

## Fall 3

### Alle Jahre wieder!?

A ist seit 1990 Arbeitnehmer des nicht tarifgebundenen B. Der B zahlte allen seinen Arbeitnehmern bis 2021 Weihnachtsgeld, und zwar zunächst als Einmalbetrag am Jahresende, in den Jahren 2018 bis 2021 dagegen in jeweils drei Raten (November, Dezember und Januar). Im Arbeitsvertrag des A findet sich hierzu keine Regelung. Seit dem Jahre 2018 enthielten die Lohnabrechnungen für die Monate, in denen B seinen Arbeitnehmern Weihnachtsgeldraten zahlte, folgenden handschriftlichen Vermerk:

»Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch.«

Im Jahr 2022 zahlt B kein Weihnachtsgeld mehr aus. A meint, dass ihm auch für das Jahr 2022 die Zahlung zusteht.

#### Stimmt das?

**Abwandlung:** Wie ist die Rechtslage, wenn B das Weihnachtsgeld jedes Jahr unter den Vorbehalt eines künftigen Widerrufs gestellt hat und nunmehr wegen der tatsächlich bestehenden schwierigen wirtschaftlichen Lage die Zahlung einstellen will?

**Schwerpunkte:** Die betriebliche Übung als Anspruchsgrundlage; Entstehungsvo- raussetzungen; die Rechtsprechung des BAG zur sogenannten »negativen« betrieblichen Übung; der Freiwilligkeits- und der Widerrufsvorbehalt.

### Lösungsweg

**Einstieg:** Mit diesem Fall lernen wir die »betriebliche Übung« (vgl. etwa BAG NJW 2019, 385) als Rechtsquelle und vor allem als eigenständige Anspruchsgrundlage im Arbeitsrecht kennen. Wir haben uns dabei den – nur leicht abgeänderten – Original-Fall des BAG vom 18.03.2009 (= NZA 2009, 601) ausgesucht, der sich nämlich mit dem Klassiker der betrieblichen Übung, und zwar der **Weihnachtsgratifikation** (→ Weihnachtsgeld), befasst und mit dem die jahrelang als gefestigt angesehene Rechtsprechung des BAG zur »negativen« oder auch »gegenläufigen betrieblichen Übung« aufgegeben wurde (seitdem: ein echter Prüfungsklassiker).

Noch ein **Tipp** vorab: Bei Fällen zur betrieblichen Übung ist es absolut unabdingbar, die Sachverhaltsangaben **sehr genau** zu lesen. Alle im Text aufgeführten Daten und Informationen stehen da nämlich nicht zur allgemeinen Belustigung oder Verwirrung, sondern weil es später selbstverständlich genau darauf ankommen wird. **Daher:** Die Daten müssen bekannt sein, am besten schreibt man sie sich auf ein separates Blatt und hat dieses Papier dann beim Lesen des Falles gleich neben sich liegen – dann muss man nämlich nicht dauernd zurückblättern.

### **1. Anspruch des A gegen B auf Zahlung der Gratifikation für das Jahr 2022**

#### **AGL: § 611a Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit der betrieblichen Übung**

1. Zwischen A und B existiert ein **Arbeitsvertrag**. Allerdings enthält dieser keine Regelung im Hinblick auf das von A begehrte Weihnachtsgeld.
2. Auch sonstige »ausdrückliche« bzw. »eindeutige« Anspruchsgrundlagen (z.B. Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Gesetz etc.) gibt es hier nicht.

**Beachte:** Ein Anspruch aus betrieblicher Übung kommt nur in Betracht, wenn es keine speziellere Anspruchsgrundlage gibt (BAG NZA 2015, 992; BAG NZA 2013, 40; BAG NJW 1972, 1248; ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 221; Brox/Rüthers/Hessler Rz. 49d; Hromadka in NZA 1984, 241).

**Einstieg:** Der A hat, wie die anderen Arbeitnehmer des B auch, von 1990 bis 2021 jedes Jahr Weihnachtsgeld von B erhalten. B war hierzu zwar eigentlich nicht verpflichtet; gleichwohl rechnet A nach mehrfacher Gewährung dieser freiwilligen Leistung – offensichtlich – jedes Jahr mit deren Fortsetzung, sonst würde er kaum die Zahlung für 2021 fordern. Im Zweifel plant A – wie die meisten Arbeitnehmer – dieses Geld zu Weihnachten sogar ausdrücklich in seine Weihnachtsgeschäfte oder Ausgaben ein.

Und genau diese Interessenlage des Arbeitnehmers, also das bei ihm erweckte Vertrauen auf die jährliche Sonderzahlung, muss nach einhelliger Ansicht berücksichtigt werden. Hierfür hat die Rechtsprechung das Institut der **betrieblichen Übung** entwickelt, das mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt ist (grundlegend BAGE 23, 213 (219); BAGE 53, 42 (56); jünger: BAG NZA 2013, 40 oder BAG NZA 2009, 310; ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 220; Lieb/Jacobs Rz. 55; Brox/Rüthers/Hessler Rz. 49d; Singer in ZfA 1993, 487; Pauly in MDR 1997, 213; Backhaus in AuR 1983, 65). Das BAG (BAGE 23, 213) formuliert das Ganze so: »... Ansprüche der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber können durch die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen (insbesondere Zahlungen) des Arbeitgebers begründet werden, wenn die Arbeitnehmer aus diesen Verhaltensweisen schließen können, ihnen solle ein Anspruch auf eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden ...« Das Rechtsinstitut der betrieblichen Übung verleiht dem Arbeitnehmer also einen echten – arbeitsvertraglichen (!) – Anspruch gegen den Arbeitgeber, man nennt es daher auch »schuldrechtlichen Verpflichtungstatbestand« (vgl. BAGE 23, 213). Das sollte man sich bitte

unbedingt merken, denn bei unbefangener Betrachtung könnte man sich durchaus auch auf den Standpunkt stellen, dass der Arbeitgeber das Weihnachtsgeld schließlich ursprünglich **freiwillig** erbringt und folglich kein echter Anspruch des Arbeitnehmers entstehen kann.

