

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung . . . . .	1
----------------------	---

## *Teil 1*

### Der Stand der Diskussion

A. Historischer Überblick. . . . .	5
B. Ansichten zur Rechtsnatur der betrieblichen Übung. . . . .	9
I. Normative Begründungsansätze. . . . .	9
1. Betriebsrecht. . . . .	10
a) Konkrete Ordnung des Betriebs. . . . .	10
aa) Ansicht des Reichsarbeitsgerichts. . . . .	10
bb) Ansichten in der Literatur. . . . .	13
b) Recht der Betriebsgemeinschaft. . . . .	14
aa) Ansicht des LAG Bremen. . . . .	14
bb) Ansichten in der Literatur. . . . .	16
c) Stellungnahme. . . . .	17
aa) Die fehlende Rechtsnormqualität einer bloßen Übung. . . . .	17
bb) Die fehlende Normsetzungsbefugnis des Arbeitgebers. . . . .	19
cc) Die fehlende originäre Betriebsautonomie der Betriebsparteien. . . . .	21
2. Gewohnheitsrecht. . . . .	23
a) Voraussetzungen. . . . .	24
aa) Consuetudo. . . . .	24
bb) Opinio iuris. . . . .	25
b) Stellungnahme. . . . .	26
aa) Die Zulässigkeit von Observanzen. . . . .	26
bb) Das Problem der Normsetzungsbefugnis. . . . .	27
cc) Die betriebliche Übung als Verkehrssitte?. . . . .	28
dd) Der fehlende übereinstimmende Rechtsgeltungswille. . . . .	29
3. Zusammenfassung. . . . .	30
II. Schuldrechtliche Erklärungsmodelle. . . . .	32
1. Vertragstheorie. . . . .	32

a) Die Qualifikation der betrieblichen Übung als »stillschweigende Vereinbarung« . . . . .	32
b) Die Vertragstheorie in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts . . . . .	35
aa) Entwicklung . . . . .	35
bb) Auslegungskriterien . . . . .	38
(1) Dauer und Intensität der Leistung . . . . .	39
(2) Art und Inhalt der Leistung . . . . .	40
(3) Entgegenstehende Anhaltspunkte . . . . .	41
cc) Rechtsfolge . . . . .	43
dd) Zusammenfassung . . . . .	43
c) Die Vertragslösung in der Literatur . . . . .	44
d) Stellungnahme . . . . .	46
aa) Die Kriterien »Dauer« und »Wiederholung« . . . . .	47
(1) Der fehlende Erklärungswert dieser Kriterien . . . . .	47
(2) Die Unbestimmtheit dieser Kriterien . . . . .	50
(3) Die willkürliche Konkretisierung im Fall der Gratifikation . . . . .	51
bb) Verpflichtungswille ex lege? . . . . .	52
cc) Das Kriterium des Werts der Leistung . . . . .	54
(1) Die fragwürdige Typisierbarkeit des Leistungswerts . . . . .	54
(2) Die Untauglichkeit des »Werts der Leistung« für die Ermittlung eines Rechtsbindungswillens . . . . .	56
dd) Das fehlende Erklärungsbewusstsein . . . . .	57
(1) Das relevante Verhalten . . . . .	58
(a) Tatbestandselemente der Willenserklärung . . . . .	59
(b) Einzelgewähr als Willenserklärung? . . . . .	60
(c) Gesamtverhalten als Willenserklärung? . . . . .	60
(2) Erforderlichkeit des Erklärungsbewusstseins? . . . . .	61
(a) Kombinatorischer Ansatz . . . . .	61
(b) Willenstheoretischer Ansatz . . . . .	63
(c) Stellungnahme . . . . .	64
(aa) Die verfehlte Gleichstellung von fehlendem Erklärungsbewusstsein und Geschäftsirrtum . . . . .	64
(bb) Die Bedeutung des § 118 BGB . . . . .	66
(cc) Die Inkonsistenz des Verkehrsschutz- arguments . . . . .	68
(3) Der »atypische« Charakter des fehlenden Erklärungs- bewusstseins . . . . .	70
(4) Anfechtbarkeit als zwingende Konsequenz der Lösung des BAG . . . . .	72
(a) Beachtlicher Rechtsfolgenirrtum . . . . .	74
(b) Anfechtungsmodalitäten . . . . .	75
(c) Rechtsfolge . . . . .	76
(5) Zusammenfassung . . . . .	77
2. Die Lehre von der außervertraglichen Vertrauenshaftung . . . . .	78

