

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXVII
§ 1 Einleitung.....	1
1. Teil: Vertragliche Entgeltansprüche	
§ 2: Begriff des Arbeitsentgelts	7
§ 3: Bedeutung der Unterscheidung von Arbeitsentgelt i. e. S. und i. w. S.....	28
§ 4: Ermittlung des Zwecks einer Entgeltleistung.....	57
2. Teil: Betriebliche Übung	
§ 5: Allgemeine Grundlagen.....	77
§ 6: Dogmatische Herleitung der betrieblichen Übung.....	111
§ 7: Begründung des Anspruchs aus betrieblicher Übung.....	124
§ 8: Bedürfnis nach einer betrieblichen Übung trotz Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002	186
3. Teil: Bindungswirkung auf Grund betrieblicher Übung gegenüber bisher noch nicht begünstigten Arbeitnehmern im Falle von Einmalzahlungen und Neueingestellten	
§ 9: Meinungsstand	209
§ 10: Lösung über Gleichbehandlungsgrundsatz.....	227
§ 11: Vertragsgestaltung	290

4. Teil: Sonstige Sonderfälle im laufenden Arbeitsverhältnis

§ 12: Keine betriebliche Übung bei erkennbar konkret auf den Einzelfall bezogenen Entscheidungen	533
§ 13: Keine betriebliche Übung bei einer Leistungsverpflichtung des Arbeitgebers auf Grund einer anderen Rechtsgrundlage.....	575
§ 14: Duldung des Arbeitgebers	597
§ 15: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	608
Literaturverzeichnis.....	623

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Gegenstand und Ziel der Untersuchung.....	3
III. Gang der Untersuchung	3
1. Teil: Vertragliche Entgeltansprüche.....	7
§ 2: Begriff des Arbeitsentgelts.....	7
I. Arbeitsentgelt i. e. S.....	7
1. Begriffliche Klarstellung.....	7
2. Typische Beispiele	8
a) Sog. laufendes Arbeitsentgelt	8
b) Sog. arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlungen	10
c) Erfolgsabhängige Vergütung	13
3. Anspruchsgrundlage	15
II. Arbeitsentgelt i. w. S.....	16
1. Begriffliche Klarstellung.....	16
2. Typische Beispiele	17
a) Sondervergütungen	17
aa) Begriff und Zweckbestimmung	17
ab) Gratifikationen mit Mischcharakter.....	20
ac) Sog. Einmaleistungen	21
ad) Erfolgsabhängige Vergütung.....	23
ae) Betriebliche Altersversorgung	23
b) Sonstige geldwerte Leistungen.....	26
3. Anspruchsgrundlage	27
III. Zusammenfassung.....	27

§ 3: Bedeutung der Unterscheidung von Arbeitsentgelt i. e. S. und i. w. S.	28
I. Kürzungen wegen Fehlzeiten im bestehenden Arbeitsverhältnis ...	28
1. Entgelt i. e. S.: gesetzliches Kürzungsrecht.....	28
2. Entgelt i. w. S.: vereinbartes Kürzungsrecht.....	29
II. Sonstige Einschränkungsmöglichkeiten durch entsprechende Vertragsklauseln.....	31
1. Entgelt i. w. S.....	31
a) Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte	32
b) Bindungsklauseln.....	32
ba) Stichtagsklausel bzgl. vergangener Betriebstreue	32
bb) Stichtags- und/ oder Rückzahlungsklausel bzgl. zukünftiger Betriebstreue	34
(1) Rein leistungsunabhängige Sondervergütungen	35
(2) Sondervergütungen mit Mischcharakter	35
(2.1) Aktuelle BAG-Rechtsprechung: contra Bindungsklauseln	35
(2.2) Stellungnahme: pro Bindungsklauseln.....	38
(2.2.1) Eingriff in Vertragsfreiheit.....	38
(2.2.2) Lediglich bedingte Leistungszusage	39
(2.2.3) Nachgelagerte Leistungszusagen.....	40
(2.2.4) Gesetzliche Wertung in §§ 4a S. 1, 12 EntgeltFG	41
(2.2.5) Zirkelschluss.....	41
(2.2.6) Interessenabwägung und Grenzwerte	42
(2.2.7) Abgrenzung zu Entgelt i. e. S.....	45
(2.2.8) Fazit.....	45
(2.2.9) Praxistipp.....	46
2. Entgelt i. e. S.....	50
a) Sog. laufendes Arbeitsentgelt.....	50
b) Sog. arbeitsleistungsbezogene Sondervergütungen	50
ba) Bindungsklauseln	50
bb) Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte	52

III. Stellungnahme: auch weiterhin Unterscheidung nach Entgeltcharakter i. e. S. und i. w. S.....	53
IV. Auswirkungen auf betriebliche Übungen	56
V. Zusammenfassung.....	56
§ 4: Ermittlung des Zwecks einer Entgeltleistung.....	57
I. Bisher langjährig h. M.: Auslegung maßgeblich	57
II. Indikatoren für die Ermittlung des Zwecks einer Entgeltleistung ...	59
1. Indizien für Entgelt i. e. S.....	59
2. Indizien für Entgelt i. w. S.....	62
III. Distanzierung der neuesten Rechtsprechung?.....	65
1. BAG-Tendenz: sog. arbeitsleistungsbezogene Sondervergütungen als Regel bzw. das „Aus“ für Sonderzahlungen mit Mischcharakter?	65
a) BAG-Urteil vom 1. April 2009: Sondervergütung als regelmäßige Hauptpflicht.....	65
b) BAG-Urteile seit Frühjahr 2011: ignorieren Bindungsklausel	66
c) BAG-Urteile vom 18. Januar 2012: Anteil an Gesamtvergütung	66
2. Stellungnahme: auch weiterhin Auslegung maßgeblich	67
a) Kritik am BAG-Urteil vom 1. April 2009.....	67
b) Kritik an BAG-Urteilen seit Frühjahr 2011	69
c) Kritik an BAG-Urteilen vom 18. Januar 2012	73
d) Rechtsprechungsentwicklung	73
e) Fazit: Auslegung entscheidend.....	75
f) Praxistipp	75
IV. Zusammenfassung.....	76
2. Teil: Betriebliche Übung	77
§ 5: Allgemeine Grundlagen	77
I. Begriffliche Klarstellung	77