Die Begründung für diese unstreitig bestehende Bindungswirkung zulasten des Arbeitgebers ist allerdings umstritten:

Insbesondere das BAG vertritt die sogenannte **Vertragstheorie**, wonach die Verhaltensweisen des Arbeitgebers, die gemäß §§ 133, 157 BGB aus Sicht des Erklärungsempfängers auszulegen sind, ein konkludentes Vertragsangebot darstellen (unabhängig vom Verpflichtungswillen des Arbeitgebers!), das der Arbeitnehmer entsprechend § 151 Satz 1 BGB stillschweigend annimmt (BAG NZA 2015, 992; BAG NZA 2013, 40; BAG NZA 2004, 1152; LAG Köln, NZA-RR 1998, 506; *Junker* Rz. 174; *Brox/Rüthers/Henssler* Rz. 49d). Die Literatur hängt oder hing früher eher der **Vertrauenshaftungstheorie** an, da sie die vom BAG vermutete stillschweigende Willensüberestimmung für eine Fiktion hielt. Zurechnungsgrund sei vielmehr das bei dem Arbeitnehmer geweckte Vertrauen, das der Arbeitgeber nicht treuwidrig (§ 242 BGB) enttäuschen dürfe (*Nikisch* ArbR I § 19 IV 2; *Hromadka* in NZA 1984, 241; *Lieb/Jacobs* Rz. 59; *Singer* in ZfA 1993, 487; vgl. auch MHdB ArbR/*Oetker* § 13 Rz. 14 ff.). Man kann insoweit unter Anlehnung an das auch über § 242 BGB hergeleitete Instrument der Verwirkung von »Erwirkung« sprechen.

**Klausurtipp:** Dieser Streit um die Herkunft bzw. Begründung für die Existenz der betrieblichen Übung ist für die meisten Fälle im Ergebnis tatsächlich irrelevant (vgl. *ErfKomm/Preis* § 611a BGB Rz. 220a). Aus den Formulierungen des BAG ergibt sich im Übrigen, dass es auch nach der Vertragstheorie – über den Umweg der Auslegung aus Sicht des Erklärungsempfängers – entscheidend auf die Frage ankommt, ob das **Vertrauen** des Arbeitnehmers schutzwürdig ist (BAG NJW 2019, 385; BAG NZA 2015, 992; BAG NZA 2013, 40; BAG NZA 2004, 1152, 1153). Interessant wurde der Theorienstreit in der Praxis früher erst, wenn dem Arbeitnehmer durch die sogenannte **negative** betriebliche Übung Rechte entzogen werden sollten (vgl. dazu *Brox/Rüthers/Henssler* Rz. 49d). Da das BAG seine diesbezügliche Rechtsprechung aber inzwischen – wie wir gleich noch im Einzelnen sehen werden – aufgegeben hat, wird sich der Streit künftig in der Praxis nicht mehr auswirken. In einer universitären Klausur schadet es gleichwohl nicht, wenn man in der Lage ist, etwas zur (dogmatischen) Herleitung der betrieblichen Übung zu sagen – jedenfalls dann, wenn hierauf der Schwerpunkt liegt.

### Die Voraussetzungen der betrieblichen Übung:

- a) Es muss sich um eine **freiwillige** Leistung des Arbeitgebers handeln (BAG NZA 2015, 992; BAG NZA 2013, 40; BAG NZA 2001, 24). Die Definition der Freiwilligkeit

ist dabei erfüllt, wenn der Arbeitgeber weder per Gesetz noch durch Tarifvertrag zur Erbringung der Leistung verpflichtet ist (BAG NZA 2001, 25).

Zur Klarstellung: Von »betrieblicher« Übung spricht man, wenn es sich um Leistungen an mehrere, im Zweifel alle oder jedenfalls alle einer bestimmten, gleich zu behandelnden Gruppe Arbeitnehmer (eines Betriebs) handelt; man spricht dann von einem »kollektiven Bezug« (BAG NZA 2019, 106). Denkbar ist es natürlich theoretisch auch, dass der Arbeitgeber sich nur einem Arbeitnehmer gegenüber (gleichförmig wiederholt) so verhält, dass dieser aus einem solchen »Verhalten mit Erklärungswert« Ansprüche erwirbt (vgl. etwa BAG NZA 2015, 992). Das ist dann aber eigentlich keine arbeitsrechtliche Spezialität. **Und:** Für Ansprüche aus betrieblicher Übung ist es im Zweifel unerheblich, ob der betreffende, den Anspruch geltend machende Arbeitnehmer bisher selbst schon in die betriebliche Übung einbezogen war. Eine betriebliche Übung richtet sich grundsätzlich an alle Beschäftigten eines Betriebes oder zumindest an kollektiv abgrenzbare Gruppen. Das Vertragsangebot des Arbeitgebers ist regelmäßig so zu verstehen, dass er – vorbehaltlich besonderer Abreden – alle Arbeitnehmer zu den im Betrieb üblichen Bedingungen beschäftigen will (BAG NZA 2019, 106 = NJW 2019, 385).

