungstheorie

Diese Theorie ist im Gegensatz zur Vertragstheorie, welche sich mit dem tatsächlichen Tatbestand beschäftigt, dies heißt in der Vertragstheorie wird davon ausgegangen das es auch eingehalten wird was der Vertrag schriftlich aufweist. In vielen Fällen ist es aber so, dass es zwar Vertraglich festgehalten wurde aber tatsächlich in der Praxis doch ganz anders abgehandelt wird. Kurz und knapp die

⁴ Thomas Hobbes, der Leviathan : das Urbild des modernen Staates und seine Gegenbilder ; 1651 - 2001

/ Horst Bredekamp. - 3., korrigierte Aufl. - Berlin : Akad.-Verl., 2006

⁵ Wolfgang Kersting: Vertragstheorie, in: Stefan Gosepath, Wilfried Hinsch, Beate Rössler (Hrsg.): Handbuch der politischen Philosophie und Sozialphilosophie, Bd.2, Berlin: de Gruyter 2008, S. 1430 - 1436

Vertragstheorie bezieht sich auf das Vertrauen, dass die Sachverhalte des Vertrages eingehalten werden und die Vertrauenshaftungstheorie beschäftigt sich mit dem tatsächlichen Tatbestandes welcher dann vorliegt.

Nach der Arbeit von Walker sehe das bei der betrieblichen Übung wie folgt aus:

„Die vom Bundesarbeitsgericht (BAG) vertretene Vertragstheorie erklärt die Bindungswirkung einer betrieblichen Übung rechtsgeschäftlich. In dem wiederholten gleichartigen Verhalten könne ein Angebot zur Vertragsänderung liegen, das von der jeweils anderen Seite in der Regel konkludent angenommen werde (§151 BGB). Ob ein solches Angebot vorliege, sei durch Auslegung aus Sicht des Empfängerhorizonts zu ermitteln. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Erklärende tatsächlich einen Verpflichtungswillen habe, sondern darauf, ob der andere Teil unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (§157 BGB) von einem Verpflichtungswillen ausgehen durfte.“⁶

Auch hier deutlich das es nicht um den tatsächlichen bestand geht sondern um die Annahme und dem Vertrauen das es so sein könnte. Er beschreibt auch sehr schön wie es sich bei der betrieblichen Übung mit der Vertrauenshaftungstheorie verhält.

„Ein großer Teil des Schrifttums lehnt die Vertragstheorie mit der Begründung ab, hier würden Willenserklärungen fingiert, die tatsächlich nicht vorhanden sind. Richtigerweise sei die zukünftige Bindung des Arbeitgebers an sein bisheriges tatsächliches Verhalten ein Fall der Vertrauenshaftung. Wenn der Arbeitnehmer sich auf die Fortsetzung der Übung so einrichten durfte und auch eingerichtet habe, dass eine einseitige Lossagung des Arbeitgebers sich als ein gegen Traue und Glauben verstoßendes Verhalten darstellt, sei das Vertrauen des Arbeitnehmers schutzwürdig.“⁷

⁶ Walker, die betriebliche Übung , JuS 2007, 1 S. 3

⁷ Walker, die betriebliche Übung , JuS 2007, 1 S. 3-4

Walker beschreibt auch, dass es Grundsätzlich unwichtig ist, welche dogmatische Einordnung die betriebliche Übung hat wenn für beide Theorien die Voraussetzungen gegeben sind und man diese unabhängig voneinander Lösen und beantworten kann. Doch können die beiden Theorien eine praktische Auswirkung haben, laut Walker trifft dies aber mehr für die Vertragstheorie zu.

Wenn man sich jetzt beide Theorie näher betrachtet wird schnell deutlich, dass es sich bei der betriebliche Übung um eine selbständige Rechtsquelle handelt und somit das Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers erfasst ähnlich wie es der Fall bei Gesetz, Betriebsvereinbarung sowie Tarifvertrag besteht.⁸

Sollte man nun eine Entscheidung treffen wollen, welche der beiden Theorien nun zu berücksichtigen ist wird schnell klar das man sich hier mehr oder weniger auf die Vertragstheorie bezieht. Denn die vorhandene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG), welche die Orientierung der Instanz Gerichte sowie die Praxis vorsieht geht grundsätzlich von der Vertragstheorie aus, dass es sich bei der betrieblichen Übung handelt, durch das Zustandekommen eines Vertrages. In diesem Fall bezieht sich die Rechtsprechung auf den § 242 BGB im Vergleich mit dem §157 BGB.

Wenn man versuchen möchte als Unternehmer die „betriebliche Übung“ zu vermeiden sollte man sich die Vertragstheorie und der damit, laut Walker, diskutierten Sonderfälle erst einmal näher anschauen.

⁸ Claudia Hoffmann, Betriebliche Übung und AGB Kontrolle, Logos Verlag GmbH 2009. S.14

3. Sonderfälle

Sonderfälle der betrieblichen Übung sind:

a) Irrtümliche Übung

Wie der Wortlaut schon klar definiert handelt es sich um eine sogenannte irrtümliche Übung, wenn das tatsächliche Verhalten des Arbeitgebers auf einen Irrtum beruht. Was heißt das genau?! Wenn ein Arbeitgeber irrtümlicherweise sich verpflichtet fühlt eine Sonderzahlung zu veranlassen oder eine regelmäßige Zahlung zu Gunsten der Arbeitnehmer falsch berechnet wurde vom Arbeitgeber. Bei der Irrtümlichen Übung gibt es aber noch zwei Arten des Irrtumes zu untersuchen.

1. Der Unerkannte Irrtum

Dieser liegt vor wenn die Arbeitnehmer den Irrtum des Arbeitgebers nicht erkennen. Somit erfolgen die Leistungen dann nicht nach einer betrieblichen Übung sondern ohne Rechtsgrund. Diese Leistung kann gemäß § 812 ff. BGB zurückgefordert werden und oder für die Zukunft unterbrochen werden ohne Angabe eines Grundes. In diesem Fall kann nur ausnahmsweise von einer betrieblichen Übung ausgegangen werden, dies wäre der Fall wenn aus Sicht des Arbeitnehmers ein Anhaltspunkt für eine Bindungswirkung des Arbeitgebers besteht.⁹

⁹ Walker , die betriebliche Übung JuS 2007, 1 ; S. 4

2. Der erkannte Irrtum

Dies ist der Fall wenn der Arbeitnehmer den Irrtum erkennt und sie dann wissen das der Arbeitgeber irrtümlich einen Leistung erbringt. In dem Fall fehlt es an einer Willenserklärung aus Sicht des Arbeitgebers, so dass man hier davon ausgehen darf das keine Ansprüche aus betrieblicher Übung entstehen¹⁰

a) Die nachteilige Übung

Bei der nachteiligen Übung geht es darum ob der Arbeitnehmer davon ausgehen kann, dass es zu einer zusätzlichen Leistung dauerhaft führt und sie davon ausgehen können das es zu einer Änderung ihrer Verträge führt. Dies setzt aber voraus, dass aus Sicht des Arbeitgebers eine wiederholte ohne Widerspruch hingenommene Willenserklärung geschlossen wird.

b) Neu eintretende Arbeitnehmer

Bei der Neueinstellung von Arbeitnehmern sind zwei weitere Arten der betrieblichen Übung zu betrachten.