a) Die Grundsätze der Vertrauenshaftung . . . . .	78
b) Die Einordnung der betrieblichen Übung als Fall einer außervertraglichen Vertrauenshaftung . . . . .	80
aa) Die behauptete Insuffizienz einer rechtsgeschäftlichen Lösung. . . . .	81
bb) Die zukünftige Bindung des Arbeitgebers als angeblicher Fall einer Vertrauenshaftung kraft »rechtsethischer Notwendigkeit«. . . . .	82
(1) Haftungsgrundlage. . . . .	82
(2) Haftungsvoraussetzungen . . . . .	84
(a) Vertrauenstatbestand. . . . .	84
(b) Schutzwürdiges Vertrauen . . . . .	85
(c) Vertrauensinvestition. . . . .	88
(3) Rechtsfolge: Zukünftige Bindung des Arbeitgebers . . . .	89
c) Stellungnahme . . . . .	92
aa) Die Ubiquität von Vertrauen im Rechtsverkehr. . . . .	92
bb) Die Notwendigkeit einer Qualifikation rechtserheblichen Vertrauens . . . . .	93
(1) Die Schutzwürdigkeit rechtsgeschäftlich veranlassten Vertrauens . . . . .	94
(2) Die fehlende Schutzwürdigkeit des Vertrauens im Fall eines ersichtlich fehlenden Rechtsbindungswillens. . . . .	96
(3) Die zweifelhafte Schutzwürdigkeit »abstrakten« Vertrauens . . . . .	98
cc) Das gegensätzliche Vertrauen des Arbeitgebers . . . . .	100
dd) Die fehlende Justitiabilität der Haftungskriterien. . . . .	102
ee) Die fehlende Begründbarkeit einer Erfüllungshaftung kraft Vertrauens . . . . .	104
(1) Die dogmatische Unschlüssigkeit einer »Erwirkung« von Ansprüchen . . . . .	104
(2) Die fehlerhafte Annahme einer Erfüllungshaftung kraft Vertrauens . . . . .	107
(a) Deren grundsätzliche Systeminkonformität . . . . .	108
(b) Parallele zum formnichtigen Rechtsgeschäft? . . . . .	111
(c) Erfüllungshaftung auf Grund Perplexität?. . . . .	112
(d) Erfüllungshaftung auf Grund »besonderen« Vertrauens?. . . . .	113
(3) Übergang des Anspruchs in den Arbeitsvertrag?. . . . .	115
ff) Zusammenfassung . . . . .	115
III. Arbeitnehmerschutz als Geltungsgrund? . . . . .	117
1. Arbeitnehmerschutz als Leitmotiv . . . . .	117
2. Eigenständiger arbeitsrechtlicher Lösungsansatz . . . . .	118
3. Stellungnahme. . . . .	119
a) Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt . . . . .	119