**b)** Weiter muss deren Gewährung auf einem mehrmaligen gleichförmigen Verhalten beruhen, das den objektiven Tatbestand einer verbindlichen Zusage setzt. Das Merkmal »mehrmalig« – jedenfalls bei der Frage nach Weihnachtsgeld – ist nach allgemeiner Auffassung erst dann erfüllt, wenn der Arbeitgeber die Leistung **dreimal** erbracht hat (BAGE 129, 164; BAG BB 1999, 1924; BAG NZA 1998, 423; Schaub/Ahrendt § 110 Rz. 11). Wichtig, bitte merken.

**Aufgepasst:** Das entscheidende Merkmal ist im Zweifel aber nicht diese dreimalige Leistung, sondern vielmehr die Gleichförmigkeit des Verhaltens. Wird die Gratifikation nämlich mal zu Weihnachten, mal zu Ostern, mal zum Erntedankfest und dann wieder überhaupt nicht gewährt, besteht **keine** objektive Grundlage für ein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers. Hierbei handelt es sich dann nur um eine Zuwendung, die dem alleinigen Belieben (»Gutdünken«, vgl. BAG NJW 1996, 3166) des Arbeitgebers obliegt und demnach auch keinen Vertrauenstatbestand schafft (vgl. dazu Schaub/Ahrendt § 110 Rz. 11). Aber **Vorsicht:** Bislang wurde auch ein Unterschied bei der Leistungshöhe, die wir im vorliegenden Fall nicht haben, als Anhaltspunkt für eine nicht gleichförmige Zuwendung nach »Gutdünken« gesehen (BAG a.a.O.). Diesen Ansatz hat das BAG jetzt – allerdings nicht für die betriebliche Übung, sondern für die regelmäßige Gewährung von Sonderzahlungen an einen einzelnen Arbeitnehmer; der Gedanke ist aber übertragbar – eingeschränkt: jedenfalls dann, wenn es um vom Betriebsergebnis abhängige Zahlungen gehe, sei es gerade typisch, dass deren Höhe schwankt (BAG NZA 2015, 992). **Beachte weiter:** Wenn der Arbeitgeber unmissverständlich bei jeder nicht vertraglich vorgesehenen Zusatzzahlung klar und deutlich macht, dass die Zuwendung freiwillig erfolgt (sogenannter »Freiwilligkeitsvorbehalt«, BAG NZA 1996, 1028; BAG NZA 2000, 944; BAG NZA 2001, 24 – im Unterschied zum Widerrufsvorbehalt, dazu gleich die Abwandlung und der Nachschlag) oder immer nur auf das aktuelle Jahr bezogen ist, kann der Arbeitnehmer nicht ernsthaft auf deren fortwährende Gewährung vertrauen (BAG NZA 1998, 423, 1. Leitsatz).

**Hier:** Der B gewährte seinen Arbeitnehmern mindestens seit 1990 und bis 2018 jedes Jahr zum Jahresende eine Sonderzahlung in immer gleicher Höhe. Damit liegt eine freiwillige, mehrmalige und gleichförmige Leistung des Arbeitgebers vor.

**ZE:** Der Anspruch des A aus § 611a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit der betrieblichen Übung ist folglich entstanden.

c) Allerdings hat B seit dem Jahr 2018 seine Zahlungspraxis (drei Raten) geändert und außerdem auf den Lohnabrechnungen immer gleichlautende Einschränkungen im Zusammenhang mit der Gewährung der Gratifikation gemacht. Dem hat A **nicht** widersprochen. Damit stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber so (auf lange Sicht) seiner Verpflichtung zur Zahlung der Sonderzuwendung entgehen kann. Wenn der Arbeitgeber sich durch mehrmaliges gleichförmiges Verhalten verpflichten kann, so liegt die Überlegung, diese Verpflichtung durch eine mehrmalige »Umkehrung« seines Verhaltens abzuändern, eigentlich nahe. Das bezeichnete man dann bislang als »negative« (auch: »nachteilige« oder »gegenläufige«) betriebliche Übung (BAG NZA 2009, 601 = BAGE 130, 21; BAG NZA 1999, 1162; LAG Köln NZA-RR 1998, 506; Junker Rz. 75; Becker in BB 2000, 2095; Goertz in AuR 1999, 463; Schaub/Ahrendt § 110 Rz. 28).

Und genau hier wurden früher die oben genannten Theorien zur Entstehung bzw. Begründung der betrieblichen Übung relevant. Die **Vertragstheorie** hatte keine Probleme mit der Annahme einer negativen betrieblichen Übung. Das dreimalige gleichförmige – jetzt nachteilige – Verhalten des Arbeitgebers sollte ein (Abänderungs-) Angebot an die Arbeitnehmer darstellen; widersprachen diese dreimal nicht, so änderte sich stillschweigend die zuvor begründete Pflicht (vgl. insoweit BAG NZA 1997, 1007 und LAG Köln NZA-RR 1998, 506). Die Vertrauenshaftungstheorie war damit nun überhaupt nicht einverstanden: Es sei nämlich dogmatisch nicht begründbar, dass ein zum Vertragsbestandteil erhobener Anspruch der Arbeitnehmer durch deren Schweigen auf eine einseitig abändernde Handlung beseitigt werden könne (ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 225; Lieb/Jacobs Rz. 59). Die Vertreter dieser Ansicht sahen sich angesichts dieser Konstellation in der Vermutung bestätigt, dass die Vertragstheorie auf bloßer Fiktion beruhte. Hiernach hätte der Arbeitgeber nur die Möglichkeit, mittels einer **Änderungskündigung** vom einmal (freiwillig!) geschaffenen Standard abzuweichen, wenn der Arbeitnehmer nicht mit einer Änderung einverstanden war (ErfKomm/Preis a.a.O.). Ob diese Kündigung gerechtfertigt wäre (lies: § 2 KSchG), war dann fraglich.