Zum einen die Begünstigte Übung und zum anderen die belastende Übung

1. Begünstigende Übung

Bei der begünstigenden Übung ist davon auszugehen, dass das tatsächliche Verhalten des Arbeitgebers und die damit im Betrieb entstanden Übung auch für die neu eingestellten Arbeitnehmern gilt. Davon ist auszugehen wenn bei

¹⁰ Walker , die betriebliche Übung JuS 2007, 1 ; S. 4

der Einstellung darüber gesprochen wird oder spätestens wenn die ersten Gespräche im Kollektiv erfolgt sind. Somit ist eine konkludente Erklärung anzunehmen ab dem Zeitpunkt des Arbeitsvertragsabschlusses.

2. Belastende Übung

Davon ist auszugehen wenn im Gegensatz zur begünstigten Übung der Arbeitnehmer keine Kenntnisse von den im Betrieb geregelten Arbeitsbedingungen hat und erst im Nachhinein zu dieser Erkenntnis gelangt. Gemäß Walkers Arbeit beschreibt er, dass in der Regel jeder neue Arbeitnehmer davon ausgehen muss, dass die bereits vorhanden Regeln auch für ihn zutreffen.

b) Verhinderung einer betrieblichen Übung

Wenn ein Arbeitgeber die Verpflichtung einer Leistung für die Zukunft und somit die dadurch zu Stande kommende „betriebliche Übung“ unterbinden möchte hat er verschiedene Möglichkeiten dafür.

Diese Möglichkeiten sind zum einen das Freiwilligkeitsvorbehaltsrecht, das Widerrufsvorbehaltsrecht die Schriftklausel sowie die Vermeidung der Gleichförmigkeit oder Betonung des Jahresbezugs der Leistung. Dazu untersuchen wir die einzelnen Formen der Vermeidung mal näher¹¹

¹¹ Walker , die betriebliche Übung JuS 2007, 1 ; S. 5

a) Freiwilligkeitsvorbehalt

Ein Arbeitgeber kann sich lediglich davon befreien wenn er die Leistungen zu denen er im Vorfeld noch nicht verpflichtet war mit dem freiwilligkeitsvorbehalt versieht. Mit diesem Freiwilligkeitsvorbehalt hat der Arbeitgeber aber nur eine begrenzte Aussagekraft. Eine rechtliche Bindung für die Zahlung von Leistung in Zukunft ist damit aber nicht ganz ausgeschlossen.

Eine Kennzeichnung der Leistung unter Vorbehalt der freiwilligen Zahlung reicht laut zahlreichen Rechtsprechungen des Bundesarbeitsgesetzes, dazu später näher, nicht aus um die betriebliche Übung zu verhindern. Vielmehr sollte es dann für die zukünftigen freiwilligen Leistungen nicht den Freiwilligkeitsvorbehalt allein ausmachen sondern, auf Grund des Hinweises, dass einen wiederholte freiwillige Leistung keinen Anspruch auf zukünftige Gewährleistung habe.¹²

b) Widerrufsvorbehalt

Das Widerrufsvorbehaltsrecht ist einen weiter Möglichkeit des Arbeitgebers durch den Vorbehalt sein Verhalten für die Zukunft eine rechtliche Bindung zu verhindern. Aber auch diese Möglichkeit, sowie der Freiwilligkeitsvorbehalt, schließt die Entstehung einer betrieblichen Übung nicht ganz aus.

Er erteilt dem Arbeitgeber aber im Gegensatz zum Freiwilligkeitsvorbehalt die Möglichkeit sich einseitig durch den Widerruf sich von der Übung in Zukunft zu lösen.

Natürlich entsteht auch hierbei für den Arbeitnehmer ein sogenanntes schutzwürdiges Vertrauen, dass er die Leistungen auch in Zukunft gewährleistet bekommt, aber nur solange das Widerrufsrecht nicht ausgeübt

¹² Walker , die betriebliche Übung JuS 2007, 1 ; S. 5

wird. Sobald das Widerrufsrecht ausgeübt wird entstehen keinerlei Ansprüche dem Arbeitgeber gegenüber. Der Gesetzgeber sieht die Zulässigkeit des Widerspruchvorbehaltes als wirksam an, sobald es einem formularmäßigen Gebrauch und somit kein Verstoß gegen das Klauselverbot gem. § 308 Nr. 4 BGB oder ein Verstoß gegen die arbeitsrechtliche Besonderheit gem. § 310IV 2 BGB die Klausel verhindert.

„Nach § 308 Nr. 4 BGB darf die im Widerruf liegende Änderung oder Abweichung des Arbeitgebers von der Übung für die Arbeitnehmer nicht unzumutbar sein. Für diese Zumutbarkeitsprüfung hat das Bundesarbeitsgericht Regeln aufgestellt. Dem Arbeitnehmer muss trotz des Widerrufs mindestens der Tariflohn verbleiben und der Widerruf darf höchstens 25 % bis 30 % der Gesamtvergütung umfassen. Ferner darf der Vorbehalt keinen grundlosen Widerruf ermöglichen.“¹³

Die Rechtsprechung verlangt aber das es formeller Hinsicht einen Richtlinie für den Arbeitgeber gibt, die dem Arbeitgeber die Berechtigung erteilt diesen Widerruf einzulegen, dies kann beispielsweise mit der Begründung oder Angabe „ aus wirtschaftlichen Gründen“ erfolgen.

Der oben genannte § 308 Nr. 4 würde gar nicht in Betracht kommen, wenn das Verhalten des Arbeitgebers bei einer kollektiven Zustimmung und auf Grund der tatsächlich längeren Dauer seines Verhaltens ein sogenanntes Widerrufsrecht automatisch zustande kommen würde und man dieses Widerrufsrecht nicht deklarieren müsste.

¹³ Walker , die betriebliche Übung JuS 2007, 1 ; S. 6

c) Schriftformklauseln

Bevor es an die dritte Möglichkeit der Verhinderung einer betrieblichen Übung geht, ist zu untersuchen in welcher Art und Weise man durch einen Schriftformklausel die betriebliche Übung verhindern oder eindämmen kann.