b) Gestörte Vertragsparität als Eingriffsrechtfertigung. . . . .	120
c) Bindung an eine betriebliche Übung als Gebot des Arbeitnehmerschutzes?. . . . .	124
aa) Charakteristika der arbeitnehmerbegünstigenden betrieblichen Übung . . . . .	124
(1) Zusätzliche freiwillige Leistung . . . . .	125
(2) Zweck der Leistung. . . . .	126
(a) Der fehlende Fürsorgecharakter . . . . .	126
(aa) Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis? . . . . .	126
(bb) Modifizierter Austauschvertrag . . . . .	128
(cc) Zwischenergebnis . . . . .	130
(b) Der typische Entgeltcharakter . . . . .	131
(c) Zwischenergebnis. . . . .	134
(3) Zeitpunkt der Begründung. . . . .	134
(4) Zwischenergebnis. . . . .	135
bb) Geringerer Bestandsschutz freiwilliger Zusatzleistungen . . . . .	137
(1) Rechtliche Zulässigkeit antizipierter Flexibilisierung . . . . .	137
(a) Freiwilligkeitsvorbehalt . . . . .	138
(b) Widerrufsvorbehalt. . . . .	139
(c) Kürzungsmöglichkeit nach § 4a EFZG. . . . .	139
(d) Doppelte Schriftformklausel . . . . .	140
(e) Zwischenergebnis. . . . .	140
(2) Der geringere Bestandsschutz auf Grund betrieblicher Übung entstandener Ansprüche des Arbeitnehmers . . . . .	141
(a) Fehlender zukünftiger Verpflichtungswille . . . . .	142
(b) Freie Anrechenbarkeit übertariflicher Leistungen . . . . .	143
(c) Annahme konkludenter Widerrufsvorbehalte . . . . .	144
(d) Negative betriebliche Übung. . . . .	145
(e) Zwischenergebnis. . . . .	147
(3) Der fehlende Bestandsschutz bei Regelung freiwilliger Zusatzleistungen kraft Betriebsvereinbarung . . . . .	147
(a) Freie Kündbarkeit freiwilliger Betriebsvereinbarungen . . . . .	148
(b) Die Parallelität der Interessenlage im Fall der betrieblichen Übung . . . . .	149
(c) Zwischenergebnis. . . . .	152
(4) Arbeitsentgeltrisiko . . . . .	153
(5) Fehlendes wirtschaftliches Angewiesensein des Arbeitnehmers? . . . . .	155
d) Schlussfolgerungen und Ergebnis . . . . .	156
IV. Weitere Erklärungsmodelle. . . . .	161
1. Einseitiger Verpflichtungstatbestand . . . . .	161
a) Selbstbindung kraft »selbstgesetzter Norm«? . . . . .	161
b) Konkludente Gesamtzusage?. . . . .	162
c) Einseitige Leistungsbestimmung? . . . . .	165

2. Konkretisierung der Fürsorgepflicht . . . . .	166
a) Ansichten in der Literatur . . . . .	166
b) Stellungnahme . . . . .	167
3. Sozialtypisches Verhalten . . . . .	169
a) Betriebliche Übung als sozialtypischer Tatbestand . . . . .	169
b) Stellungnahme . . . . .	170
4. Flexible arbeitsrechtliche Sonderlösung . . . . .	173
a) Arbeitsrechtliche Besonderheiten . . . . .	173
b) Gleitende Skala . . . . .	173
c) Stellungnahme . . . . .	174
5. Richterrecht . . . . .	177
a) Rechtsfortbildung . . . . .	178
b) Stellungnahme . . . . .	178
C. Ergebnis: Die Unschlüssigkeit der dargestellten Begründungsansätze	181

## Teil 2

### Grundsätze einer eigenen Lösung

A. Ausgangspunkt . . . . .	187
I. Die betriebliche Übung als rein faktisches Phänomen? . . . . .	187
II. Die Notwendigkeit eines systemkonformen Verpflichtungsgrundes . . . . .	188
B. Privatautonome Verpflichtung als Grund für die rechtliche Bindung	189
I. Die Willenserklärung des Arbeitgebers . . . . .	191
1. Die angeblich universal Erscheinungsform rechtserheblicher Übungen . . . . .	192
2. Das drohende Ende betrieblicher Flexibilität . . . . .	193
3. Erscheinungsformen betrieblicher Gepflogenheiten . . . . .	194
a) Unentgeltliche Parkplatznutzung . . . . .	195
b) Private Internetnutzung . . . . .	195
c) Freie Arbeitstage . . . . .	196
d) Wiedereinstellungsanspruch . . . . .	196
e) Ordentliche Unkündbarkeit . . . . .	197
f) Direktionsrecht . . . . .	197
g) Sondervergütungen . . . . .	198
h) Ruhegeld . . . . .	199
4. Objektiver Verpflichtungswille . . . . .	199
a) Das grundsätzliche Problem der Auslegung konkludenter Erklärungen . . . . .	199

