

## Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>VII</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XIII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>XXV</b>
<b>§ 1 Einführung in die Thematik</b>	<b>1</b>
<b>§ 2 Die dogmatische Herleitung der betrieblichen Übung</b>	<b>5</b>
A. Einleitung	5
B. Die Vertragstheorie des Bundesarbeitsgericht	6
I. Grundlagen der Vertragstheorie	6
II. Kritikpunkte an der Vertragstheorie	8
1. Fehlender äußerer Tatbestand einer Willenserklärung	8
2. Die Festlegung auf die dreimalige Leistungsgewährung zur Anspruchsentstehung	11
3. Kein entsprechendes Erklärungsbewusstsein des Arbeitgebers	13
4. Potenzielles Erklärungsbewusstsein	14
5. Stellungnahme	16
III. Die Annahme durch den Arbeitnehmer und deren rechtliche Würdigung	16
IV. Ergebnis	18
C. Die Vertrauenshaftungstheorie der Literatur als dogmatische Alternative	18
I. Grundlagen der Vertrauenshaftungstheorie	18
II. Kritik an der Vertrauenshaftungstheorie	21
1. Keine Berücksichtigung arbeitgeberseitigen Vertrauens	21
2. Das Vertrauen des Arbeitnehmers als bloße Fiktion	23
3. Die fehlende rechtliche Grundlage der Vertrauenshaftungstheorie	24
D. Stellungnahme zu den Theorien	25
<b>§ 3 Möglicher Gegenstand einer betrieblichen Übung</b>	<b>27</b>
A. Verschiedene Arten der Leistungsgewährungen seitens des Arbeitgebers	27
I. Die Geldleistungen	27
1. Die Gewährung von Gratifikationen	28
2. Die Zahlung von Jubiläumszuwendungen	29
	VII

## Inhaltsverzeichnis

3.	Treuegeld	32
4.	Stellungnahme	34
II.	Die bloßen Annehmlichkeiten und andere Leistungen	35
1.	Bezahlte Freizeitgewährung	35
2.	Die kostenlose Zurverfügungstellung eines PKW-Stellplatzes auf dem eigenen Betriebsgelände	37
3.	Uferlose Ausweitung auf jegliches Leistungsverhalten?	39
a.	Die Betriebsweihnachtsfeier und Ähnliches	40
b.	Die Auslegung des Arbeitgeberverhaltens bei der Gewährung bloßer Annehmlichkeiten	41
4.	Stellungnahme	43
B.	Die Anspruchsentstehung durch bloße Duldung des Arbeitgebers	45
I.	Die private Internetnutzung	46
II.	Die Vergütung von eigenmächtig angetretenen Raucherpausen	51
III.	Die private Nutzung von Firmenbonusmeilen	53
C.	Der persönliche Anwendungsbereich eines Anspruchs aus betrieblicher Übung	55
I.	Neu eintretende Arbeitnehmer	55
II.	Betriebliche Übung im Verhältnis Arbeitnehmer – Arbeitnehmer	57
III.	Ergebnis	60
D.	Die betriebliche Übung im Öffentlichen Dienst	61
I.	Die Privilegierung von öffentlichen Arbeitgebern	61
1.	Die stärkere Bindung des öffentlichen Arbeitgebers an gesetzliche Vorgaben?	63
2.	Der Empfängerhorizont der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst	64
II.	Die Behandlung von privatisierten Unternehmen unter dem Blickwinkel der betrieblichen Übung	66
III.	Die Behandlung der Kirche und deren Einrichtungen unter dem Blickwinkel der betrieblichen Übung	68
IV.	Stellungnahme	70
E.	Die betriebliche Übung zu Lasten der Arbeitnehmer	71
I.	Die dogmatischen Grundlage als Ausschluss der belastenden betrieblichen Übung	71
II.	Die Inbezugnahme tarifvertraglicher Regelungen als Ausnahme	73
III.	Stellungnahme	76