Oft ist es sinnvoll bei Verträgen eine Verpflichtung an einen Vertrag in Form der Schrift zuknüpfen, mit anderen Worten einen Vereinbarung als Änderung schriftlich in den Vertrag mit aufzunehmen. In diesem Fall gibt es die Einfache Schriftformklausel und die doppelte Schriftformklausel.

a) *Einfache Schriftformklausel*

Bei der einfachen Schriftformklausel spricht man von der allgemeinen Änderung oder Ergänzung eines Vertrages, welche unter der Berücksichtigung der AGB- Kontrolle (vgl. §309 Nr.13 BGB) und ihrer Schriftform verpflichtet. Kurz und knapp alle Ergänzungen oder Änderungen eines Vertrages, egal welcher Art, benötigen die Schriftliche Form und sind somit wirksam. Im Fall der betrieblichen Übung ist es aber dem Arbeitgeber nicht wirklich von Nutzen, wenn er sich der einfachen Schriftform bedient, da dieses oft erledigt ist und als allgemein angesehen werden.¹⁴

¹⁴ Walker , die betriebliche Übung JuS 2007, 1 S.6

b) Doppelte Schriftformklausel

„ Sowohl der BGH als auch der BFH und im Anschluss daran der 9.Senat des BAG legen eine doppelte Schriftform Unwirksamkeit der Änderungsabrede führen soll. Danach steht eine doppelte Schriftformklausel der Begründung einer betrieblichen Übung entgegen.“

„Das BAG hält grundsätzlich an den Grundsätzen fest, dass eine sogenannte Schriftform bei Verträgen jeglicher Art eingehalten wird, macht aber in dem Urteil vom 24.06.2003 – 9 AZR 302/02 – deutlich, dass eine sog. „doppelte Schriftformklausel“ im Arbeitsvertrag die Abänderung des Arbeitsvertrages durch betriebliche Übung ausschließen kann. Eine solche Schriftformklausel liegt dann vor, wenn nicht nur die Änderung des Arbeitsvertrages an die Schriftform gebunden wird, sondern zugleich auch die Änderungen der Schriftformklausel ihrerseits der Schriftform unterstellt wird. Ausdrücklich hat das BAG anerkannt, dass eine solche doppelte Schriftformklausel nicht durch eine die Schriftform nicht wahrende Vereinbarung (betriebliche Übung) abgeändert werden kann.“¹⁵

¹⁵ <http://www.avocado.de/news/artikel/ausschluss-betrieblicher-uebung-durch-sog-doppelte-schriftformklausel-im-arbeitsvertrag-moegl/> (Stand 22.07.16 17.30 Uhr)

c) Vermeidung der Gleichförmigkeit oder Betonung des Jahresbezugs der Leistung

Als letzte Möglichkeit der Verhinderung einer betrieblichen Übung kommt die Vermeidung der Gleichförmigkeit in Betracht. Da eine betriebliche Übung durch das wiederholte „gleichartige“ Verhalten des Arbeitgebers entsteht, sollte der Arbeitgeber darauf achten, dass er die Gleichartigkeit bei Sonderzahlungen oder Leistungen versucht zu vermeiden. Für diese Form der Vermeidung ist oft ein typischer Fall das eine Leistung die sich jährlich wiederholt einfach in unterschiedlichen Höhen erfolgt. Zu diesem Typischen Fall hat das BAG eine Entstehung einer betrieblichen Übung verneint und somit die Ansprüche daraus, Begründung war die unterschiedliche Höhe der Leistung (vgl. Urteil 10 AZR 177/12 vom 20.02.2013, dazu näheres später).

Weiterhin lehnt das BAG eine Entstehung der betrieblichen Übung ab, wenn eine zusätzliche Leistung bzw. Zahlung mit dem Hinweis „auch in diesem Jahr gewährt“ vermerkt wird vom Arbeitgeber oder auch der Hinweis, wenn bereits eine betriebliche Übung besteht „ab diesem Jahr ... die Zahlung eingestellt werden“.¹⁶

Natürlich ist durch die Vermeidung der Gleichartigkeit oder die dadurch erfolgte unterschiedlich hohe Leistungen, nicht auszuschließen, dass bei dem Arbeitnehmer eine Willenserklärung auch in Zukunft, somit die Entstehung einer betrieblichen Übung, irgendeine Art von Leistung zu erbringen.

Treu und Glauben gem. § 242 BGB auf Seiten des Arbeitnehmers können daher trotzdem entstehen.

¹⁶ Walker, die betriebliche Übung JuS 2007, 1, S. 7; sowie Hromadka: Zur betrieblichen Übung (NZA 1984, 241)

Als letzter Punkt der Vermeidung oder Unterbindung der Entstehung einer betrieblichen Übung führt Walker den Sonderfall an das man gegenüber den neu eingestellten Arbeitnehmer einen Beendigung der betrieblichen Übung veranlassen kann.

Dies soll durch ausdrückliche Hinweisung durch den Arbeitgeber gegenüber dem neuen Arbeitnehmer erfolgen. Mit dem Hinweis des Arbeitgebers, dass die bisherigen üblichen Leistungen nicht mehr erbracht werden entsteht auch keine wie in Punkt 1.3. c aufgeführte Übung bei den neueingestellten Arbeitnehmer.

Das BAG sieht in diesem Fall auch keine ausdrückliche Vereinbarung beim Vertragsabschluss vor. Dem BAG reicht es vollkommen aus, in diesem Fall, wenn der Arbeitgeber eine Betriebsöffentliche Verlautbarung kundgibt, dass die bisherige übliche Leistung und übliche Regelung für die Zukunft an neu Eintretende Arbeitnehmer nicht mehr gelten werden.

In diesem Fall müsse der Arbeitgeber aber aufpassen, dass er an dem Gleichbehandlungsgrundsatz des BAG gebunden ist. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist zum Teil gesetzlich geregelt, in den § 612 Abs. 3, § 612a BGB, sowie § 75 Abs. 1 BetrVG. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz besagt, dass keinen Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer sowie sachfremde Bildung von Gruppen die dann unterschiedliche behandelt werden, erfolgen darf.

Den wenn die neu eingestellten Arbeitnehmer durch die nicht Gewährung der üblichen Leistung des Betriebes schlechter gestellt werden als die andere Arbeitnehmer der Belegschaft, muss er sich überlegen wie er die Gleichbehandlung wieder herstellt und somit wäre die damit eventuelle Beendigung der betrieblichen Übung allen Angestellten gegenüber wieder gerechtfertigt.

Da waren die Möglichkeiten der Verhinderung einer Entstehung der betrieblichen Übung. Nun untersuchen wir die Möglichkeiten welche es gibt, für den Fall das schon Ansprüche aus einer betrieblichen Übung angefallen oder entstanden sind.¹⁷

¹⁷ Walker , die betriebliche Übung JuS 2007, 1 S. 7

c) Beseitigung von Ansprüchen aus betrieblicher Übung

Für den Fall das sich doch Ansprüche aus betrieblicher Übung gebildet haben gibt es verschiedene Möglichkeiten diese wieder zu Beseitigen.

a) *Anfechtung wegen Irrtums*

Wenn wir uns die Grundlage der Vertragstheorie anschauen liegt es nahe zunächst einmal den Vertrag und die damit entstandene Willenserklärung zu Prüfung und gegeben falls gem. § 119 sowie § 142 BGB anzufechten.

Einen Willenserklärung ist durch, dass tatsächlich widerholten Verhalten des Arbeitgebers entstanden. Weitergehend wird aber davon ausgegangen das es keinen Anfechtungsgrund geben würde. Es handelt sich lediglich um einen sogenannten Rechtsfolgeirrtum, weil das wiederholte Verhalten des Arbeitgebers nicht eindeutig die Weiterführung für die Zukunft vorsieht. Laut Gesetzgeber wäre diese Ansicht aber inkonsequent und führe nur dazu, dass die, zwar entstandene Willenserklärung wirksam ist aber durch das Fehlen des Erklärungsbewusstseins eine Berechtigung einer Anfechtung nach § 119 I BGB besteht, ähnliche wie es bei einem Erklärungsirrtumes der Fall wäre.