**Durchblick:** Bisher hätte man nun mit dem BAG diesen Fall wie folgt gelöst: Zunächst hätte man – unter Verwendung der Kritik der Vertrauenshaftungstheorie und der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre – festgestellt, dass das bloße Schweigen grundsätzlich **keine** Willenserklärung darstellt (Grüneberg/Ellenberger vor § 116 BGB Rz. 7; Medicus/Lorenz AT Rz. 345). Dies kann nur anders sein, wenn der Vertragspartner des Schweigenden aus den Gesamtumständen und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nach Treu und Glauben annehmen darf, dass sein Gegenüber sich äußern werde, wenn er mit dem unterbreiteten »Angebot« nicht einverstanden ist (Rüthers/Stadler BGB AT § 17 Rz. 27). Da die betriebliche Übung nun typischerweise **stillschweigend** begründet wird (BAG NZA 2013, 40), konnte sie nach bisheriger Auffassung des BAG

nach Treu und Glauben eben auch stillschweigend geändert werden. Folglich musste ebenso, wie der Arbeitgeber durch ausdrückliche Freiwilligkeitsvorbehalte das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern konnte, der Arbeitnehmer der Abänderung der entstandenen betrieblichen Übung ausdrücklich widersprechen, um sie – die Abänderung – zu verhindern. Und ebenso wenig, wie es bei Begründung der betrieblichen Übung auf den Verpflichtungswillen des Arbeitgebers, sondern nur auf die **Auslegung** seines Verhaltens durch den Arbeitnehmer ankam, war es bei der negativen betrieblichen Übung erforderlich, dass der Arbeitnehmer sich über die rechtsgeschäftliche Bedeutung seines Verhaltens im Klaren war, sofern der Arbeitgeber sein Schweigen gemäß §§ 133, 157 BGB als Zustimmung deuten durfte (→ BAG NZA 1999, 1162; BAG NJW 1998, 475; Speiger in NZA 1998, 510). Es reichte daher, wenn der Arbeitgeber die Freiwilligkeit der Sonderzahlung mindestens dreimal **unmissverständlich** zum Ausdruck brachte, wobei die Rechtsprechung gerade die Frage, ob so etwas auch wirklich unmissverständlich formuliert wurde, recht streng kontrollierte, um auf diese Weise der Literaturkritik zumindest teilweise den Wind aus den Segeln zu nehmen (der Klassiker einer »misslungenen« negativen betrieblichen Übung ist die Entscheidung BAG DB 1999, 1907).

**Aber:** Seit dem Jahre 2002 unterliegen Arbeitsverträge der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB (Einzelheiten zur AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht siehe Fall 6 unten). Wertet man mit dem BAG die Erklärung des B gegenüber seinen Arbeitnehmern, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Gratifikationszahlung beendet werden soll, als **Änderungsangebot**, handelt es sich dabei um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Die bisher von der Rechtsprechung befürwortete Annahme, durch eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme einer in Verbindung mit einem Freiwilligkeitszusatz gezahlten Gratifikation werde die durch betriebliche Übung entstandene Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gratifikationszahlung beendet, ist nun mit dem Klauselverbot des § 308 Nr. 5 BGB (lesen!) unvereinbar (BAGE 130, 21). Auf diese Weise würde man dem Arbeitnehmer nämlich eine Erklärung unterschieben (fingieren!), obwohl es – wie die Literatur zu dieser Frage übrigens schon immer betont hat – ein wesentliches Prinzip des Privatrechts ist, dass das **Schweigen** im Regelfall eben keine Willenserklärung darstellt. Will man einem Schweigen Bedeutung messen, kann man das zwar, muss dies dann aber ausdrücklich unter Beachtung der Vorgaben des § 308 Nr. 5 BGB regeln. Und daran fehlt es vorliegend.

Wir sind damit allerdings noch nicht ganz am Ende des Falles, **denn:** Das BAG (und wir demnach hier auch) hatte es mit einem sogenannten »Alt-«Fall zu tun, bei dem nämlich der Beginn des Arbeitsverhältnisses weit vor der Schuldrechtsreform des Jahres 2002 und damit vor Geltung der §§ 305 ff. BGB im Arbeitsrecht lag. Die im Hinblick auf § 308 Nr. 5 BGB geänderte Rechtslage konnten A und B also ursprünglich noch gar nicht kennen; vielmehr haben sie ihr Arbeitsverhältnis im Vertrauen auf die Rechtslage und die Rechtsprechung **vor** der Schuldrechtsreform geschlossen. Allerdings mussten oder jedenfalls **konnten** A und B im Jahre 2018 – denn da begann ja der Versuch des B, die betriebliche Übung abzuändern – die verschärzte Rechtslage zur Unmissverständlichheit des Freiwilligkeitszusatzes (siehe dazu schon weiter oben) längst kennen. Und unmissverständlich wäre es nur gewesen, wenn B gegen-