## *Inhaltsverzeichnis*

F.	Die betriebliche Übung und die betriebliche Altersvorsorge	78
I.	Die Anspruchsentstehung bei Zahlungen an die Betriebsrentner	78
II.	Die Anspruchsentstehung bei „neu“ in den Ruhestand eintretenden Arbeitnehmern	80
III.	Versorgungszusagen während des Arbeitsverhältnisses	83
IV.	§ 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG als Anspruchsgrundlage der betrieblichen Übung	86
V.	Stellungnahme	88
G.	Vermeidung einer Gleichförmigkeit oder Betonung des Jahresbezugs der Leistungen	89
I.	Das BAG-Urteil vom 28.02.1996	90
II.	Stellungnahme	91
1.	Erhebliche Schwankungen in den jährlichen Zuwendungen	91
3.	Freiwillige Sonderzahlungen auf Grundlage eines feststehenden Systems	93
4.	Die konkrete Höhe des Anspruchs aus betrieblicher Übung bei mangelnder Gleichförmigkeit	94
III.	Die neuere BAG-Rechtsprechung zur Gleichförmigkeit der Leistungsgewährung	95
IV.	Ergebnis	97
<b>§ 4</b>	<b>Die Subsidiarität der betrieblichen Übung</b>	<b>99</b>
A.	Darstellung des Problemkreises	99
B.	Stellungnahme	104
<b>§ 5</b>	<b>Das Verhindern einer Bindung durch betriebliche Übung</b>	<b>107</b>
A.	Einführung	107
B.	Der Freiwilligkeitsvorbehalt	108
I.	Einführung	108
II.	Die verschiedenen Formen von Freiwilligkeitsvorbehalten	109
1.	Einmalleistungen mit Freiwilligkeitshinweis	109
2.	Der Pauschalvorbehalt im Arbeitsvertrag	110
a.	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor der Schuldrechtsmodernisierungsreform	111
b.	Erste Rechtsprechungstendenzen nach der Schuldrechtsmodernisierungsreform	112
c.	Das BAG-Urteil vom 30.07.2008	113

## Inhaltsverzeichnis

3.	Aktuelle Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten	115	
	a.	Das BAG-Urteil vom 08.12.2010	115
	b.	Das BAG-Urteil vom 14.09.2011	116
4.	Stellungnahme	118	
C.	Die einfache und die doppelte Schriftformklausel	121	
	I.	Einführung	121
	II.	Die einfache Schriftformklausel	121
	III.	Die doppelte Schriftformklausel	122
	IV.	Stellungnahme	125
<b>§ 6</b>	<b>Die Möglichkeiten, eine Bindung aus betrieblicher Übung zu lösen</b>	<b>127</b>	
A.	Der Widerrufsvorbehalt	127	
	I.	Einführung	127
	II.	Prüfungsmaßstab des Bundesarbeitsgerichts in Bezug auf Widerrufsvorbehalte	127
	1.	Die erste Stufe der Inhaltskontrolle	127
	a.	Formelle Wirksamkeit des Widerrufsvorbehalts	128
	b.	Materielle Wirksamkeit des Widerrufsvorbehalts	129
	c.	Die zweite Prüfungsstufe der Ausübungskontrolle	130
	2.	Ergebnis	130
	III.	Praxistauglichkeit eines Widerrufsvorbehalts zur Verhinderung einer betrieblichen Übung	131
B.	Anfechtung einer entstandenen betrieblichen Übung	132	
	I.	Einleitung	132
	1.	Zulässigkeit der Anfechtung	133
	2.	Anfechtungsgrund	133
	3.	Anfechtungserklärung	136
	4.	Anfechtungsfrist	137
	5.	Rechtsfolge	138
	II.	Widerruf als Alternative zur Anfechtung	139
	III.	Stellungnahme	140
C.	Der Änderungsvertrag und die Änderungskündigung	142	
	I.	Einleitung	142

## Inhaltsverzeichnis

II.	Der Änderungsvertrag	142
III.	Änderungskündigung	143
D.	Störung der Geschäftsgrundlage	147
E.	Die gegenläufige betriebliche Übung	153
I.	Das BAG-Urteil vom 26.03.1997 als Geburtsstunde der gegenläufigen betrieblichen Übung	153
II.	Die Aufgabe der Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung	157
III.	Ergebnis	158
F.	Die Ablösung einer betrieblichen Übung durch Betriebsvereinbarungen	160
<b>§ 7</b>	<b>Die Notwendigkeit der betrieblichen Übung auf dem Prüfstand</b>	<b>169</b>
A.	Aufgabe des Begriffs der betrieblichen Übung	169
B.	Gründe für die Aufgabe der betrieblichen Übung	170
I.	Grundsatz der Subsidiarität	170
II.	Einheitliche Grundsätze bei den Entstehungsvoraussetzungen der betrieblichen Übung	170
III.	Der personelle Anwendungsbereich der betrieblichen Übung	173
IV.	Privilegierung öffentlicher Arbeitgeber	174
C.	Konsequenzen in Bezug auf Verhinderungs- und Beseitigungsmöglichkeiten	175
I.	Änderungsvertrag und Änderungskündigung	175
II.	Anfechtung	175
III.	Freiwilligkeitsvorbehalt	176
IV.	Schriftformklausel	177
V.	Störung der Geschäftsgrundlage	178
D.	Die Zukunftsfähigkeit der betrieblichen Übung	178
<b>§ 8</b>	<b>Ergebnis der vorliegenden Untersuchung</b>	<b>179</b>