In einzelnen Fällen kann der Arbeitgeber sich auf seine Anfechtungsrechte berufen und nach Treu und Glauben verwehrt sein. Diese Anfechtungsgründe sollten schnellst möglich eine Erklärung abgegeben, da aus einer Anfechtung eine Verpflichtung zum Schadensersatz § 122 BGB entsteht.¹⁸

¹⁸ Walker, die betriebliche Übung JuS 2007,1 S. 8

b) Änderungsvertrag und Änderungskündigung

Weiterhin besteht die Möglichkeit durch einen Änderung der Verträge oder eine Änderungskündigung die Ansprüche aus betrieblicher Übung zu beseitigen. Wenn die Ansprüche durch einen Änderungskündigung beseitigt werden soll gestaltet sich dieses als sehr schwierig, da es nicht nur gilt einzelne Ansprüche verschwinden zulassen sondern die einer ganzen Belegschaft. Da bei Kündigungen fristen und auch bestimmte Gründe eingehalten werden müssen sieht man die Änderungskündigung als eher nicht so geeignet für die Beseitigung einzelner Ansprüche aus der betrieblichen Übung.

Einen Änderung im Vertrag gestaltet sich dahingegen eher als geeignet. Wenn man einen Anpassung der Leistungen aus wirtschaftlicher Lage für einzelne Arbeitnehmer , die den Standort des Betriebes betrifft, im Gegensatz zur gesamten Belegschaft. Der einzelne Arbeitnehmer würde sich schon eher auf einen Änderung des Vertrags einlassen, wenn der Arbeitgeber es so begründet das die übliche Leistung nicht mehr erfolgen kann weil es beispielsweise den Fortbestand des Betriebes aus wirtschaftlicher Sicht und somit auch sein Arbeitsplatz gefährdet wäre.¹⁹

¹⁹ Walker, die betriebliche Übung JuS 2007,1 S. 8

c) Gegenläufige betriebliche Übung

Von einer gegenläufigen betrieblichen Übung spricht man wenn Ansprüche entstehen "stillschweigend", kurz um einfach dadurch, dass der Arbeitgeber bestimmte Vergünstigungen in gleichartiger Weise "immer wieder" gewährt.

Es liegt nahe, dass eine solche Betriebsübung durch den Entzug einer solchen Zahlung oder durch den wiederholten Hinweis auf die Freiwilligkeit der Leistung wieder beseitigt werden kann. Dem Bundesarbeitsgericht (BAG) hat eine solche "negative" oder "gegenläufige" Betriebsübung auch lange Zeit als Mittel zur Beseitigung einer Betriebsübung abgesegnet.

Doch mit dem im März 2009 beschlossenen Urteil hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung zur gegenläufigen oder negativen betrieblichen Übung aufgegeben.²⁰ (Dazu später in der Arbeit)

d) Kollektivvertragliche Ablösung

Wenn man untersucht ob eine kollektivvertragliche Ablöse die Ansprüche einer betrieblichen Übung beseitigt sind auch wieder zwei Möglichkeiten zu betrachten

²⁰ BAG, Urteil vom 18.03.2009, 10 AZR 281/08

1. Kollektiver Günstigkeitsvergleich

Da die betriebliche Übung zur Folge hat, dass der Arbeitnehmer aus dieser arbeitsrechtliche Ansprüche erhält, gilt zwischen ihm und einer Betriebsvereinbarung grundsätzlich das sogenannte Günstigkeitsprinzip.

„Das Günstigkeitsprinzip besagt, dass zum Schutz der Arbeitnehmer im Falle kollidierender Rechtsnormen nicht die ranghöheren, sondern die für den Arbeitnehmer günstigeren Regelungen zur Anwendung kommen.“²¹

Danach ist es also möglich, dass die Ansprüche aus einer betrieblichen Übung, die freiwillige Sozialleistung einer Betriebsvereinbarung, diese Ansprüche abbauen kann. Mit anderen Worten kann eine Betriebsvereinbarung die Ansprüche einer betrieblichen Übung nicht ganz aufheben aber sie mindern und umformen, so dass es für die Belegschaft nicht zum Nachteil wird beziehungsweise die Betriebsvereinbarung nicht schlechter gestellt ist als die entstandene betriebliche Übung. In dem Fall kann sie nicht von einer Betriebsvereinbarung abgelöst werden.

In Walkers Arbeit „die betriebliche Übung „ ist auch noch detailliert beschrieben welche Einzelfälle es bezüglich des kollektiven Günstigkeitsvergleich gibt.

Er beschreibt auch weiterhin noch die sogenannte Betriebsvereinbarungsoffene betriebliche Übung

²¹ <http://www.anwalt-schwerdtfeger.de/kontakt/112.html> (Stand 24.07.16 14.20 Uhr)

2. Betriebsvereinbarungsoffene betriebliche Übung

Walker beschreibt: „Auch durch eine verschlechternde Betriebsvereinbarung können arbeitsvertragliche Ansprüche beseitigt werden, wenn diese betriebsvereinbarungsoffen vereinbart wurden und die Verschlechterung nicht gegen das Verhältnismäßigkeits- und das Vertrauensschutzgebot verstößt. So hat das BAG für eine Einheitsregelung und für die Gesamtzusage in diesem Sinne entschieden.“²²

²² Walker, die betriebliche Übung JuS 2007,1 S.9

3. Aktuelle Rechtsprechung und Urteile

In den letzten Jahren ist die aktuelle Rechtsprechung gegenüber der betrieblichen Übung zunehmende zurückhaltender geworden. Aufgrund dessen ist es relativ selten zu einer vertraglichen Bindung des Arbeitgebers durch eine betriebliche Übung gekommen. Auch Ansprüche aus der sogenannten gegenläufigen betrieblichen Übung, wie oben bereits beschrieben, wurde durch die Regelung des § 308 Nr. 5 BGB aufgegeben.²³

Im Anbetracht des zu untersuchenden Gegenstand dieser Arbeit werden folgende Urteile und Rechtsprechungen untersucht.

- Urteil 10 AZR 516/96 vom 28.02.1996
- Urteil 10 AZR 281/08 vom 18.03.2009
- Urteil 10 AZR 177/12 vom 20.02.2013
- Urteil 10 AZR 526/10 vom 14.09.2011
- Urteil 10 AZR 266/14 vom 13.05.2015

Diese Urteile wurden ausgewählt um deutlich zu machen welche große Rolle die betriebliche Übung und somit auch Ihre rechtlichen Ansprüche die entstehen geregelt werden und auch für die Zukunft betrachtet werden sollten.

Desweiteren wurden die genannten Urteile ausgewählt um die unter Punkt 4 und 5 der Allgemeine Definition angeführten Merkmale wie einen betriebliche Übung verhindert oder eingedämmt werden kann untermalen.

Dazu gibt es einen Kleine Zusammenfassung der jeweiligen Urteil und kurzen Bezug auf die Arbeit.