b) Der objektive Empfängerhorizont als maßgeblicher Bezugspunkt . . . . .	201
c) Grundsätze für die Auslegung des Arbeitgeberverhaltens . . . . .	202
aa) Gebot der interessengerechten Auslegung . . . . .	204
(1) Die gebotene Berücksichtigung der erkennbaren Interessen des Erklärenden . . . . .	204
(2) Der bestehende Interessengegensatz . . . . .	207
(3) Der erforderliche Interessenausgleich . . . . .	207
bb) Wirtschaftlicher Zweck der Leistung . . . . .	208
(1) Vermögenswerte Leistung . . . . .	208
(2) Zuwendungscharakter . . . . .	210
(a) Gefälligkeitscharakter? . . . . .	211
(b) Individueller Bezug? . . . . .	213
(c) Schenkungscharakter? . . . . .	214
(d) Entgeltcharakter . . . . .	216
(3) Synallagmatischer Bezug . . . . .	217
d) Die rechtsgeschäftliche Bindung des Arbeitgebers durch die Gewähr freiwilliger Sonderleistungen . . . . .	220
aa) Die Gewähr freiwilliger Sonderleistungen als konkludente Mehrwertzusage . . . . .	220
(1) Die Marktbezogenheit des Arbeitgeberverhaltens . . . . .	222
(2) Die damit zum Ausdruck gebrachte »Wertschätzung« . . . . .	223
(3) Folgerungen für die erforderliche Qualität des Arbeitgeberverhaltens . . . . .	224
bb) Das Vorliegen eines weitergehenden Verpflichtungswillens des Arbeitgebers im Fall der regelmäßigen und vorbehaltlosen Gewähr freiwilliger Sonderleistungen . . . . .	226
(1) Die Abgrenzung der freiwilligen Leistungsgewähr vom Leistungsverhalten auf Grund vorheriger Abrede . . . . .	226
(2) Anwendbarkeit der Unklarheitenregel wegen Mehrdeutigkeit des Erklärungsverhaltens des Arbeitgebers? . . . . .	227
(3) Der konkrete Inhalt der konkludenten Mehrwertzusage . . . . .	229
(a) Die mit der Gewähr der Sonderleistung verbundene Neubewertung des arbeitsrechtlichen Synallagmas . . . . .	229
(b) Die Situations- bzw. Zweckgebundenheit dieser Mehrwertzusage . . . . .	231
(aa) Gewinnbeteiligung . . . . .	232
(bb) Leistungsbezug . . . . .	233
(cc) Zweckbindung . . . . .	233
(c) Der besondere Charakter freiwilliger Zusatzleistungen . . . . .	234
(aa) Das grundsätzliche Problem der Annahme eines vorbehaltlosen zukünftigen Bindungswillens des Arbeitgebers bei Entgeltzusagen . . . . .	234

(bb) Die zu vermutende Akzessorietät zur Wirtschaftslage . . . . .	235
(cc) Die Form der Kundgabe . . . . .	236
(dd) Die Ambivalenz der Freiwilligkeit . . . . .	237
(d) Das Leistungsverhalten als bedingte Entgeltzusage	238
(e) Der Vorbehalt des Fortbestands der Äquivalenz des Austauschverhältnisses . . . . .	240
(aa) Die gebotene Achtung der Privatautonomie des Arbeitgebers . . . . .	240
(bb) Die willensgemäße Einordnung der Kriterien »Dauer« und »Wiederholung« . . . . .	241
(cc) Das schutzwürdige Vertrauen der Arbeitnehmer . . . . .	244
(4) Einer rechtsgeschäftlichen Bindung entgegenstehende Umstände im Erklärungsverhalten des Arbeitgebers. . .	246
(a) Ausdrücklicher Freiwilligkeitsvorbehalt . . . . .	246
(b) Konkludenter Freiwilligkeitsvorbehalt. . . . .	248
(c) Vertragliche Schriftformklauseln. . . . .	250
(d) Stellungnahme . . . . .	252
(aa) Grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Vorbehalte . . . . .	252
(bb) Beschränkung auf eine Missbrauchskontrolle	254
(cc) Die Maßgeblichkeit aller Umstände des Erklärungsverhaltens . . . . .	256
(5) Exkurs: Leistungen in unterschiedlicher Höhe. . . . .	258
(a) Meinungsstand . . . . .	258
(b) Stellungnahme . . . . .	259
(aa) Hinreichende inhaltliche Bestimmbarkeit . . .	259
(bb) Die Unzulässigkeit eines Rückgriffs auf § 315 BGB bei fehlender inhaltlicher Bestimmbarkeit der Höhe der Leistung . . . . .	262
(cc) Zwischenergebnis . . . . .	266
e) Erklärungswert des Schweigens . . . . .	266
aa) Grundsatz. . . . .	267
bb) Dulden privater Internetnutzung. . . . .	268
(1) Meinungsstand . . . . .	268
(2) Stellungnahme . . . . .	269
(a) Die fehlende Angebotsqualität des Arbeitgeberverhaltens . . . . .	269
(b) Ausgangspunkt: Die private Internetnutzung am Arbeitsplatz als Pflichtverletzung . . . . .	270
(c) Die notwendige Kenntnis des Arbeitgebers von Inhalt und Umfang der privaten Internetnutzung als Vorbedingung. . . . .	271
(d) Die fehlerhafte Deutung des Duldens als konkludente Einverständniserklärung. . . . .	272
(e) Die verfehltete Annahme einer Obliegenheit zum Widerspruch . . . . .	275