II. Gegenstand.....	78
III. Abgrenzung zu anderen Anspruchsgrundlagen	84
1. Abgrenzung zu anderen individualrechtlichen Verpflichtungserklärungen.....	84
a) Einzelvertragliche Absprache und sog. Einheitsvertrag	84
aa) Begriffliche Klarstellung.....	84
ab) Abgrenzung zur betrieblichen Übung.....	85
b) Sog. Individualübung	86
ba) Begriffliche Klarstellung.....	86
bb) Abgrenzung zur betrieblichen Übung.....	86
bc) Abgrenzung zu „bloßen“ Konkretisierungen des Arbeitsverhältnisses	88
c) Kollektive Regelungen auf individualrechtlicher Grundlage.....	89
ca) Sog. arbeitsvertragliche Einheitsregelung.....	89
(1) Begriffliche Klarstellung	89
(1.1) Verweis auf allgemeine Arbeitsbedingungen als Bestandteil des sog. Einheitsvertrags	90
(1.2) Teilweise Gleichsetzung mit Begriff der Allgemeinen Arbeitsbedingungen	90
(2) Abgrenzung zur betrieblichen Übung.....	91
cb) Gesamtzusage	92
(1) Begriffliche Klarstellung	92
(2) Abgrenzung zur betrieblichen Übung.....	95
cc) Sog. arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.....	95
(1) Begriffliche Klarstellung	95
(2) Grenze: Privatautonomie	96
(3) Voraussetzungen	98
(4) Rechtsfolge	104
(5) Zusammenhang mit anderen Normen	106
(6) Abgrenzung zur betrieblichen Übung.....	106

2. Abgrenzung zu kollektivrechtlichen Verpflichtungserklärungen.....	107
a) Tarifvertrag.....	107
b) Betriebsvereinbarung.....	107
3. Abgrenzung zu gesetzlicher Anspruchsgrundlage	108
IV. Zusammenfassung.....	108
§ 6: Dogmatische Herleitung der betrieblichen Übung.....	111
I. Drei wesentliche Theorieansätze: normativ, vertraglich, vertrauenstatbestandlich.....	111
1. Früher: Normative Theorien	111
2. Heutzutage: Vertrags- versus Vertrauenshaftungstheorie	114
a) Großteil der Literatur: Theorie der Vertrauenshaftung – rechtlich relevantes Verhalten.....	114
b) BAG sowie Teile der Literatur: Vertragstheorie – rechtsgeschäftliches Handeln	116
II. Stellungnahme: Vertragstheorie vorzugswürdig	118
1. Relevanz der Herleitung der Bindungswirkung	118
2. Argumente für die Vertragstheorie.....	119
a) Äußerer Erklärungstatbestand	119
b) Rechtssichere Vertragsstruktur.....	121
III. Zusammenfassung.....	123
§ 7: Begründung des Anspruchs aus betrieblicher Übung	124
I. Angebot des Arbeitgebers.....	125
1. Konkludenter Erklärungstatbestand	125
2. Auslegungsgrundsätze.....	129
a) Allgemeine Auslegungsregel	129
b) Grundsatz bei Jahresgratifikationen	131
c) Sonstige Leistungen	133
ca) Inhaltsbestimmung des Erklärungswerts durch Auslegung, §§ 133, 157 BGB.....	133

cb) Objektiv-typisierte Auslegung im Falle der betrieblichen Übung	135
(1) Auslegung von sog. typischen Willenserklärungen (AGB)	135
(2) Betriebliche Übung als AGB i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB	137
(2.1) Für eine Vielzahl von Verträgen	138
(2.2) Vorformuliert	139
(2.3) Vom Arbeitgeber gestellt	140
(2.4) Fazit: objektiv-typisierte Auslegung	142
d) Geringe Leistungshöhe steht nicht entgegen	142
3. Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen	144
a) Gleichförmiges Verhalten des Arbeitgebers	144
b) Wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers (zeitliches Ausmaß)	149
ba) Umstände des Einzelfalls	149
bb) Rechtsprechungstendenz bei betrieblicher Altersversorgung und Einmalzahlungen: mehrjähriger Gewährungszeitraum	151
c) Kollektiver Bezug	153
ca) H. M.: Zahlungen an Vielzahl oder abgrenzbare Gruppe von Arbeitnehmern	153
cb) Stellungnahme: restriktive Handhabung	156
II. Annahme des Arbeitnehmers	158
III. Rechtsfolge und Konsequenzen	161
1. Rechtsfolge: Bindung auf unbestimmte Zeit	161
2. Konsequenzen: nur vertragsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	162
IV. Darlegungs- und Beweislast für einen Anspruch aus betrieblicher Übung	163
1. Allgemeine Grundsätze	163
2. Betriebliche Übung	164
a) Arbeitnehmer: Leistungszusage	164