²³ Arbeitsrecht, Rainer Wörlen und Axel Kokemoor 10., völlig überarbeitet und verbesserte Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2011, S.91

1. Urteil 10 AZR 516/96

Der Amtliche Leitsatz lautet:

„ Es entsteht keine betriebliche Übung auf zukünftige Gewährung von Weihnachtsgeld, wenn - für den Arbeitnehmer erkennbar - die Zuwendung nach Gutdünken des Arbeitgebers dreimalig in unterschiedlicher Höhe gezahlt wird. Der Arbeitnehmer muss in einem solchen Fall davon ausgehen, dass der Arbeitgeber die Zuwendung nur für das jeweilige Jahr gewähren will.“²⁴

Die Parteien streiten in diesem Urteil um eine Weihnachtsgratifikation für die Jahre 1992 und 1993. Da die Klägerin in dem Jahren 1975 bis 1977 eine Zahlung dieser Weihnachtgratifikation, zwar in unterschiedlicher Höhe, erhalten hat sei sie der Meinung und auch in dem Glaube das sie auch für die fortlaufenden Jahre, sprich in der Zukunft auch ein Anrecht auf diese Leistung der Beklagten habe.

Das Landgericht hat an genommen, dass kein Anspruch aus betrieblicher Übung entstanden sei, da nachweislich auf den Verdienstabrechnungsbelgen der Hinweis durch die Beklagten erfolgt ist „ die Zahlung des Weihnachtsgeldes erfolgt freiwillig und begründet keinen Rechtsanspruch“.

Daraus entnimmt das Landgericht das aufgrund der auch unterschiedlichen Höhe der Zahlung dem Beklagten erkennbar war, dass der Kläger sich in jedem Jahr über die Zuwendung der Höhe oder Art freistellt zu entscheiden.

Kurz um wurde die Klage des Landgerichtes und somit auch die Revision des Bundesarbeitsgerichtes abgewiesen, mit der Begründung, dass aus der dreimaligen Zahlung des Weihnachtsgeldes , zwar ein Anspruch aus betrieblicher Übung hätte entstehen können, dies aber nicht der Fall ist da durch den Hinweis des Freiwilligenvorbehalts auf der Verdienstbescheinigung und auch die unterschiedliche Höhe der Zahlung eindeutig für beide Instanzen Ausschlag

²⁴ BGA Urteil, 10 AZR 516/96 vom 28.02.1996

gebend waren, dass die Beklagten nur eine Zahlung des jeweiligen Jahres leisten und sich das in der Zukunft unter Vorbehalt offen lassen.

Weiterhin ist für beide Instanzen auch nicht erkennbar gewesen, dass eine gleichmäßige Wiederholung der Zahlung, aufgrund das es unterschiedliche Höhen der Zahlung waren, stattgefunden hat, daraus geschlussfolgert keine betriebliche Übung entstanden ist.

Weiterhin haben beide Instanzen entschieden das durch die Formulierung „unter Vorbehalt der Freiwilligkeit“ sowie die Formulierung „ Ohne Rechtsanspruch“ eindeutig beinhaltet ist das keine Ansprüche auf zukünftige Zahlungen des Weihnachtsgeldes bestehen.²⁵

Man sollte an dieser Stelle auch nochmal erwähnen das jeder Rechtsprechung und jedes Urteil eine Einzelfall Entscheidung ist, was unser deutsches Rechtssystem sehr komplex und teilweise unübersichtlich macht. Und aufgrund der sich entwickelnden Wirtschaft, wird auch das Arbeitsrecht immer weiter in die Detaillierteren Einzelfall Entscheidungen zugehen gedrängt, dazu aber später mehr.

Diesem Urteil gegenüber steht nun das vom BAG gesprochene Urteil vom 18.03.2009 mit dem Aktenzeichen 10 AZR 281/08.

²⁵ BAG Urteil 10 AZR 516/96

2. Urteil 10 AZR 281/08

Leitsatz dieses Urteils lautet:

„1. Hat ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer jahrelang vorbehaltlos Weihnachtsgeld gezahlt, wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung nicht dadurch aufgehoben, dass der Arbeitgeber später bei der Leistung des Weihnachtsgeldes erklärt, die Zahlung des Weihnachtsgeldes sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch, und der Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widerspricht.

2. Erklärt ein Arbeitgeber unmissverständlich, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Weihnachtsgeldzahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht, kann nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 nach § 308 Nr 5 BGB eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme der Zahlung durch den Arbeitnehmer nicht mehr den Verlust des Anspruchs auf das Weihnachtsgeld bewirken (Aufgabe der Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung, vgl. BAG 4. Mai 1999 - 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283; 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr 38).“²⁶

Im Gegensatz zum vorherigen vorgestellten Urteil haben wir hier ein Beispiel dafür, dass eine betriebliche Übung sich trotzdem Hinweis des Vorbehaltes der Freiwilligkeit eingestellt hat.

Anders als in dem vorherigen Urteil, hat sich hier bei dem Kläger durch das Verhalten des Beklagten eine betriebliche Übung eingestellt, welche durch das gleichmäßige und wiederholte Verhalten des Beklagten, durch die regelmäßige Zahlung von Weihnachtsgeld zum Ende des Jahres.

²⁶ BAG Urteil 10 AZR 281/08

Dazu kam das der Beklagte in den Jahren 2002 bis 2005 das Weihnachtsgeld in jeweils 3 Raten geleistet hat. Auch hier ist eine Regelmäßigkeit entstanden und somit die Voraussetzung der betrieblichen Übung gewährleistet.

Wie bereits in Punkt 4 und 5 aufgeführt kann ein Hinweis auf Vorbehalt der Freiwilligkeit der Zahlung die betriebliche Übung verhindert, dies ist hier aber nicht der Fall da es bereits im Vorfeld schon zu einer betrieblichen Übung, durch die Wiederholung und Gleichmäßigkeit kam, und es jetzt nicht im Nachhinein durch den Hinweis des Vorbehaltes verhindert werden kann. Unter anderem kann auch im Gegensatz zum vorherigen Urteil, der Beklagte jetzt im Nachhinein nicht mit dem Hinweis „ohne Rechtsanspruch“ auf den Lohnbescheinigungen die Ansprüche der betrieblichen Übung beseitigen.

Wie bereits schon vorgestellt gäbe es die Möglichkeit die Ansprüche aus betrieblicher Übung durch eine sogenannte gegenläufige Übung oder auch negative Übung genannt zu beseitigen, welches aber durch dieses Urteil auch völlig außer Kraft gesetzt wurde.

Denn die gegenläufige Übung kann nicht einseitig erfolgen, sondern bedingt der Zustimmung beider Vertragsparteien. Auf diese nicht Zustimmung der Abänderung des Vertrages bezieht sich der Kläger in dem Urteil vom 18.03.2009.

Das Landgericht hat zu Gunsten des Arbeitnehmers (Klägers) entschieden, dass definitiv ein Anspruch aus betrieblicher Übung entstanden ist und dadurch das der Kläger, auch wenn nur alleine gegen die gegenläufige Übung in Form des Hinweises auf den Lohnabrechnungen widersprochen habe und somit die betriebliche Übung nicht wie vom Beklagten angenommen aufgehoben wurde.²⁷

Somit hat das Gericht seine Entscheidung der gegenläufigen Übung verschärft und bezieht sich mehr auf die Schutz Würdigkeit der Arbeitnehmer. Mit diesem Urteil macht der Gesetzgeber deutlich, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer

²⁷ BAG 10 AZR 281/08

gegenüber ganz deutlich machen muss, dass er das Weihnachtsgeld zukünftig unter Vorbehalt der Freiwilligkeit der Leistung zahle und dann auch noch dem Arbeitnehmer unmissverständlich erklären müsse, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Zahlung beendet wird und durch eine Leistung ersetzt wird die ohne Rechtsanspruch bestehen.