cc) Ordentliche Unkündbarkeit kraft betrieblicher Übung? . . . . .	277
dd) Zwischenergebnis. . . . .	279
f) Folgerungen für die Ausübung des Direktionsrechts . . . .	279
aa) Meinungsstand . . . . .	280
bb) Stellungnahme . . . . .	283
(1) Das Direktionsrecht als essentialium des Arbeitsvertrages . . . . .	283
(2) Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Leistungszusage. . . .	284
(3) Die Ausübung nach »billigem Ermessen« als ausreichender Schutz des arbeitnehmerseitigen Kontinuitätsinteresses . . . . .	285
(4) Konkludentes Vertragsangebot als Ausnahme . . . . .	287
g) Wiedereinstellungsanspruch kraft betrieblicher Übung? . .	288
aa) Meinungsstand . . . . .	288
bb) Stellungnahme . . . . .	290
(1) Der gebotene Schutz der Abschlussfreiheit des Arbeitgebers . . . . .	290
(2) Anspruch auf Gleichbehandlung? . . . . .	292
h) Sonderleistungen an einzelne Arbeitnehmer . . . . .	293
aa) Problemstellung . . . . .	294
bb) Das betriebliche Ruhegeld. . . . .	295
(1) Meinungsstand . . . . .	295
(a) Rechtsgeschäftliche Lösungsansätze . . . . .	295
(b) Einordnung als gesetzlich geregelter Sonderfall . . . .	298
(c) Vertrauens-theoretischer Lösungsansatz . . . . .	299
(2) Stellungnahme . . . . .	299
(a) Die betriebliche Altersvorsorge als gesetzlich geregelter Sonderfall?. . . . .	299
(b) Die konkludente Ruhegehaltszusage. . . . .	300
(c) Inhalt und Umfang der Bindungswirkung . . . . .	304
(d) Das erworbene Anwartschaftsrecht . . . . .	306
cc) Das Jubiläumsgeld . . . . .	308
(1) Meinungsstand . . . . .	308
(a) Ansicht des BAG . . . . .	308
(b) Ansichten im Schrifttum . . . . .	310
(2) Stellungnahme . . . . .	311
5. Subjektiver Verpflichtungswille . . . . .	312
a) Das Erklärungsbewusstsein . . . . .	313
aa) Die Erforderlichkeit des Erklärungsbewusstseins . . . .	313
bb) Das grundsätzliche Vorhandensein des Erklärungsbewusstseins . . . . .	314
cc) Die Rechtsfolgen bei fehlendem Erklärungsbewusstsein . . . . .	314
(1) Meinungsstand zur irrigen betrieblichen Übung. . . . .	315