über seinen Arbeitnehmern die Beendigung der betrieblichen Übung der vorbehaltlosen Zahlung erklärt hätte, um diese durch eine Leistung zu ersetzen, auf die kein Rechtsanspruch besteht. Mit anderen Worten: B hätte ausdrücklich auf die bisherige betriebliche Übung hinweisen und sein Änderungsangebot mit dem Anerkenntnis eines entstandenen Rechtsanspruchs der Arbeitnehmer auf die Gratifikation verbinden müssen. Insbesondere von einem schon entstandenen Anspruch hat B aber nichts gesagt – vermutlich wollte er keine schlafenden Hunde wecken, und das hat er jetzt davon.

**Tipp:** Für Klausuren dürfte davon auszugehen sein, dass dieser – dogmatisch eher schwer nachvollziehbare – Schwenk des BAG am Ende der Entscheidung eines Altfalles keine Rolle spielt. Es wird vielmehr so sein, dass der Klausursachverhalt in einem Zeitraum **nach** der Schuldrechtsreform spielt oder ein Bearbeitervermerk vorgibt, dass ausschließlich die aktuelle Rechtslage zugrunde zu legen ist. Und dann gilt es, mit § 308 Nr. 5 BGB zu arbeiten, wie wir das oben geschildert haben. Vorausgesetzt natürlich, man hat zur Begründung der betrieblichen Übung auf die **Vertragstheorie** abgestellt.

**Ergebnis:** A hat auch für das Jahr 2022 einen Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgeldes.

### Abwandlung

**Frage:** Wie ist die Rechtslage, wenn B das Weihnachtsgeld jedes Jahr unter den Vorbehalt eines künftigen Widerrufs gestellt hat und nunmehr wegen der tatsächlich bestehenden schwierigen wirtschaftlichen Lage die Zahlung einstellen will?

**Antwort:** B hat hier jedes Jahr (mindestens von 1990 bis 2020) Weihnachtsgeld bezahlt. Dessen Auszahlung hat er indes jedes Jahr mit dem Zusatz verbunden, dass die Zuwendung **widerruflich** sei. Da es sich hierbei um ein mehrmaliges gleichförmiges Verhalten ohne Betonung von dessen Freiwilligkeit handelt, ist eine betriebliche Übung entstanden. Diese Gratifikation war allerdings stets nur widerruflich gewährt worden. Folglich haben sich A und B (stillschweigend) darüber geeinigt, dass der B sich zwar zur Gewährung der Zuwendung verpflichtet, diese aber widerrufen kann (= Vertragstheorie), bzw. der A konnte nur auf die Gewährung der Sonderzuwendung vorbehaltlich eines Widerrufs durch B vertrauen (= Vertrauenshaftungstheorie).

**Achtung:** Das ist der entscheidende Unterschied des Widerrufsvorbehalts zum Freiwilligkeitsvorbehalt. Es entsteht bei einem vereinbarten Widerrufsvorbehalt zwar eine betriebliche Übung, von dieser kann allerdings abgewichen werden (BAG NZA 2001, 24; BAG NZA 1988, 95). Indes unterliegt dies wieder der AGB-Kontrolle, und zwar insbesondere § 308 Nr. 4 BGB, denn B verhält sich wieder allen seinen Arbeitnehmern gegenüber gleichförmig. Nach BAG NZA 2005, 465 ist

angesichts dessen ein Widerrufsvorbehalt nur zumutbar, wenn mögliche »**sachliche Gründe**« für die Ausübung des Widerrufsrechts ausdrücklich benannt sind (BAG NZA 2009, 428). Daran fehlt es hier. Bei Altverträgen ist allerdings nach dem BAG davon auszugehen, dass die Vertragsparteien Entsprechendes vereinbart hätten, wenn sie bei Vertragsabschluss von der späteren Geltung des § 308 Nr. 4 BGB gewusst hätten. Ein Widerrufsvorbehalt ist damit bei Altverträgen nicht komplett unwirksam, sondern kann entsprechend ergänzend ausgelegt werden. Das BAG stellt zur Begründung übrigens darauf ab, dass das ein zu großer Eingriff in die Privatautonomie des Arbeitgebers wäre, der die Sonderzahlung eben nur erbringen wollte, weil er von ihr – auch nach alter Rechtslage: immer nur mit sachlichem Grund – wieder herunterkommen konnte. Hätten hier A und B also schon gewusst, dass es einmal den § 308 Nr. 4 BGB geben würde, hätte B sein Gratifikationsangebot an alle Arbeitnehmer direkt mit dem ausdrücklichen Zusatz verbunden, dass er die Gratifikation im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten widerrufen werde. Darauf hätten sich die Arbeitnehmer billigerweise einlassen müssen – logisch, sie hätten ja sonst erst gar keinen Anspruch erworben. Zu guter Letzt: In jedem Fall – egal, ob alt oder neu – gibt es zusätzlich noch die sogenannte Ausübungskontrolle nach § 315 BGB.

Damit besteht im vorliegenden Fall zwar grundsätzlich ein Anspruch des A auf Zahlung von Weihnachtsgeld aus § 611a Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit der betrieblichen Übung. Der B kann die Auszahlung für das Jahr 2022 aber durch Ausübung des Widerrufsrechts erfolgreich verhindern, da ihm mit der angespannten wirtschaftlichen Lage ein nachvollziehbarer Grund zur Seite steht.