Das Urteil beruht sich aber auch auf den bereits vorhanden § 308 Nr. 5 BGB welcher regelt, dass ein vertraglicher Anspruch auf eine Gratifikation nicht gleich den Verlust des Anspruches bewirkt, wenn der Arbeitgeber Sonderzahlungen unter Vorbehalt der Freiwilligkeit mehr als dreimal zahlt und der Arbeitnehmer diesen widerspruchslos annimmt.

Kurz um kann ein Anspruch auf eine Gratifikation in Zukunft nicht mehr beseitigt oder verschlechtert werden durch eine gegenläufige Übung, sondern wird wie ein Gratifikationsanspruch aus dem geregelten Arbeitsvertrag nur noch durch eine Kündigung oder eine dementsprechende Vereinbarung beseitigt werden.

Weiterhin ist deutlich aus dem Urteil zu entnehmen, dass sich die Instanzen auch damit beschäftigen was diese Rechtsprechung als folge für alle anderen Vertraglichen Regelungen hat.

Wenn ein Arbeitgeber nun seinem Arbeitnehmer, wie oben bereits gefordert, deutlich macht, dass die bisherige betriebliche Übung endet und durch eine Leistung ersetzt wird die keinen Rechtsansprüche beinhaltet, wird diese Erklärung nun mehr vom Arbeitnehmer als ein Änderungsangebot verstanden und fällt damit in die schon vorformulierten Vertragsbedingungen im Sinne des §305 Abs. 1 BGB. Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unter Betrachtung dieser Rechtsprechung zu beachten und fallen nun mehr in den Mittelpunkt.

Denn mit dem Hinweis des Vorbehaltes der Freiwilligkeit der Leistung werden die Ansprüche im Sinne für die fingierte Erklärung ein Klauselverbot gem. § 308 Nr. 5 BGB vorgenommen und ist so nicht vereinbar.²⁸

²⁸ BAG 10 AZR 281/08

„§308 Nr. 5 BGB verbietet den Vertragsparteien zwar nicht, zu vereinbaren, dass das Schweigen einer Partei als Annahmeerklärung anzusehen ist. Die Vorschrift untersagt fingierte Erklärungen jedoch für den Fall, dass die drohende Fiktionswirkung dem Vertragspartner des Klauselverwender nicht hinreichend bewusst gemacht und ihm keine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird.“²⁹

Anders als im Urteil davor macht der Gesetzgeber deutlich das er sich mittlerweile, detailliert mit dem Thema betriebliche Übung und deren Ansprüche beschäftigen muss und hat mit diesem Urteil jetzt alle anderen davor geltenden Urteile außer Kraft gesetzt und somit die Rechte der Arbeitnehmer mehr gefördert und unterstützt.

Wohingegen Arbeitgeber nun verpflichtet sind dem Arbeitnehmer sehr bewusst und unmissverständlich seine Ansichten mitzuteilen und nicht davon auszugehen, dass er die Ansprüche einer betrieblichen Übung durch die Einführung einer gegenläufigen, negativen Übung zu entkräften.

Im nächsten Urteil, besteht auch eine wieder tiefergehende Rechtsprechung im Vergleich zu dem ersten vorgestellten Urteil.

²⁹ BAG 10 AZR 281/08

3. Urteil 10 AZR 177/12

Der Leitsatz dieses Urteils lautet:

„Wird ein Weihnachtsgeld in genau bezifferter Höhe vertraglich zugesagt, fällt der Anspruch nicht durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt weg.“

Mit diesem Urteil lockert das BAG die Voraussetzung für die Ansprüche aus der betrieblichen Übung selbst wenn der Arbeitgeber, wie im zu erst vorgestellten Urteil die Leistung der Zahlung in unterschiedlicher Höhe vornimmt.

In dieser Entscheidung geht es um einen Streit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber und die Zahlung des Weihnachtsgeldes für das Jahr 2010, da er vom Arbeitgeber in den Jahren davor auch eine Sonderzahlung (Weihnachtsgeld) in unterschiedlichen Höhen erhalten habe.

Da der Arbeitgeber einen auf AGB´s vorformulierten Arbeitsvertrag verfügt wurde dort penibel und genausten festgehalten das der Arbeitnehmer ein Anrecht auf Weihnachtsgeld habe.

„Weihnachtsgeld in Höhe von (zeitanteilig) 40 % eines Monatsgehaltes im ersten Kalenderjahr der Beschäftigung. Es erhöht sich pro weiterem Kalenderjahr um jeweils 10 % bis zu 100 % eines Monatsgehaltes.“³⁰

Im Jahre 2009 wurde dem Arbeitnehmer mitgeteilt, dass es auf Grund wirtschaftlicher Gründe keine Weihnachtsgeld Zahlung gebe. Im Jahre 2010 gab es aber eine Sonderzahlung mit der die Beklagten (Arbeitgeber) die Mitarbeiter belohnen wollten. Aber eine Zahlung gem. §5 des Arbeitsvertrages gab es nicht.

Der Kläger hat die Auffassung das ihm ein Weihnachtsgeld für das Jahr 2009 in Form von 90 % sowie von 100 % für das Jahr 2010 zustehe. Arbeitsgericht sowie Landgericht haben der Klage stattgegeben, da der Kläger sich auf den in seinem

³⁰ Bag 10 AZR 177/12

Arbeitsvertrag vorformulierten § 5 beziehe und somit die Freiwilligkeitsvorbehaltung des Arbeitgebers dem nicht entgegensteht.

Anders als im ersten Urteil spielt es hier für die Entscheidung des Gerichtes keine Rolle ob der Arbeitgeber, durch eine gleichmäßig Wiederholung seines Verhaltens, einen Anspruch aus betrieblicher Übung verursacht oder ob dies variieren kann. In diesem Fall bestimmt das Gericht das es auch bei variiertes Zahlung einen Sonderzahlung vorliegt. Somit meint der Gesetzgeber, dass selbst wenn einen unterschiedliche Zahlung sich wiederholt in Form von mindesten dreimaliger Zahlung, dürfe der Arbeitnehmer selbst dann bei dieser Sonderzahlung davon ausgehen das es ein verbindliches Angebot (§145 BGB) handelt.