aa)	Leistungszusage als anspruchs begründender Tatbestand ..	164
ab)	Abgestufte Darlegungs- und Beweislast	165
b)	Arbeitgeber: rechtshindernde und -vernichtende Tatsachen.....	167
ba)	Rechtsvernichtende Tatsachen.....	167
bb)	Rechtshindernde Tatsachen	168
(1)	Meinungsstand.....	168
(1.1)	Teilweise instanzgerichtliche Rechtsprechung: Beweislast bei Arbeitnehmer.....	168
(1.2)	Andere instanzgerichtliche Rechtsprechung und Stimmen in der Literatur: Beweislast bei Arbeitgeber	169
(2)	Stellungnahme: Beweislast bei Arbeitgeber	169
(2.1)	Beachtung der Grundsätze der Beweislastverteilung	170
(2.2)	Konterkarierung des Rechtsinstituts der betrieblichen Übung.....	171
(2.3)	Keine entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung	171
(2.4)	Höchstrichterliche Rechtsprechungstendenz.....	172
(2.5)	Abgrenzung zu bedingter Leistungszusage	176
V.	Revisionsrechtliche Überprüfbarkeit des Anspruchs aus betrieblicher Übung	176
1.	Allgemeine Grundsätze zur Kontrolle der Auslegung von Willenserklärungen.....	177
2.	Betriebliche Übung	178
a)	Meinungsstand.....	178
aa)	Früher: eingeschränkte Überprüfbarkeit	178
ab)	Heute: uneingeschränkte Überprüfbarkeit	179
b)	Stellungnahme: volle revisionsrechtliche Überprüfbarkeit.....	181
VI.	Zusammenfassung.....	182
§ 8:	Bedürfnis nach einer betrieblichen Übung trotz Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002.....	186
I.	Unveränderte Interessenlage nach der Schuldrechtsreform.....	186
II.	AGB-Recht umfasst – nicht: verdrängt – betriebliche Übung	188

1. AGB-Recht verdrängt nicht betriebliche Übung zu Lasten des Arbeitnehmers	188
2. AGB-Recht umfasst betriebliche Übung	188
a) Angemessene Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten, § 310 Abs. 4 S. 2 BGB.....	188
aa) Begriffsbestimmung: Besonderheiten im Arbeitsrecht	189
(1) Teile der Literatur: Besonderheiten innerhalb des Arbeitsrechts	190
(2) BAG und andere Literaturstimmen: Besonderheiten des Arbeitsrechts als Rechtsgebiet im Ganzen	191
(3) Stellungnahme: betriebliche Übung als Besonderheit im Arbeitsrecht	194
(3.1) Ausschließliche Besonderheit auf dem Gebiet des Arbeitsrechts	196
(3.1.1) Exklusivität auf dem Gebiet des Arbeitsrechts.....	196
(3.1.2) Besonderes Richterrecht auf dem Gebiet des Arbeitsrechts	198
(3.2) Besonderheit innerhalb des Arbeitsrechts	199
ab) Begriffsbestimmung: Besonderheiten	199
(1) H. L: nur rechtliche Besonderheiten.....	200
(2) BAG und Teile der Literatur: rechtliche und tatsächliche Besonderheiten	202
(3) Stellungnahme: betriebliche Übung als rechtliche Besonderheit	203
ac) Relevanz bzgl. betrieblicher Übung	204
ad) Einzelfallabhängiger Einbezug der Besonderheiten des Arbeitsrechts	205
b) AGB-Kontrolle erfasst auch mündliche Vertragsabsprachen ...	205
III. Zusammenfassung.....	207

3. Teil: Bindungswirkung auf Grund betrieblicher Übung gegenüber bisher noch nicht begünstigten Arbeitnehmern im Falle von Einmalzahlungen und Neueingestellten.....	209
§ 9: Meinungsstand	209
I. H. M.: pro Betriebliche Übung	209
1. Einbezug von bisher nicht begünstigten Arbeitnehmern	210
2. Allgemeiner Erfahrungssatz der Kenntnisnahme	212
3. Entstehung speziell bei Einmalzahlungen.....	214
4. Exkurs: Anwendung der Grundsätze für Einmalzahlungen und Betriebsneulinge im Bereich der betrieblichen Altersversorgung	215
a) Rechtsprechung des BAG	215
b) H. M.: Anwendung der Grundsätze auf Versorgungszusagen während des Arbeitsverhältnisses	217
c) H. M.: Anwendung der Grundsätze nach Eintritt des Versorgungsfalls im Ruhestandsverhältnis.....	219
ca) Betriebliche Übung auch im Ruhestandsverhältnis	220
cb) Betriebliche Übung auch gegenüber „neuen“ Betriebsrentnern.....	222
II. Teilweise Literatur: contra betriebliche Übung	223
1. Kritik zu Einmalzahlungen.....	223
2. Kritik zu neu eingestellten Mitarbeitern	225
III. Zusammenfassung.....	226
§ 10: Lösung über Gleichbehandlungsgrundsatz	227
I. Contra betriebliche Übung	227
1. Bindungswille grds. auch bei Einmalzahlungen möglich	227
2. Dogmatischer Ansatz der Vertragstheorie	228
a) Unerlässliche Prüfung im Einzelfall.....	228
b) Fehlendes Vertragsangebot.....	230
ba) Tatbestand einer Willenserklärung.....	230
(1) Begriffliche Klarstellung: Willenserklärung.....	230

(2)	Auslegung sog. typischer Willenserklärungen	231
(3)	Keine Willenserklärung in Bezug auf Einmalzahlungen ohne besondere Anhaltspunkte	231
(4)	Keine Willenserklärung in Bezug auf Neueingestellte ohne besondere Anhaltspunkte	233
(4.1)	Kein konkludenter Erklärungstatbestand nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung	233
(4.2)	Allenfalls konkludente Vereinbarung nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen.....	235
(5)	Fazit: keine Willenserklärung ohne besondere Anhaltspunkte	236
bb)	Abgabe einer Willenserklärung	237
(1)	Begriffliche Klarstellung: Abgabe einer Willenserklärung ..	237
(2)	Keine Abgabe durch Arbeitgeber.....	237
(3)	Keine Abgabe durch sog. Hilfspersonen.....	238
(4)	Fazit: keine Abgabe einer Willenserklärung.....	239
bc)	Zugang einer Willenserklärung	239
(1)	Begriffliche Klarstellung: Zugang einer Willenserklärung...	239
(2)	Kein Zugang gegenüber bisher Unbegünstigten	240
(2.1)	Kein allgemeiner Erfahrungssatz	240
(2.2)	Kein Zugang ohne Annahme des Erfahrungssatzes	243
(2.3)	Kein Zugang unter Annahme des Erfahrungssatzes	243
(3)	Fazit: kein Zugang einer Willenserklärung.....	244
c)	Fehlende Vertragsannahme	244
ca)	Kein Tatbestand einer Willenserklärung	245
cb)	Keine Betätigung eines Annahmewillens	247
d)	Kein „Vertrag zu Gunsten Dritter“	248
e)	Fazit: kein vertragliches Schuldverhältnis kraft betrieblicher Übung	248
3.	Weitergehende Erwägungen	250
a)	Vermischung mit Theorie der Vertrauenshaftung	250
aa)	Rechtsprechung setzt Schwerpunkt auf Vertrauenstatbestand	250