(a) Die Lösung nach der objektivierten Vertragstheorie des BAG . . . . .	315
(b) Vertrauens theoretische Erklärungsansätze. . . . .	317
(2) Stellungnahme . . . . .	318
(a) Der objektive Verpflichtungswille . . . . .	318
(aa) Keine Rechtsbindung bei erkennbarem Normvollzugswillen . . . . .	319
(bb) Ermittlung des Normvollzugswillens . . . . .	322
(b) Auseinanderfallen von Wille und Erklärung. . . . .	324
(aa) Anfechtbarkeit als zwingende Konsequenz der tradierten Vertragstheorie . . . . .	324
(bb) Haftung für die »Erklärungsfahrlässigkeit« nach hier vertretener Konzeption . . . . .	326
(c) Fazit . . . . .	328
b) Der Geschäftswille . . . . .	328
aa) Kein unbeschränkter Verpflichtungswille für die Zukunft . . . . .	329
bb) Konkludente Mehrwertzusage . . . . .	329
cc) Anfechtbarkeit bei Inhaltsirrtum. . . . .	331
II. Die Willenserklärung des Arbeitnehmers. . . . .	332
1. Die Übung zu Gunsten der Arbeitnehmer. . . . .	332
2. Die negative betriebliche Übung . . . . .	333
a) Die Entwicklung innerhalb der Rechtsprechung. . . . .	333
aa) Grundsätzliche Anerkennung der Rechtsfigur . . . . .	333
bb) Prinzipielle Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung. . . . .	336
cc) Der verbleibende Anwendungsbereich. . . . .	337
b) Die Konzeption der Lehre von der außervertraglichen Vertrauenshaftung. . . . .	338
c) Stellungnahme . . . . .	339
aa) Die zweifelhafte Angebotsqualität des Arbeitgeberverhaltens . . . . .	339
bb) Die fehlende Annahmeerklärung auf Arbeitnehmerseite . . . . .	340
cc) Die verfehlte Annahme einer Obliegenheit zum Widerspruch . . . . .	341
dd) Die zweifelhafte Annahme eines Verzichtswillens bei unmittelbarem Betroffensein . . . . .	344
ee) Die Untauglichkeit des vertrauens theoretischen Erklärungsansatzes. . . . .	347
ff) Ergebnis. . . . .	348
3. Übung zu Lasten der Arbeitnehmer?. . . . .	349
a) Vorliegen einer arbeitnehmerbelastenden betrieblichen Übung? . . . . .	350

b) Meinungsstand . . . . .	351
aa) Rechtsgeschäftliche Erklärungsversuche . . . . .	351
(1) Annahme kraft stillschweigender Unterwerfung . . . . .	351
(2) Annahme bei unmittelbarem persönlichen Betroffensein	352
(3) Erhöhte Anforderungen an eine konkludente	
Einverständniserklärung . . . . .	353
bb) Schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitgebers? . . . . .	354
c) Stellungnahme . . . . .	354
aa) Zweifel an der Angebotsqualität des	
Arbeitgeberverhaltens . . . . .	355
bb) Annahmeerklärung auf Seiten der betroffenen	
Arbeitnehmer? . . . . .	355
(1) Lösung zum »Überholpausenfall« . . . . .	356
(2) Tarifbindung durch betriebliche Übung? . . . . .	356
cc) Ergebnis . . . . .	358
4. Die Bindungswirkung in Hinblick auf neueintretende	
Arbeitnehmer . . . . .	359
a) Arbeitnehmerbegünstigende Übung . . . . .	359
b) Arbeitnehmerbelastende Übung? . . . . .	360
aa) Meinungsstand . . . . .	360
bb) Stellungnahme . . . . .	361
5. Ergebnis . . . . .	362
III. Betriebliche Übung im öffentlichen Dienst . . . . .	363
1. Meinungsstand . . . . .	363
a) Die Sonderstellung des öffentlichen Arbeitgebers in der	
Rechtsprechung . . . . .	363
b) Die behauptete »sachwidrige« Privilegierung des	
öffentlichen Arbeitgebers . . . . .	366
2. Stellungnahme . . . . .	367
a) Die besondere Situation des öffentlichen Dienstes . . . . .	367
b) Folgerungen für den rechtsgeschäftlichen Erklärungswert	368
C. Zusammenfassung . . . . .	371
I. Die gebotene interessengerechte Auslegung des	
Arbeitgeberverhaltens . . . . .	371
II. Das grundsätzliche Vorliegen eines Verpflichtungswillens . . . . .	372
1. Der fehlende Erklärungswert der Kriterien »Dauer« und	
»Wiederholung« . . . . .	372
2. Der fehlende Erklärungswert des Schweigens . . . . .	373
3. Die Bedeutung des synallagmatischen Bezugs im	
Leistungsverhalten . . . . .	373
4. Der erkennbare Leistungscharakter des	
Arbeitgeberverhaltens . . . . .	374