**Ergebnis der Abwandlung:** A kann 2022 von B **kein** Weihnachtsgeld verlangen.

### (Kniffliger!) Nachschlag

1. Wir haben weiter oben schon gesehen, dass es auch einen Freiwilligkeitsvorbehalt gibt. Dieser hat den Zweck, eine betriebliche Übung erst gar nicht entstehen zu lassen. Wir sagten es bereits: Das ist der entscheidende Unterschied zum **Widerrufsvorbehalt**. Einen solchen Freiwilligkeitsvorbehalt gerichtsfest hinzubekommen, ist allerdings gar nicht so einfach, und zwar interessanterweise vor allem dann, wenn der Arbeitgeber versucht, schon im Arbeitsvertrag alles – nämlich einerseits die Sonderzahlung, andererseits deren Freiwilligkeit – zu regeln. Nach BAG NZA 2008, 1173 ist zum Beispiel die folgende Klausel widersprüchlich und gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB intransparent:

*»Der Angestellte erhält eine Weihnachtsgratifikation in Höhe des Bruttogehalts. Ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation besteht nicht. Wird eine solche gewährt, stellt sie eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers dar.«*

Wie gesagt, das geht nicht. Denn hier wird einerseits etwas versprochen, andererseits soll ein entsprechender Rechtsanspruch aber gleich wieder ausgeschlossen werden = unzulässig, vgl. BAG NZA 2008, 1173.

## 2. Möglich sein soll nach BAG NZA 2009, 310 dagegen **Folgendes**:

»Der Arbeitnehmer erhält ein monatliches Gehalt von 3.250,00 DM brutto. Die Vergütung wird dem Arbeitnehmer jeweils bis zum 5. des Folgemonats ausbezahlt. Die Gewährung sonstiger Leistungen (z.B. Weihnachts- und Urlaubsgeld, 13. Gehalt etc.) durch den Arbeitgeber erfolgen freiwillig und mit der Maßgabe, dass auch mit einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird.«

Der Arbeitgeber schreibt hier nichts von einer Sonderzahlung in den Vertrag. Rein vorsorglich ist aber vermerkt, dass nicht verabredete Sonderzahlungen, wenn sie denn doch gezahlt werden, freiwillig und **ohne Rechtsanspruch** für die Zukunft erfolgen. Auf diesem Weg (und nur so!) kann der Arbeitgeber von vorneherein das Entstehen einer betrieblichen Übung unterbinden. Alternativ kann er natürlich auch im Vertrag gar nichts sagen, sondern **jede** außervertragliche Sonderzahlung mit einem Freiwilligkeitszusatz versehen (→ BAG NZA 2009, 535; lesbar zum Ganzen ist der Aufsatz von *Preis* in der NZA 2009, 281).

## 3. Schließlich ist nach BAG NZA 2011, 628 (= BAGE 136, 294) dafür aber die folgende Klausel intransparent und damit **unwirksam** wegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB:

»Soweit der Arbeitgeber gesetzlich oder durch Tarifvertrag nicht vorgeschriebene Leistungen, wie Prämien, Zulagen, Urlaubsgeld, Gratifikationen, Weihnachtsgratifikationen gewährt, erfolgen sie freiwillig und ohne jede rechtliche Verpflichtung. Sie sind daher jederzeit ohne Wahrung einer besonderen Frist widerrufbar.«

Das geht nicht. **Begründung:** Diese Klausel enthält lediglich den Hinweis, dass es sich bei den von ihr erfassten Gratifikationen um nicht durch Gesetz oder Tarifvertrag vorgeschriebene Leistungen handelt, deren Leistung »freiwillig« erfolgen soll. Einen weitergehenden Hinweis, etwa dass auch bei einer **wiederholten** Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet werde, enthält die Klausel aber **nicht**. Nur ein solcher Vorbehalt könnte aber einen Rechtsanspruch auf zukünftige Zahlung der entsprechenden Gratifikation ausschließen (vgl. dazu BAGE 129, 164). Soweit eine Vertragsklausel einen derartigen Vorbehalt nicht ausdrücklich vorsieht, wird eine Bestimmung, nach der die Sonderzahlung »freiwillig« und »ohne jede rechtliche Verpflichtung« erfolgt, von einem verständigen Arbeitnehmer im Zweifel nur als Hinweis zu verstehen sein, dass sich der Arbeitgeber zur Zahlung einer Gratifikation bereit erklärt, ohne dazu durch andere Regelungen gezwungen zu sein (BAGE 124, 259). Insbesondere kommt dem Nachsatz (»ohne jede rechtliche Verpflichtung«) keine eigenständige Bedeutung für einen zukünftigen Ausschluss einer vertraglichen Bindung durch spätere Erklärungen zu. Die Klausel verstärkt nur die Aussage der Freiwilligkeit und betont die fehlende rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers zu