## Literaturverzeichnis

- Annuß, Georg*: Gedanken zum Freiwilligkeitsvorbehalt im vorformulierten Arbeitsvertrag. In: Lobinger, Thomas (Hg.): Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, S. 861-871.
- Ders.*: Tarifbindung durch arbeitsvertragliche Bezugnahme? In: ZfA 2005, S. 405-457.
- Bachner, Michael*: Beerdigung 1. Klasse: Das BAG macht Schluss mit der gegenläufigen betrieblichen Übung. In: ArbRAktuell 2009, S. 201-204.
- Backhaus, Ludger*: Die arbeitnehmerbegünstigende betriebliche Übung in der Rechtsprechung des BAG. In: AuR 1983, S. 65-75.
- Baack, Ulrich / Winzer, Thomas*: „Aus“ für negative betriebliche Übung. In: NZG 2009, S. 704.
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. München 2012.
- Barton, Dirk*: Betriebliche Übung und private Nutzung des Internetarbeitsplatzes. „Arbeitsrechtliche Alternativen“ zur Wiedereinführung der alleinigen dienstlichen Verwendung. In: NZA 2006, S. 460-466.
- Bauer, Steffen*: Doppelt hält nicht besser – Auch Anmerkung zur Entscheidung des BAG vom 20.05.2008. In: BB 2009, S. 1588-1591.
- Bauer, Jobst-Hubertus/ von Medem, Andreas*: Betrübliche betriebliche Übung – oder doch nicht so schlimm? In: ArbRAktuell 2011, S. 3-6.
- Bauer, Jobst-Hubertus / Chwalisz, Patrizia*: Instrumente zur Entgeltflexibilisierung. In: ZfA 2007, S. 339-360.
- Bayreuther, Frank*: Vorbehalte in der arbeitsrechtlichen Vertragsgestaltung – wie viel Flexibilität soll das AGB-Recht zulassen? In: ZfA 2011, S. 45-70.
- Ders.*: Stellung und Entzug eines Dienstwagens samt dessen privater Nutzungsmöglichkeit – Anforderungen an die Ausformulierung der Potentiellen Widerrufsgründe in einem Widerrufsvorbehalt. In: SAE 2011, S. 81-85.
- Ders.*: Freiwilligkeitsvorbehalte: Zulässig, aber überflüssig? In: BB 2009, 102-108.
- Becker, Friedrich/ Hillebrecht, Wilfried (Mitbegr.)*: KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften. 10. Aufl. Köln 2013.
- Beckschulze, Martin*: Internet-, Intranet- und E-Mail-Einsatz am Arbeitsplatz. In: DB 2003, S. 2777-2786.
- Ders.*: Internet- und E-Mail-Einsatz am Arbeitsplatz. In: DB 2009, S. 2097-2103.
- Benecke, Martina*: Flexibilisierungsklauseln im Arbeitsrecht und AGB-Kontrolle. In: AuR 2006, S. 337-342.