Unter anderem setzt sich der Gesetzgeber auch wieder mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und deren Auswirkungen auf diese Ansprüche auseinander. Und kommt zum selben Ergebnis wie bereits im zweiten Urteil vorgestellt wurde. Die Rechtsprechung muss sich in diesem Urteil, unter anderem mit einer weiteren Frage auseinander setzen. Denn es ging in diesem Urteil auch darum ob ein Anspruch auf das Weihnachtsgeld bestehe für das letzte Jahr obwohl die Betriebsangehörigkeit des Arbeitnehmers im laufenden Jahr beendet wurde. Das Gericht entschied hierbei, dass ein zum Jahresende bestehendes Arbeitsverhältnis nicht an die Sonderzahlung des laufenden Jahres verknüpft werden dürfe. Wörtlich führt die Entscheidung des Gerichtes es wie folgt an:

„Eine Sonderzahlung, die (auch) Vergütung für bereits erbrachte Arbeitsleistungen darstellt, kann nicht vom ungekündigten Bestand des Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt innerhalb oder außerhalb des Jahres abhängig gemacht werden, in dem die Arbeitsleistung erbracht wurde. Bei unterjährigem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis ergibt sich zum Fälligkeitszeitpunkt ein zeitanteiliger Anspruch auf die Sonderzahlung.“³¹

³¹ BAG 10 AZR 177/12

4. Urteil 10 AZR 526/10

Der Leitsatz dieses Urteils lautet:

„Ein vertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt, der alle zukünftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfasst, benachteiligt den Arbeitnehmer regelmäßig unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB und ist deshalb unwirksam.“³²

Ähnlich wie in den bereits vorgestellten Urteilen beschäftigt sich das Gericht wieder mit den Ansprüchen aus betrieblicher Übung nur mit dem Schwerpunkt der Betrachtung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen welche vorliegen und in den §§ 305 ff BGB geregelt sind.

Genau wie im Urteil und Fall vorher besteht ein mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorformulierten Vertrag zwischen Kläger und Beklagten. Genau wie auch vorher schon besteht ein Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten auf Weihnachtsgeld aus einer eingestellten betrieblichen Übung. Es wird festgestellt das eine betriebliche Übung vorliegt, dass eine Regelmäßigkeit sowie Wiederholung des 13. Monatsgehaltes eingetreten ist und damit auch der Anspruch auf die Leistung in Zukunft. Des Weiteren ist der Anspruch auf das 13. Monatsgehaltes durch die Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingung welche Bestandteil des Arbeitsvertrages sind entstanden.

Eine Formulierung des Freiwilligkeitsvorbehaltes sowie eines Widerrufsvorbehaltes, wie die oben aufgeführten Arten zur Verhinderung bzw. Beseitigung von Ansprüchen aus betrieblicher Übung, geht das Gericht sehr kritisch gegenüber. Wörtlich formuliert die Rechtsprechung

³² BAG 10 AZR 526/10

„Bei der Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt wird vielmehr schon nach dem Vertragstext auf für den um Verständnis bemühten Vertragspartner nicht deutlich, ob nun jegliche zukünftige Bindung ausgeschlossen oder lediglich eine Möglichkeit eröffnet werden soll, sich später wieder von einer vertraglichen Bindung loszusagen.“³³

Weiterhin bestimmt das Gericht auch, da es sich ja auch um einen vorformulierten Arbeitsvertrag mit Vertragsbedingungen die sich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen beziehen, unterliegen bei einer Revision einer revisionsrechtlichen Nachprüfung.

Dazu holt das Gericht sehr ausführlich aus und geht alle bereits oben genannten Punkte Schritt für Schritt durch, welche für das zustande kommen einer betrieblichen Übung sowie die Möglichkeiten einer Vermeidung sowie Beseitigung der Ansprüche daraus bestehen. Am Ende stellt das Gericht fest, dass sobald eine Vertragsbedingung in Form der vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegt, man zu Gunsten der Arbeitnehmer entscheiden sollte. Da ein Vertragspartner gegenüber dem Verwender immer benachteiligt ist da er in Treu und Glauben den Vertrag eingeht und auf seinen Rücken eignen Interessen des Verwenders versucht werden durchzusetzen. Dies stellt den Vertragspartner in ein unmissverständliches schlechtes Licht und muss somit durch die Rechtsprechung dagegen geschützt werden.

³³ BAG 10 AZR 526/10

5. Urteil 10 AZR 266 /14

In diesem Urteil geht es im Großen und Ganzen um genau wie in dem ersten und dritten vorgestellten Urteil, darum, dass eine betriebliche Übung auch dann entstehen kann wenn eine Sonderzahlung in unterschiedlichen Höhen erfolgt.

Es geht hier auch wieder um entstandene Ansprüche aus einer betrieblichen Übung obwohl es eine Sonderzahlung in unterschiedlichen Höhen erfolgte.

Wie bereits mit Urteil vom 20.02.2013 Aktenzeichen 10 AZR 177/12 hat auch in diesem Urteil das Gericht zu Gunsten des Arbeitnehmers entschieden und sich darauf berufen, dass bei einer wiederholte auch nicht gleichmäßige Zahlung dem Arbeitnehmer in dem Glauben lassen das er auch in Zukunft eine Sonderzahlung in unbestimmter Höhe erwarten kann. Wie bereits im Urteil 10 AZR 177/12 ist eine auch unregelmäßig hohe aber dafür wiederholende Sonderzahlung eine betriebliche Übung erkennen lassen und somit dem Arbeitnehmer im Glauben lassen das er auch in Zukunft eine Sonderzahlung erwarten kann. Weiter wird auch wieder auf die Verbindung und somit Wirkung auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen und diese wieder Schritt für Schritt auseinander genommen.

Ergebnis, genau wie vorher auch schon, des Urteils ist, dass das Urteil vom 28.02.1996 mit dem Aktenzeichen 10 AZR 516/96 außer Kraft gesetzt wurde schon mit der Entscheidung des Urteils vom 20.02.2013 und mit diesem Urteil noch einmal die Entscheidung des Gerichte vorher unterstützt werden das auch eine betriebliche Übung entsteht wenn der Arbeitgeber die Sonderzahlung in verschiedenen höhen erteilt. Weiterhin wird auch deutlich das die Rechtsprechung sich bezüglich der Thematik detaillierter beschäftigen muss um die Rechte der Arbeitnehmer mehr zu schützen.³⁴

³⁴ BAG 10 AZR 266/14

4. Zusammenfassung

Gegenstand dieser Arbeit ist es „die betrieblichen Übung“ vorzustellen und die aktuelle sowie die bisherige Rechtsgrundlage zu untersuchen und deren Auswirkung darzustellen.

Im ersten Teil gibt es eine kleine Einleitung sowie einen groben Überblick der Arbeit.

Im Zweiten Teil der Arbeit haben wir die allgemeinen Fakten der betrieblichen Übung vorgestellt. Wie sie entsteht, was man allgemein darunter verstehen kann und vor allem welche Möglichkeiten bisher bestehen diese zu verhindern oder generell was man für Möglichkeiten aus Sicht des Arbeitnehmer sowie Arbeitgeber hat mit einer betrieblichen Übung um zu gehen.

Es wurde unter anderem vorgestellt dass es die Möglichkeit der einfachen Form der Schriftlichen Mitteilung wie zum Beispiel Freiwilligkeitsvorbehaltung der Zahlung welche ohne Rechtsanspruch gezahlt wird gibt, oder die Möglichkeit, dass ein Anspruch aus einer betrieblichen Übung durch einen gegenläufig oder auch negativen Übung beseitigen kann. Auch andere Möglichkeiten wie die Möglichkeit des Widerrufsvorbehaltes oder die Änderungsvertrages oder der Änderungskündigung sowie die Verbindung zu der Betriebsvereinbarung wurden vorgestellt.