ab)	Stellungnahme: Vertragstheorie entscheidend	251
(1)	Vertrauenstatbestand nicht ausreichend	251
(2)	Erklärungsversuch	252
(3)	Fazit: Vertragstheorie maßgeblich	254
b)	Vermischung mit Gleichbehandlungsgrundsatz	254
c)	Weitere denkbare Fallgestaltungen	255
ca)	Übernahme von Azubis	256
cb)	Jährliches sog. Treuegeld und „Systematische Einmalzahlungen“	256
(1)	Begriffliche Klarstellung	256
(2)	Grundlage: Rechtsprechung zu Jahresgratifikationen.....	257
(3)	Problemstellung bei jährlich gezahltem sog. Treuegeld	258
(4)	Problemstellung bei „systematischen Einmalzahlungen“...	261
cc)	Fazit: neue Dimension der betrieblichen Übung	262
d)	Prävention bei Einmalzahlungen kaum möglich	263
e)	Abgrenzung zur Gesamtzusage	264
f)	Fehlende gesetzliche Legitimation	265
4.	Exkurs: restiktive Anwendung der Grundsätze einer betrieblichen Übung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung	265
a)	Unsachgemäße Anwendung der Grundsätze für Einmalzahlungen und Betriebsneulinge auf Versorgungszusagen während des Arbeitsverhältnisses	266
aa)	Gesetzliche Legitimation	266
ab)	Erklärungsversuche für die Gesetzgebung	267
(1)	Gesetzgebung unter Zugrundelegung der höchstrichterlich aufgestellten Grundsätze zum Drittbezug einer betrieblichen Übung.....	267
(2)	Gesteigertes Schutzbedürfnis?.....	271
ac)	Dogmatischer Ansatz der Vertragstheorie	271
b)	Keine Notwendigkeit der Anwendung der Grundsätze einer betrieblichen Übung überhaupt nach Eintritt des Versorgungsfalls im Ruhestandsverhältnis.....	274

ba)	Lediglich einseitiges Ruhestandsverhältnis	274
bb)	Fehlendes gesteigertes Schutzbedürfnis der Betriebsrentner.....	275
bc)	Fehlende gesetzliche Legitimation.....	277
bd)	Dogmatischer Ansatz der Vertragstheorie	278
be)	„Neue“ Betriebsrentner.....	278
	(1) Fehlende gesetzliche Legitimation.....	278
	(2) Dogmatischer Ansatz der Vertragstheorie	279
c)	Fazit: restriktive Anwendung der Grundsätze der betrieblichen Übung	280
II.	Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.....	281
1.	Neueintretende	281
2.	Einmalzahlungen.....	285
	3. Exkurs: Betriebliche Altersversorgung.....	287
III.	Zusammenfassung.....	287
 § 11: Vertragsgestaltung.....		290
I.	Bedeutung.....	290
1.	Grundsatz: „pacta sunt servanda“	290
2.	Überblick über die einzelnen Gestaltungsmittel zur Beseitigung eines vertraglichen Anspruchs und deren begrenzte Einsatzmöglichkeiten.....	291
a)	Änderungsvertrag	292
aa)	Änderungsangebot des Arbeitgebers.....	292
ab)	Annahmeerklärung des Arbeitnehmers.....	292
	(1) Grundsatz.....	292
	(2) Unmittelbare Auswirkung auf Arbeitsverhältnis	293
	(3) Aufgabe der sog. negativen betrieblichen Übung	294
	(3.1) Frühere BAG-Rechtsprechung zur sog. negativen betrieblichen Übung	294
	(3.2) Aufgabe der sog. negativen betrieblichen Übung mit BAG-Urteil vom 18.03.2009	294
ac)	Fazit: praxisuntaugliches Gestaltungsmittel.....	297

b)	Änderungskündigung	297
c)	Anfechtung (§§ 119, 123 BGB).....	298
ca)	Meinungsstand	299
(1)	Verbreitete Teile der Literatur: keine Anfechtungsmöglichkeit.....	299
(2)	Höchstrichterliche Rechtsprechung: tendenziell gegen Anfechtungsrecht	299
(3)	Andere Teile der Literatur: grds. Anfechtungsmöglichkeit	301
cb)	Stellungnahme: prinzipiell Anfechtungsmöglichkeit	301
(1)	Anfechtungsgrund: sog. beachtlicher Rechtsfolgeirrtum ...	302
(2)	Grenzen	303
(2.1)	Anfechtungsfrist, § 121 BGB.....	303
(2.2)	Weitere Schranken.....	304
(3)	Rechtsfolge: „ex-nunc-Wirkung“ und Ersatz des Vertrauensschadens	305
cc)	Fazit: selbst bei Anfechtungsmöglichkeit praxisuntauglich ...	305
d)	Sog. ablösende Betriebsvereinbarung.....	306
da)	Genereller Regelungsinhalt von Betriebsvereinbarungen	306
db)	Grundsatz: sog. Günstigkeitsprinzip	307
dc)	Ausnahmetatbestände für verschlechternde ablösende Betriebsvereinbarung	308
(1)	Schranke des sog. kollektiven Günstigkeitsvergleichs	309
(1.1)	Meinungsstand	309
(1.1.1)	BAG-Rechtsprechung und Teile der Literatur: sog. kollektiver Günstigkeitsvergleich	309
(1.1.2)	Teile der Literatur: Eingriffsmöglichkeit über Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG statt kollektiver Günstigkeitsvergleich	313
(1.1.3)	Andere Teile der Literatur: gegen ablösende Betriebsvereinbarung	314