### Literaturverzeichnis

- Bepler, Klaus*: Betriebliche Übungen. Ein erweiterter Rechtsprechungsbericht. In: RdA 2004, S. 226-241.
- Ders.*: Die „zweifelhafte Rechtsquelle“ der betrieblichen Übung – Beharrungen und Entwicklungen. In: RdA 2005, S. 323-330.
- Besgen, Nicolai/Prinz, Thomas* : Neue Medien und Arbeitsrecht. 2. Aufl. Bonn 2009.
- Betz, Christoph*: Die Inbezugnahme tarifvertraglicher Regelungen im Wege der betrieblichen Übung. In: BB 2010, S. 2045-2050.
- Bieder, Marcus*: Zum Anspruch neu eingestellter Arbeitnehmer auf Abgabe eines Versorgungsvertragsangebots aus betrieblicher Übung. In: RdA 2014, S. 53-61.
- Ders.*: Die Betriebsübung im öffentlichen Dienst. In: RdA 2013, S. 274-284.
- Ders.*: Die „gegenläufige“ betriebliche Übung – neu entdecktes Phänomen des AGB-Rechts? In: DB 2009, S. 1929-1932.
- Ders.*: Arbeitsvertragliche Gestaltungsspielräume für die Entgeltflexibilisierung. In: NZA 2007, S. 1135-1139.
- Birk, Rolf*: Die betriebliche Altersversorgung bei Auslandsbeziehungen. Eine kollisionsrechtliche Skizze. In: Mayer-Maly, Theo / Richardi, Reinhard u. a. (Hgg.): Arbeitsleben und Rechtspflege. Festschrift für Gerhard Müller. Berlin 1981. S. 31-50.
- Bloching, Micha/Ortolf, Daniel*: „Große“ oder „kleine“ Übergangslösung“ zur negativen betrieblichen Übung in Altfällen. In: NZA 2010, S. 1335-1339.
- Bloesinger, Hubert*: Grundlagen und Grenzen privater Internetnutzung am Arbeitsplatz. In: BB 2007, S. 2177-2184.
- Blomeyer, Wolfgang / Rolfs, Christian / Otto, Klaus*: Kommentar zum Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung. 6. Aufl. München 2015.
- Bötticher, Eduard*: Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht. In: RdA 1953, S. 161-169.
- Bork, Reinhard*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Tübingen 2011.
- Brox, Hans/ Rütters, Bernd/ Henssler, Martin*: Arbeitsrecht. 18. Aufl. Stuttgart 2011.
- Brox, Hans/ Walker, Wolf-Dietrich*: Allgemeiner Teil des BGB. 39. Aufl. München 2015.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. München 1971.
- Ders.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7.6.1984 – IX ZR 66/83. In: NJW 1984, S. 2279-2282.
- Clemenz, Susanne/ Kreft, Burghard/ Krause, Rüdiger (Hgg.)* AGB-Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305-310 BGB. Köln 2013.



### Literaturverzeichnis

- Dauner-Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/ Ring, Gerhard (Gesamtherausgeber):* NomosKommentar zum BGB. Schuldrecht, Band 2/1: §§ 241-610, herausgegeben von Dauner-Lieb, Barbara/ Langen, Werner, 2. Aufl. Baden-Baden 2012.
- Däubler, Wolfgang/ Hjort, Jens Peter/ Schubert, Michael/ Wolmerath, Martin (Hgg.):* Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar. 3. Aufl. Baden-Baden 2013.
- Däubler, Wolfgang/ Bonin, Birger/ Deinert, Olaf:* AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB. 4. Aufl. München 2014.
- Däubler, Wolfgang:* Verschlechternde Ablösung einer Gesamtzusage durch Betriebsvereinbarung. In: RdA 2004, S. 304-307.
- Ders.:* Der Änderungsvertrag – das vergessene Problem. In: Festschrift Richardi, S. 205-218.
- Dickmann, Roman:* Inhaltliche Ausgestaltung von Regelungen zur privaten Internetnutzung im Betrieb. In: NZA 2003, S. 1009-1013.
- Dörner, Klemens / Luczak, Stefan / Wildschütz, Martin u. a. (Hgg.):* Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht. 13. Aufl. Köln 2016.
- Dütz, Wilhelm:* Zur Betriebsübung im zivilen, öffentlichen und kirchlichen Arbeitsrecht. In: Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag. Neuwied und Kriftel 1998, S. 85-97.
- Eich, Rolf-Achim:* Betriebsvereinbarung – Das verkannte Medium. In: NZA 2010, S. 1389-1395.
- Ernst, Stefan:* Der Arbeitgeber, die E-Mail und das Internet. In: NZA 2002, S. 585-640.
- Fischer, Ulrich:* Erlaubte und verbotene Privatnutzung des Internets am Arbeitsplatz. In: AuR 2005, S. 91-94.
- Florig, Hans-Georg:* Die Rechtsnatur und Abdingbarkeit betrieblicher Übungen, arbeitsvertraglicher Einheitsregelungen und Gesamtzusagen. Frankfurt a. M. 1993.
- Forst, Gerrit:* Betriebliche Übung, costum and practive, usage d'entreprise – Gibt es ein ius commune betrieblicher Regelsetzung durch regelhaftes Verhalten in Europa? In: Zfa 2013, S. 167-210.
- Frahm, Sebastian:* Keine negative betriebliche Übung bei Betriebsrenten. In: ArbRAktuell 2014, S. 298-299.
- Franzen, Martin:* Änderung der betrieblichen Übung bei Weihnachtsgratifikationen – Freiwilligkeitsvorbehalt. In: SAE 1997, S. 341-349.
- Freh, Stefan:* Betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz. Frankfurt a.M. 2015.
- Gallner, Inken / Mestwerdt, Wilhelm / Nägele, Stefan (Hgg.):* Kündigungsschutzrecht. Handkommentar. 5. Aufl. Baden-Baden 2015.