III. Der konkrete Inhalt des Verpflichtungswillens . . . . .	376
1. Das Leistungsverhalten als bedingte Entgeltzusage . . . . .	376
2. Die willensgemäße Einordnung der Kriterien »Dauer« und »Wiederholung« . . . . .	377
3. Der Bindung entgegenstehende Umstände . . . . .	379
4. Anfechtbarkeit . . . . .	379
IV. Annahmeerklärung der Arbeitnehmer . . . . .	380
V. Lösung der skizzierten Fallkonstellationen . . . . .	380
1. Nutzungsmöglichkeiten betrieblicher Einrichtungen . . . . .	380
a) Private Internetnutzung . . . . .	380
b) Unentgeltliche Parkplatznutzung . . . . .	381
c) Betriebliche Sozialeinrichtungen . . . . .	382
2. Gestaltungsrechte des Arbeitgebers . . . . .	384
a) Konkretisierung des Direktionsrechts . . . . .	384
b) Ordentliche Unkündbarkeit . . . . .	385
c) Wiedereinstellungsanspruch . . . . .	386
3. Leistungen mit Entgeltcharakter . . . . .	386
a) Bezahlte Freistellung . . . . .	386
b) Gratifikation . . . . .	388
c) Ruhegeld . . . . .	389

### Teil 3

## Folgerungen für die Beendigung einer betrieblichen Übung

A. Individualarbeitsrechtliche Beendigungsmöglichkeiten . . . . .	391
I. Die Ansicht der klassischen Vertragstheorie . . . . .	391
1. Der Grundsatz <i>pacta sunt servanda</i> . . . . .	391
2. Folgerungen für die Beendigungsmittel . . . . .	392
a) Individualvertragliche Beseitigungsmöglichkeiten . . . . .	392
aa) Einvernehmliche Vertragsänderung . . . . .	392
bb) Vertraglicher Ausschluss gegenüber Neueintretenden . . . . .	392
cc) Negative betriebliche Übung . . . . .	393
b) Einseitige Beseitigungsmöglichkeiten . . . . .	394
aa) Änderungskündigung . . . . .	394
(1) Formelle Voraussetzungen . . . . .	394
(2) Materielle Voraussetzungen . . . . .	395
bb) Störung der Geschäftsgrundlage . . . . .	397
c) Zusammenfassung . . . . .	399
II. Die verbreitete Skepsis gegenüber einer bestandsfesten Betriebsübung . . . . .	400