(1.2) Stellungnahme: sog. umstrukturierende Betriebsvereinbarung i. V. m. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats	315
(1.2.1) Kein kollektiver Günstigkeitsvergleich.....	315
(1.2.2) Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG als gesetzlicher Änderungsvorbehalt bei sog. Ausgleichsfunktion.....	317
(1.2.3) Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mit sog. Ausgleichsfunktion...	318
(1.2.4) Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG als gesetzlicher Änderungsvorbehalt	322
(1.2.5) Richtige Überlegungen des Großen Senats bzgl. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, aber falsche Schlussfolgerungen	324
(1.2.6) Kenntnisunabhängig	325
(1.2.7) Kein Verstoß gegen (individuelles) Günstigkeitsprinzip	326
(1.2.8) Trennung von Individualanspruch und betriebsverfassungsrechtlicher Mitbestimmung.....	326
(1.3) Rechtsfolge: nach bisheriger BAG-Rechtsprechung Ablösung des vertraglichen Anspruchs, aber neue Rechtsprechungstendenz zur bloßen Anspruchsverdrängung	327
(1.4) Fazit: lediglich „umstrukturierende“ Betriebsvereinbarung	328
(2) Schranke der Rechts- und Billigkeitskontrolle.....	329
dd) Fazit: grds. praxisuntaugliches Gestaltungsmittel zur Verschlechterung von Ansprüchen aus betrieblicher Übung	332
e) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB	333
ea) Allgemeine Voraussetzungen und Rechtsfolge	334
(1) Voraussetzungen	334
(1.1) Vorliegen einer Geschäftsgrundlage.....	335
(1.2) Störung i. S. e. schwerwiegenden Veränderung oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage	335

(1.3) Unzumutbarkeit für Arbeitgeber am Festhalten der Verpflichtung	335
(2) Rechtsfolge: Vertragsanpassung, insoweit Vertragspartei ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zuzumuten ist.....	336
eb) Anwendungsfälle bei betrieblicher Übung.....	337
(1) Änderungen der Rechtslage	337
(2) Nicht: bloße wirtschaftliche Schwierigkeiten	338
(3) Existenzielle Notlage.....	340
(3.1) Meinungsstand.....	340
(3.1.1) Frühere BAG-Rechtsprechung und Teile der Literatur: (vorübergehende) Anpassungsmöglichkeit bei Existenzgefährdung.....	340
(3.1.2) Aktuelle Rechtsprechungstendenz und Teile der Literatur: keine Anpassungsmöglichkeit.....	343
(3.2) Stellungnahme: vorübergehende Anpassungsmöglichkeit bei Existenzgefährdung.....	345
(3.2.1) Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB liegen vor.....	345
(3.2.2) Rechtsfolge: lediglich vorübergehende Anpassung als mildestes Mittel.....	349
(3.2.3) Keine andere Beurteilung mit Einführung des § 313 BGB.....	350
(3.2.4) Kein Verstoß gegen „pacta sunt servanda“.....	351
(3.2.5) Vereitelung des Vertragszwecks	351
(3.2.6) Kollision mit anderen zivilrechtlichen Gestaltungsmitteln	352
(3.2.7) Keine andere Handhabung bei Betriebsrentnern.....	352
ec) Fazit: grds. ungeeignetes Gestaltungsmittel zur dauerhaften Verschlechterung von Ansprüchen aus betrieblicher Übung	353
3. Sicherung des Flexibilisierungsinteresses des Arbeitgebers durch Vertragsgestaltung.....	354

II. Allgemeine Vertragsgestaltung zur Verhinderung einer Bindungswirkung für die Zukunft – sog. rechtshindernde Einwendungen	355
1. Freiwilligkeitsvorbehalt	355
a) Begriffliche Klarstellung und Abgrenzung zum Widerrufsvorbehalt	355
b) Generelle Verwendungsmöglichkeit auch nach der Schuldrechtsmodernisierung 2002	356
c) Formulierung anhand der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung	358
ca) AGB-Kontrolle von Freiwilligkeitsvorbehalten nach der Schuldrechtsreform?	358
(1) Meinungsstand	358
(1.1) BAG und Teile der Literatur: AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB	358
(1.1.1) BAG wendet AGB-Recht nahezu pauschal an	358
(1.1.2) Begründungsversuche der Literatur	360
(1.2) Andere Literaturstimmen: keine AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB	362
(1.2.1) Einseitiger Hinweis des Arbeitgebers	363
(1.2.2) Selbstbestimmung als Ausdruck der Privatautonomie	363
(1.2.3) Keine Fremdbestimmung	364
(1.2.4) Kein Verstoß gegen Grundsatz „ <i>pacta sunt servanda</i> “	364
(1.2.5) Festlegung des Synallagmas	365
(2) Stellungnahme: keine AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB, aber im Ergebnis keine erheblichen Auswirkungen	365
(2.1) Keine AGB i. S. v. § 305 ff. BGB	365
(2.2) Jedenfalls keine Inhaltskontrolle, §§ 307 ff. BGB – widersprüchliche BAG-Rechtsprechung	367
(2.2.1) Schranke der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 BGB	367
(2.2.2) Keine Abweichung von § 611 Abs. 1 BGB	368