Im 3. Teil der Arbeit werden unterschiedliche Urteile vorgestellt und untersucht sowie mit einander verglichen. Es wurde versucht diese chronologisch aufzuarbeiten und mit der letzten aktuellsten Rechtsprechung zu enden.

Im letzten Teil der Arbeit wird eine kleine Zusammenfassung gegeben sowie anschließend ein Fazit der Erkenntnisse welche durch die Bearbeitung erlangt wurden.

5. Fazit

Die, durch die Bearbeitung des Themas der Arbeit, erlangten Erkenntnisse bringen kein deutliches oder gar klares Ergebnis über die genaue Einordnung der betrieblichen Übung sowie die aktuelle Auswirkung der vorhanden aktuellen Rechtsprechung.

Es gibt vereinzelt Urteil und auch ganz viele beziehen sich auch mit vielen Untersuchungspunkten auf die schon vorhandenen Rechtsprechungen. Und wie heißt es so schön bei den Juristen „es kommt immer darauf an....“ Aus welcher Sicht man den Fall betrachte und es ist wie bereits schon angedeutet bei jedem Fall eine Einzelfallentscheidung. Die Untersuchung des Themas hat aber deutlich gezeigt das die Gericht und somit auch die Gesetzgeber bemüht sind sich weiter detaillierter mit dem Thema der betrieblichen Übung und deren Ansprüchen aus Sicht der Arbeitnehmer mehr geschützt und definiert werden müssen. Und auch aus der Sicht des Arbeitgebers mehr passieren muss um in Zukunft diese Streitigkeiten zu unterbinden.

Bei allen angeführten Urteilen und Beispielen ist aber sehr deutlich die Gericht berufen sich auf alte Rechtsprechungen aber untersuchen dort genauer ob nicht eventuell doch Vertragsverbote bestehen im einzeln Fall und in welcher Form sie diese unterbinden bzw. so definieren können für die Zukunft. Ein Beispiel für die Modifizierung Ihrer eigenen Rechtsprechung besteht in den außer Kraft gesetzten Urteilen vom Jahre 1996 und dem damit zu betrachtetem Urteil vom Jahre 2013. Weiterhin ist es schön, dass das aktuellste Urteil zum Thema der betrieblichen Übung aus dem Jahre 2014 stammt und sich auch wieder nur auf das schon vorhandene Urteil aus dem Jahr 2013 beruft. Sicherlich ist es in der Rechtsprechung gang und gebe das sich auf älter Gesetze und Rechtsprechungen berufen wird, nur hätte ich mir mit dem letzten Urteil einen noch definierter Problemlösung zum Thema betriebliche Übung gewünscht.

Abschließend ist zu sagen, dass die Rechtsprechung schon sehr viel im Laufe der vergangenen Jahre zum Thema der betrieblichen Übung geschaffen hat, es für die Zukunft und im Sinne der praktischen Auswirkung wünschenswert wäre, wenn die Rechtsprechung noch intensiver auf die Rechtlichen Belange der Arbeitnehmer sowie der Arbeitgeber eingegangen werden könnte.

Sicherlich hat sich im Laufe der Jahre die Gesetzgebung gegenüber der Arbeitnehmer sehr gelockert und sich auch mehr für dieses eingesetzt nur ist bis zum aktuellen Zeitpunkt nicht genau zu bestimmen in welche Art Richtung das in Zukunft geht bzw. wie die nächsten Urteile in diesem Themengebiet ausfallen werden.

Es wäre schön wenn es eventuell ein etwas Genaueres Gesetz bestehen würde oder ein Urteil welches die Entstehung einer betrieblichen Übung von vorherrein genau regelt und deren Ansprüche die mit dieser Entstehen in welcher Art und Form.

6. Literaturverzeichnis

A: Bücher

1. Arbeitsrecht
/ Rainer Wörten. - 10., völlig überarbeitete und verbesserte Auflage. -
München : Verlag Franz Vahlen, 2014
2. Die betriebliche Übung
/ Aufsatz von Professor Dr. Wolf- Dietrich Walker, JuS 2007, 1
3. NJW Zeitschrift aus dem Jahr 2004 sowie 2005 und 2003
4. Arbeitsrecht,
/ Rüdiger Krause. – 3.Auflage. – Baden-Baden: Nomos 2015
5. Arbeitsrecht: Vertragsgestaltung, Prozessführung, Personalarbeit,
Betriebsvereinbarung
/ Klaus Hümmerich. – 8. Auflage.- Baden-Baden: Nomons 2014
6. Europäisches Arbeitsrecht,
/ Eva Kocher, 1.Aufl. Baden-Baden: Nomos 2016
7. Betriebliche Übung und AGB Kontrolle,
/ Claudia Hoffmann, Logos Verlag GmbH 2009.
8. Thomas Hobbes, der Leviathan : das Urbild des modernen Staates und seine
Gegenbilder ; 1651 - 2001
/ Horst Bredekamp. - 3., korrigierte Aufl. - Berlin : Akad.-Verl., 2006
9. Wolfgang Kersting: Vertragstheorie, in: Stefan Gosepath, Wilfried Hinsch,
Beate Rössler (Hrsg.): Handbuch der politischen Philosophie und
Sozialphilosophie, Bd.2, Berlin: de Gruyter 2008,

B: Sonstige Quellen

1. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/BeckOK_ArbR_32/cont/BeckOK.ARB%20R%20Ehtm
2. http://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/ErfKoArbR_13/cont/ErfKoArbR.htm
3. ErfK/Preis GewO § 105 Rn. 1-2, beck-online
4. <http://www.anwalt-schwerdtfeger.de/kontakt/112.html>
5. <http://www.avocado.de/news/artikel/ausschluss-betrieblicher-uebung-durch-sog-doppelte-schriftformklausel-im-arbeitsvertrag-moegl/>
6. sowie Hromadka: Zur betrieblichen Übung(NZA 1984, 241)

C. Urteile

- Urteil 10 AZR 516/96 vom 28.02.1996
- Urteil 10 AZR 281/08 vom 18.03.2009
- Urteil 10 AZR 177/12 vom 20.02.2013
- Urteil 10 AZR 526/10 vom 14.09.2011
- Urteil 10 AZR 266/14 vom 13.05.2015

7. Anlagenverzeichnis

Anlage 1: Bibliographische Beschreibung

Anlage 2: Selbstständigkeitserklärung

Anlage 3: Bibliothekserklärung

8. Selbstständigkeitserklärung

Anlage 2

Erklärung:

Ich versichere, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig verfasst in gleicher oder ähnlicher Fassung noch nicht in einem anderen Studiengang als Prüfungsleistung vorgelegt und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel und Quellen benutzt habe.

Magdeburg, den

Unterschrift des Verfassers/ des Verfassers
(Vor- und Zuname)

9. Bibliothekserklärung

Anlage 3

Name:

Vorname:

Geb.- Datum:

Matrikel-Nr.:

Studiengang:

Zustimmungserklärung

Ich bin einverstanden, dass auf Vorschlag meines Betreuers ein Exemplar meiner Abschlussarbeit der Bibliothek der Hochschule Anhalt (FH) zur Verfügung gestellt und in den benutzbaren Bestand aufgenommen wird.

Magdeburg, den

.....

Unterschrift (Vor- und Zuname)