einer entsprechenden Zahlung. Die Klausel ist zudem auch deshalb unklar und **missverständlich**, weil Satz 2 eine Widerrufsmöglichkeit vorsieht. Hier wird also eine freiwillige Leistung unter einen Widerrufsvorbehalt gestellt. Bei einem Freiwilligkeitsvorbehalt entsteht aber schon gar kein Anspruch auf die Leistung (siehe oben unter Nr. 1), bei einem Widerrufsvorbehalt hingegen hat der Arbeitnehmer einen Anspruch, der Arbeitgeber behält sich aber vor, die versprochene Leistung einseitig zu ändern (BAGE 113, 140). Die Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt führt aber dazu, dass für den Vertragspartner nicht deutlich wird, dass auch bei mehrfachen, ohne weitere Vorbehalte erfolgten Zahlungen der Gratifikationen ein Rechtsbindungswille für die Zukunft weiterhin ausgeschlossen bleiben soll (LAG Hamm NZA-RR 2006, 125; LAG Köln EzA-SD 2008, Nr. 4 = AE 2008, 274; vgl. auch *Preis, Der Arbeitsvertrag*, 2. Aufl. II V 70 Rz. 113). Für den Vertragspartner erschließt sich nicht, ob nun **jegliche** zukünftige Bindung ausgeschlossen oder lediglich eine Möglichkeit eröffnet werden soll, sich später wieder von einer vertraglichen Bindung loszusagen. Die vertragliche Formulierung ist somit nicht deutlich genug, um die mit der Zahlung der Gratifikation verbundenen Erklärungen zu relativieren und zu entwerten. Sie ist nicht klar und unmissverständlich und deshalb nicht geeignet, das Entstehen künftiger Ansprüche eindeutig auszuschließen (BAG NZA 2011, 628 = BAGE 136, 294).

## Gutachten

### Anspruch des A gegen B auf Zahlung von Weihnachtsgeld für das Jahr 2022

Mangels ausdrücklicher arbeitsvertraglicher oder tariflicher Regelung kann sich ein Anspruch des A auf Zahlung von Weihnachtsgeld nur aus § 611a BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit einer betrieblichen Übung ergeben.

1. Das erforderliche Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien existiert.

2. Es müssen außerdem die Voraussetzungen einer betrieblichen Übung bezüglich der Gewährung von Weihnachtsgeld vorliegen. Hierbei handelt es sich um einen Verpflichtungstatbestand, aufgrund dessen dem Arbeitnehmer ein echter arbeitsvertraglicher Anspruch auf Leistung entsteht. Unter dogmatischen Gesichtspunkten ist umstritten, auf welchem Umstand die Bindungswirkung der betrieblichen Übung beruht (Vertragstheorie bzw. Vertrauenshaftungstheorie). Nach der Vertragstheorie stellt ein mehrmaliges gleichförmiges Verhalten des Arbeitgebers aus Sicht der Arbeitnehmer (§§ 133, 157 BGB) ein konkludentes Vertragsangebot dar, das der Arbeitnehmer entsprechend § 151 Satz 1 BGB stillschweigend annimmt. Auf den Verpflichtungswillen des Arbeitgebers kommt es insoweit nicht an. Nach Auffassung der Vertrauenshaftungstheorie ist die vermutete stillschweigende Willensübereinstimmung dagegen bloße Fiktion. Zurechnungsgrund sei vielmehr das bei dem Arbeitnehmer geweckte Vertrauen, das der Arbeitgeber nicht treuwidrig (§ 242 BGB) enttäuschen dürfe. Die Rede ist insoweit auch von »Erwirkung«. Die Frage der dogmatischen Begründung kann hier jedoch dahinstehen, weil nach beiden Ansichten weitgehend identische Voraussetzungen für eine Bindung des Arbeitgebers an eine betriebliche Übung ergeben:

- a) Zunächst muss es sich um eine freiwillige Arbeitgeberleistung handeln. B gewährt das Weihnachtsgeld nicht aufgrund einer dezidierten arbeitsvertraglichen oder tariflichen Verpflichtung. Eine freiwillige Leistung liegt vor.
- b) Diese Leistung muss mit einer gewissen Regelförmigkeit erfolgt sein. Erforderlich ist, dass A aufgrund der mehrfach geübten Praxis darauf vertrauen konnte, weiterhin Weihnachtsgeld zu erhalten. B hat A von 1990 bis 2021 jedes Jahr Weihnachtsgeld gewährt. Damit ist der objektive Tatbestand einer Zusage gesetzt. A konnte berechtigterweise von der Fortgewährung des Weihnachtsgeldes ausgehen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass ein Anspruch des A aus § 611a Abs. 2 BGB in Verbindung mit der betrieblichen Übung entstanden ist.

3. Allerdings hat B seit dem Jahr 2018 Einschränkungen im Zusammenhang mit der Gewährung der Gratifikation gemacht. Damit stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber durch mehrmaliges gleichförmiges anderes Verhalten die Verpflichtung zur Zahlung der Sonderzuwendung beseitigen kann, sogenannte »negative betriebliche Übung«. Nach der bislang vom BAG vertretenen Vertragstheorie sollte das dreimalige gleichförmige – jetzt nachteilige – Verhalten des Arbeitgebers ein (Abänderungs-)Angebot an die Arbeitnehmer darstellen; widersprachen diese (dreimal) nicht, so ändert sich die zuvor begründete Pflicht. Eine negative betriebliche Übung war danach möglich, sofern der Arbeitgeber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hatte, dass ein Rechtsanspruch der Arbeitnehmer bestand, er diesen aber nunmehr für die Zukunft beseitigen wollte. Dem hielt die

Vertrauenshaftungstheorie entgegen, dass ein zum Vertragsbestandteil erhobener Anspruch der Arbeitnehmer nicht durch deren Schweigen auf eine einseitig abändernde Handlung beseitigt werden könnte. Hiernach hätte der Arbeitgeber nur die Möglichkeit, mittels einer Änderungskündigung vom einmal geschaffenen Standard abzuweichen, wenn der Arbeitnehmer nicht mit einer Änderung einverstanden war. Ob diese Kündigung gerechtfertigt wäre (vgl. § 2 KSchG), ist aber fraglich.