(2.2.3) Keine Abweichung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere nicht vom Grundsatz „pacta sunt servanda“	369
(2.2.4) Keine ungerechtfertigten Wertungswidersprüche zu Widerrufsvorbehalten	370
(2.2.5) Widersprüchliche BAG-Rechtsprechung.....	370
(2.3) Grenzen: Transparenz und Lohnwucher	371
(2.3.1) Transparente Formulierung, §§ 133, 157 BGB	371
(2.3.2) Grenze: Lohnwucher	372
(2.4) Fazit: keine erheblichen Auswirkungen.....	373
cb) Formulierung am Maßstab der §§ 305 ff. BGB im Einklang mit BAG	374
(1) Maßstab anhand §§ 305c, 307 Abs. 1 S. 2 i. V. m. S. 1 BGB: sog. Transparenzkontrolle	374
(1.1) Sog. Unklarheitenregel in § 305c Abs. 2 BGB	374
(1.2) Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	376
(1.3) Rechtsprechungsleitlinien	377
(1.3.1) Keine Kombination mit Widerrufsvorbehalt	377
(1.3.2) Keine Kombination mit Leistungsankündigung i. S. e. Zusage	379
(1.3.3) Kombination mit Rückzahlungs- und Stichtagsklauseln	381
(1.3.4) Bloße Bezeichnung „freiwillig“	382
(1.3.5) Beschränkung auf Fälle der betrieblichen Übung? ..	383
(2) Maßstab anhand §§ 307, 308 Nr. 4 BGB: sog. Inhaltskontrolle	385
(2.1) § 307 Abs. 3 S. 1 BGB i. V. m. § 308 Nr. 4 BGB	385
(2.1.1) Regelung in § 308 Nr. 4 BGB.....	385
(2.1.2) § 308 Nr. 4 BGB nicht einschlägig	386
(2.1.3) Keine Sachgründe und höhenmäßige Beschränkung wie bei Widerrufsvorbehalten.....	387
(2.2) § 307 Abs. 3 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 BGB	389
(2.2.1) Regelung in § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB.....	390

(2.2.2) Regelung in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	390
(2.2.3) § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht einschlägig	392
(2.2.4) § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht einschlägig	392
(2.2.5) Keine unangemessene Benachteiligung nach der sog. Generalklausel in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	393
(2.3) Kein sog. laufendes Arbeitsentgelt.....	393
(2.4) Freiwillige Sonderzahlungen unabhängig von Zwecksetzung	396
(2.4.1) Zwecksetzung unerheblich.....	396
(2.4.2) Freiwillige Leistungserbringung – Entgeltpolitik des Arbeitgebers	398
(2.4.3) Geringere Schutzbedürftigkeit.....	400
(2.5) Fazit: klar und verständlich formulierter Freiwilligkeitsvorbehalt hält sog. Inhaltskontrolle stand	401
(3) Sonderfall: pauschaler Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag	401
(3.1) BAG-Rechtsprechung bis 14. September 2011 und Teile der Literatur: allgemeiner Hinweis im Arbeitsvertrag bei Konkretisierung der Leistungsart grds. zulässig	402
(3.2) BAG-Urteil vom 14. September 2011: jedenfalls strengere Maßstäbe als bisher	405
(3.2.1) Bestätigung der generellen Zulässigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten bei freiwilligen Sonderzahlungen und unzulässigen Kombination mit Widerrufsvorbehalt	405
(3.2.2) Verschärfung der Anforderungen an allgemeinen Hinweis im Arbeitsvertrag: ohne Bezug zu Leistungsart und Entstehungsgrund grds. unzulässig	406
(3.2.3) Generelle Bedenken gegen pauschale Freiwilligkeitsvorbehalte im Arbeitsvertrag	409
(3.3) Andere Teile der Literatur: vor jeder Auszahlung – Ausnahme bei Beschränkung auf Fälle der betrieblichen Übung	409

(3.4) Stellungnahme: pauschaler Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag bei Beschränkung auf Fälle der betrieblichen Übung auch weiterhin zulässig.....	411
(3.3.1) 1. Kardinalsfehler des BAG: Keine AGB-Kontrolle...	412
(3.3.2) 2. Kardinalsfehler des BAG: pauschale Beschränkung auf freiwillige Sondervergütungen verstößt nicht gegen Grundsatz „ <i>pacta sunt servanda</i> “	412
(3.3.3) Grundsatz nach der aktuellen BAG-Rechtsprechung: Vorbehalt bei jeder Auszahlung	414
(3.3.4) Ausnahme: pauschaler Vorbehalt im Arbeitsvertrag bei Beschränkung auf Fälle der betrieblichen Übung weiterhin zulässig	414
(3.3.5) Rechtsprechungstendenz des BAG	416
(3.3.6) Anforderungen bei jahrelanger Sonderzahlung	421
(3.3.7) Fazit: pauschaler Vorbehalt bereits im Arbeitsvertrag zur effektiven Verhinderung von Rechtsansprüchen aus betrieblicher Übung	424
(4) Form.....	425
(4.1) Grundsatz der Formfreiheit	425
(4.2) Individuelle Kenntnisse des Arbeitnehmers und interne Willensbildung des Arbeitgebers unbeachtlich	425
(4.3) Sonderfall: Gehaltsabrechnung.....	427
(4.4) Sonderfall: Arbeitsvertrag.....	428
(5) Rechtsfolge bei unwirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt.....	428
(6) Fazit: klar und verständlich formulierter Freiwilligkeitsvorbehalt bei freiwilligen Sonderleistungen ..	429
cc) Praxistipp.....	431
(1) Lediglich zusätzliche Sonderzahlungen mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verknüpfbar.....	431
(2) Vorsicht bei der Verwendung von pauschalen Freiwilligkeitsvorbehalten	432
(3) Zusätzliche Absicherung durch eine sog. doppelte Schriftformklausel.....	435