1. Ansichten innerhalb der Literatur. . . . .	401
2. Lösungsvorschläge . . . . .	402
a) Widerrufsrecht kraft richterlicher Rechtsfortbildung . . . .	402
b) Die Konzeption der Lehre von der außervertraglichen Vertrauenshaftung. . . . .	403
III. Eigener Lösungsansatz . . . . .	404
1. Inhalt und Umfang des pactum . . . . .	405
a) Die unbedingte Entgeltzusage . . . . .	405
b) Die bedingte Entgeltzusage. . . . .	406
aa) Eingeschränkter Verpflichtungswille . . . . .	406
bb) Eingeschränkter Vertragsinhaltsschutz . . . . .	407
c) Zwischenergebnis . . . . .	409
2. Das bestehende Anpassungsdefizit im Fall einer betrieblichen Übung . . . . .	409
a) Die Insuffizienz einer rein antizipierten Flexibilisierungs- möglichkeit. . . . .	409
b) Die Untauglichkeit der Änderungskündigung . . . . .	411
c) Zwischenergebnis . . . . .	413
3. Die grundsätzliche Widerrufbarkeit auf betrieblicher Übung beruhender Rechtspositionen . . . . .	414
a) Ausgangspunkt: Bedingte Entgeltzusage . . . . .	414
b) Dogmatische Begründung eines Änderungsrechts des Arbeitgebers . . . . .	414
aa) Störung der Geschäftsgrundlage? . . . . .	414
bb) Ergänzende Vertragsauslegung? . . . . .	415
cc) Konkludenter Widerrufsvorbehalt? . . . . .	416
dd) Versprechensimmanentes Änderungsrecht . . . . .	417
(1) Keine auflösende Bedingung . . . . .	418
(2) Der bestehende Rechtfertigungszwang. . . . .	418
(3) Folgerungen für die Qualität des einseitigen Beendigungsrechts . . . . .	420
(a) Grundsätze. . . . .	420
(b) Widerrufsrecht . . . . .	421
(c) Teilkündigung?. . . . .	422
(4) Ergebnis . . . . .	423
c) Sachliche Rechtfertigung des Widerrufs . . . . .	424
aa) Erforderlichkeit eines sachlichen Grundes. . . . .	424
bb) Anforderungen an den sachlichen Grund . . . . .	425
(1) Grundsätze. . . . .	425
(2) Zweckerreichung und Zweckfortfall . . . . .	425
(3) Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage . . . . .	426
(4) Steigende Anforderungen an den sachlichen Grund . . .	428
(5) Abgestufte Darlegungs- und Beweislast . . . . .	429
(6) Absolute zeitliche Höchstgrenze: Zehn Jahre . . . . .	431

cc) Sonderproblem AGB-Kontrolle . . . . .	431
(1) Meinungsstand . . . . .	432
(a) Betriebliche Übung als AGB . . . . .	432
(b) Zulässigkeit eines Widerrufsvorbehalts . . . . .	432
(c) Transparenzgebot . . . . .	433
(2) Stellungnahme . . . . .	434
(a) Die einseitige Fixierung auf das Transparenzgebot . . . . .	434
(b) Der grundsätzliche Vorrang der Auslegung . . . . .	436
(c) Die Gewährleistung von Vertragsgerechtigkeit. . . . .	438
(d) Grenzen der Entgeltflexibilisierung . . . . .	439
(aa) Vertragsfreiheit . . . . .	439
(bb) Wirtschaftsrisiko . . . . .	440
(cc) Folgerungen . . . . .	441
(e) Ergebnis . . . . .	443
d) Formelle Anforderungen . . . . .	444
aa) Zugang. . . . .	444
bb) Widerrufsfrist? . . . . .	444
cc) Beteiligung des Betriebsrats? . . . . .	445
e) »Wiederaufleben« des Anspruchs? . . . . .	446
4. Die besondere Bestandskraft bereits erdienter Rechtspositionen . . . . .	448
5. Ergebnis . . . . .	449
B. Kollektivvertragliche Beseitigungsmöglichkeiten. . . . .	450
I. Meinungsstand. . . . .	450
1. Ordnungsprinzip . . . . .	450
2. Erleichterte Ablösbarkeit . . . . .	451
a) Richterliche Rechtsfortbildung. . . . .	452
b) »Kollektiver Günstigkeitsvergleich«. . . . .	453
c) Betriebsvereinbarungsoffenheit . . . . .	455
aa) Teleologische Reduktion des Günstigkeitsprinzips. . . . .	456
bb) Annahme eines stillschweigenden Vorbehalts. . . . .	456
3. Günstigkeitsprinzip . . . . .	459
II. Stellungnahme . . . . .	459
1. Keine Ablösbarkeit durch Tarifvertrag . . . . .	460
2. Keine Ablösbarkeit durch Betriebsvereinbarung . . . . .	461
a) Grenzen der Betriebsautonomie . . . . .	461
b) Geltung des Günstigkeitsprinzips . . . . .	462
c) Betriebsvereinbarungsoffenheit? . . . . .	466
3. Ergebnis . . . . .	468
Gesamtergebnis. . . . .	469
Literaturverzeichnis . . . . .	473
Stichwortverzeichnis . . . . .	487