Der Vertrauenshaftungstheorie ist zuzugeben, dass bloßes Schweigen grundsätzlich keine Willenserklärung ist. Dies findet im BGB (u.a.) in der Regelung des § 308 Nr. 5 BGB seinen Niederschlag. Angesichts dieser seit 2002 auch für Arbeitsverträge geltenden Regelung hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung zur negativen betrieblichen Übung aufgegeben, sodass das bloße Schweigen des Arbeitnehmers mangels anderweitiger Vereinbarung trotz des dreimaligen Hinweises des Arbeitgebers auf die Freiwilligkeit der Gratifikationszahlung grundsätzlich nicht mehr ausreicht, um die entstandene betriebliche Übung zu beseitigen.

**4.** Fraglich ist allerdings, ob diese geänderte Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall anwendbar ist. Zwar handelt es sich bei dem Verhalten des B um ein für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehenes Änderungsangebot im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB, sodass § 308 Nr. 5 BGB greift; jedoch haben A und B ihr Arbeitsverhältnis noch im Vertrauen auf die Rechtslage und die Rechtsprechung vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform begründet. Weder A noch B hatten 1988 und in den Folgejahren Veranlassung, eine Regelung zu treffen, die einer Kontrolle anhand von § 308 Nr. 5 BGB standhält. Damit gelten die von der Rechtsprechung vor dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform zur negativen betrieblichen Übung entwickelten Grundsätze im vorliegenden Fall fort. Wie bereits ausgeführt, ist danach Voraussetzung für ein Entfallen des Anspruchs auf die Sonderzahlung, dass der Arbeitgeber unmissverständlich klarstellt, dass er einen bestehenden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers beseitigen möchte. Hier hat B von 2018 bis 2021 jedoch lediglich erklärt, dass die Zahlung freiwillig erfolge und keinen Rechtsanspruch begründe; nicht klargestellt hat er indes, dass ein – zu beseitigender – Rechtsanspruch bereits entstanden war. Folglich scheitert die Beendigung der betrieblichen Übung durch B zwar nicht an § 308 Nr. 5 BGB, aber an der fehlenden Unmissverständlichkeit bei (dem Versuch der) Beseitigung des Anspruchs aus betrieblicher Übung.

**Ergebnis:** A hat auch für das Jahr 2022 einen Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgeldes.

### **Abwandlung**

Fraglich ist auch hier das Bestehen einer in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag anspruchsgrundlegenden betrieblichen Übung. B hat hier jedes Jahr (mindestens von 1990 bis 2021) Weihnachtsgeld bezahlt. Dessen Auszahlung hat er allerdings jedes Jahr mit dem Zusatz verbunden, dass die Zuwendung widerruflich sei. Hierbei handelt es sich um ein mehrmaliges gleichförmiges Verhalten ohne Betonung von dessen Freiwilligkeit. Folglich ist ein Anspruch aus betrieblicher Übung entstanden.

Die Gratifikation wurde allerdings stets nur widerruflich gewährt. Folglich haben sich A und B (stillschweigend) darüber geeinigt, dass der B sich zwar zur Gewährung der Zuwendung verpflichtet, diese aber widerrufen kann (Vertragstheorie) bzw. A konnte nur

auf die Gewährung der Sonderzuwendung vorbehaltlich eines Widerrufs durch B vertrauen (Vertrauenshaftungstheorie). Damit besteht zwar grundsätzlich ein Anspruch des A auf Zahlung von Weihnachtsgeld aus § 611a Abs. 2 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit der betrieblichen Übung. Der B kann die Auszahlung 2018 aber möglicherweise durch Ausübung seines Widerrufsrechts erfolgreich verhindern. Dem könnte indes § 308 Nr. 4 BGB entgegenstehen. Bei dem an alle Arbeitnehmer gerichteten Angebot des B handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Nach § 308 Nr. 4 BGB ist die Möglichkeit, von einer einmal versprochenen Leistung abzuweichen, dadurch eingeschränkt, dass dies für den anderen Teil zumutbar ist. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn der Arbeitgeber bei Auskehrung der freiwilligen, widerruflichen Zusatzleistung zugleich auch Gründe für die evtl. Ausübung des Widerrufsrechts benennt. Hieran fehlt es vorliegend. Allerdings handelt es sich um einen Altfall; B konnte bei Abgabe des Angebots an seine Arbeitnehmer noch nicht wissen, dass der Widerrufsvorbehalt einmal einer AGB-Kontrolle würde standhalten müssen, während es den Arbeitnehmern, die andernfalls überhaupt keinen Anspruch gehabt hätten, zumutbar gewesen wäre, sich auf eine der AGB-Kontrolle standhaltende Klausel einzulassen. Dementsprechend ist der Widerrufsvorbehalt im Wege ergänzender Vertragsauslegung als wirksam anzusehen. B hat sein Widerrufsrecht auch nicht willkürlich ausgeübt, indem er sich auf die tatsächlich bestehende schwierige wirtschaftliche Lage berufen und damit einen nachvollziehbaren Grund vorgebracht hat.

**Ergebnis der Abwandlung:** A kann 2022 von B kein Weihnachtsgeld verlangen.