2. Schriftformklauseln im Formulararbeitsvertrag	436
a) Begriffliche Klarstellung und Abgrenzung	436
aa) Sog. konstitutive Schriftformklauseln	436
(1) Sog. gewillkürte konstitutive Schriftformklauseln	437
(1.1) Sog. einfache Schriftformklauseln.....	437
(1.2) Sog. doppelte Schriftformklauseln	438
(2) Sog. konstitutive tarifvertragliche Schriftformklauseln	438
ab) Abgrenzung zu sog. deklaratorischen Schriftformklauseln ...	439
b) Sog. doppelte Schriftformklauseln	440
ba) Generelle Verwendungsmöglichkeit auch nach der Schuldrechtsmodernisierung 2002.....	440
(1) Rechtsklarheit und -sicherheit.....	441
(2) Kein Widerspruch zum Grundsatz der Vertragsfreiheit.....	442
(3) Keine vorrangige Individualabrede nach § 305b BGB	443
(4) Kein Verstoß gegen § 309 Nr. 13 BGB	444
(5) Geeignetheit und Erforderlichkeit.....	445
bb) Formulierung anhand der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung	445
(1) Aktuelle BAG-Rechtsprechung: pauschale Formulierungen unwirksam, §§ 305b, 307 Abs. 1 BGB	446
(2) Stellungnahme: explizite Abgrenzung von Individualabreden.....	447
(2.1) Argumente für BAG-Rechtsprechung	447
(2.2) Formulierungsunsicherheiten.....	448
(3) Rechtsfolge bei unwirksamer Schriftformklausel	451
bc) Praxistipp.....	451
III. Allgemeine Vertragsgestaltung zur Beseitigung der Bindungswirkung für die Zukunft – sog. rechtsvernichtende Einwendungen (Untergang des Anspruchs)	453
1. Widerrufsvorbehalt	454
a) Generelle Verwendungsmöglichkeit auch nach der Schuldrechtsmodernisierung 2002	454

b)	Formulierung anhand der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung	454
ba)	Aktuelle BAG-Rechtsprechung: Benennung von Widerrufsgründen und höhenmäßige Begrenzung	455
(1)	Zweistufige Prüfung der Zulässigkeit eines Widerrufsvorbehalts vor und nach der Schuldrechtsreform	455
(2)	Erste Prüfungsstufe: Wirksamkeit der Klausel anhand der AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB (Rechtskontrolle)	457
(2.1)	Maßstab anhand §§ 305c, 307 Abs. 1 S. 2 i. V. m. S. 1 BGB: sog. Transparenzkontrolle	457
(2.2)	Maßstab anhand §§ 307, 308 Nr. 4 BGB: sog. Inhaltskontrolle	460
(2.3)	Konkrete Anforderungen an einen zulässigen Widerrufsvorbehalt	463
(2.4)	Fazit: Benennung von Widerrufsgründen und höhenmäßige Begrenzung auf ca. 25 bis 30 % des Gesamteinkommens	465
(3)	Zweite Prüfungsstufe: Ausübungskontrolle nach § 315 Abs. 1 BGB	466
bb)	Stellungnahme: BAG-Anforderungen an Widerrufsgründe ausreichend/ keine höhenmäßige Begrenzung bei Entgelt i. w. S.	467
(1)	Keine höhenmäßige Begrenzung bei Entgelt i. w. S.....	467
(1.1)	Abgrenzung zu höhenmäßiger Begrenzung bei Entgelt i. e. S.	467
(1.2)	Keine höhenmäßige Begrenzung bei Entgelt i. w. S. – Grenze: Sittenwidrigkeit	468
(1.2.1)	Kernbereich des Arbeitsvertrags nicht tangiert	469
(1.2.2)	Geringerer Vertrauensschutz	469
(1.2.3)	Interessenabwägung unter Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten	470
(1.2.4)	Nachteil des Arbeitnehmers	471
(1.2.5)	Summierungseffekt von Vorbehalten	472
(1.2.6)	Sonstige Erwägungen	473

(2)	Anforderungen des Fünften Senats des BAG an Widerrufsgründe ausreichend	474
(3)	Fazit: Benennung von Widerrufsgründen, aber keine höhenmäßige Begrenzung bei Entgelt i. w. S.....	477
bc)	Rechtsfolge bei unwirksamen Widerrufsvorbehalt.....	478
(1)	Grundsatz: ersatzloser Wegfall des Widerrufsvorbehalts, § 306 Abs. 1 und 2 BGB	479
(2)	Sog. Blue-Pencil-Test	481
(3)	Sog. Altarbeitsverträge	482
	(3.1) Begriffliche Klarstellung: sog. ergänzende Vertragsauslegung bzw. sog. geltungserhaltende Reduktion	483
	(3.2) Meinungsstand.....	486
	(3.2.1) Insbesondere BAG-Rechtsprechung: sog. ergänzende Vertragsauslegung bei „Altverträgen“.....	486
	(3.2.2) Teile der Literatur: sog. geltungserhaltende Reduktion bei „Altverträgen“	489
	(3.2.3) Teile im Schrifttum: ggf. Unwirksamkeit des Gesamtvertrags, § 306 Abs. 3 BGB.....	490
	(3.3) Stellungnahme: sog. ergänzende Vertragsauslegung bei Vertragsanpassungsversuch des Arbeitgebers	491
	(3.3.1) Argumente für die sog. ergänzende Vertragsauslegung	491
	(3.3.2) Grenzen der sog. ergänzenden Vertragsauslegung bei „Altarbeitsverträgen“	493
(4)	Fazit: grds. ersatzloser Wegfall einer unwirksamen Vertragsklausel – sog. ergänzende Vertragsauslegung als Ausnahme	498
bd)	Praxistipp.....	499
(1)	Vorzugsweise Freiwilligkeitsvorbehalt bei zusätzlich zur laufenden Vergütung gewährten Leistungen	499
(2)	Anforderungen der BAG-Rechtsprechung an vorformulierte Widerrufsvorbehalte zwingend beachten....	499
(3)	Formulierungshinweise	501

(3.1) Konkreter Leistungsbezug	501
(3.1.1) Variante 1: Entgeltleistungen i. w. S.	501
(3.1.2) Variante 2: Entgeltleistungen i. e. S.	502
(3.2) Pauschaler Widerrufsvorbehalt im Arbeitsvertrag zur Vermeidung betrieblicher Übungen	504
(4) Hinweise zur Ausübungskontrolle	505
(5) Anpassungsversuch bei sog. Altarbeitsverträgen.....	506
2. Änderungsvorbehalt zur sog. Betriebsvereinbarungsoffenheit.....	506
a) Formulierung anhand der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung.....	507
aa) Jedenfalls Transparenzkontrolle am Maßstab der §§ 305c, 307 Abs. 1 S. 2 i. V. m. S. 1 BGB.....	507
ab) Angemessenheitskontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB entsprechend Widerrufsvorbehalten?	509
(1) Vorbehalt einer späteren Änderungsmöglichkeit	509
(2) Keine überhöhten Anforderungen	510
b) Keine generelle „Betriebsvereinbarungsoffenheit“.....	512
c) Rechtsfolge: Ablösung des vertraglichen Anspruchs	515
d) Praxistipp	515
IV. Praxistipp hinsichtlich anspruchsgrundlegenden betrieblichen Übungen mit Drittbezug.....	517
1. Für Neueinstellungen.....	517
a) Vertraglicher Ausschluss bzw. Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag	517
b) Freiwilligkeitsvorbehalt durch allgemeine Veröffentlichung im Betrieb	518
ba) Grundsatz: Formfreiheit	519
bb) Auch im Fall von Neueinstellungen.....	519
c) Betriebsvereinbarung.....	520
2. Für Einmalzahlungen	521
a) Meinungen in der Literatur	521
aa) Vorbehalt gegenüber Begünstigten.....	521

(1) Keine Zahlungspflicht gegenüber Nichtbegünstigten.....	521
(2) Bloßer Freiwilligkeitsvorbehalt	521
ab) Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag.....	522
ac) Betriebsvereinbarung	522
b) Stellungnahme	522
ba) Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag.....	522
bb) Freiwilligkeitsvorbehalt durch allgemeine Veröffentlichung im Betrieb	523
bc) Vorbehalt gegenüber Begünstigten.....	523
bd) Widerrufsvorbehalt	525
be) Betriebsvereinbarung	526
c) Exkurs: Versorgungsanwärter bzw. Betriebsrentner	526
ca) Eingeschränkte Beseitigungsmöglichkeiten.....	526
cb) Praktische Handhabung	527
V. Zusammenfassung	529
4. Teil: Sonstige Sonderfälle im laufenden Arbeitsverhältnis	533
§ 12: Keine betriebliche Übung bei erkennbar konkret auf den Einzelfall bezogenen Entscheidungen	533
I. Regelmäßig nur auf das Kalenderjahr bezogene Entscheidungen oder Gutdünken.....	533
1. Fehlender Rechtsbindungswille des Arbeitgebers.....	533
2. Beispiele	535
II. Jahrelange Anhebung der Löhne und Gehälter in Anlehnung an einen bestimmten Tarifvertrag.....	537
1. Exkurs: ausdrückliche arbeitsvertragliche Bezugnahme von Tarifverträgen	537
a) Arten von Bezugnahmeklauseln	538
b) AGB-Kontrolle von Bezugnahmeklauseln, §§ 305 ff. BGB	538
ba) Sog. Transparenzkontrolle der Art und Weise der Bezugnahme, §§ 305c Abs. 2, 307 Abs. 1 S. 2 BGB.....	539
bb) Reichweite der AGB-Kontrolle, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB	542

(1) „Bloße“ Bezugnahmeklausel	542
(2) Tarifvertragliche Regelungen	543
2. Allgemein zur Bezugnahme von Tarifverträgen kraft betrieblicher Übung	545
a) Inhaltsbestimmung der betrieblichen Übung, §§ 133, 157 BGB	545
b) AGB-Kontrolle entspricht der bei ausdrücklichen Bezugnahmeklauseln	548
3. Lohnanpassung an Tarifentwicklung durch nicht tarifgebundenen Arbeitgeber	549
a) H. M.: deutliche Anhaltspunkte für betriebliche Übung	549
b) Teilweise Literatur: keine Unterschiede zu sonstigen Vergünstigungen	552
c) Stellungnahme: deutliche Anhaltspunkte für betriebliche Übung als zeitlich dynamische Bezugnahme auf Tarifvertrag	553
d) Sonderfall: Änderung des sachlichen tariflichen Geltungsbereichs	554
da) Teilweise Literatur: im Zweifel sog. große dynamische Bezugnahmeklausel	555
db) Stellungnahme: im Zweifel keine sog. große dynamische Bezugnahmeklausel	555
(1) Kritik an Literaturansicht	555
(1.1) Dogmatischer Ansatz der Vertragstheorie	555
(1.2) Verstoß gegen das Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 BGB	556
(1.3) Richtlinien der BAG-Rechtsprechung	557
(2) Im Zweifel bedingte zeitlich dynamische Bindung durch betriebliche Übung: statische Verpflichtung zur Tarifanwendung bei Wegfall des sachlich einschlägigen Geltungsbereichs	558
(3) Fazit: statische Verpflichtung zur Tarifanwendung bei Wegfall des sachlich einschlägigen Geltungsbereichs	561
e) Sonderfall: Umwandlung einer arbeitsvertraglich vereinbarten sog. kleinen dynamischen Bezugnahmeklausel in eine sog. große kraft betrieblicher Übung	561

f) Praxistipp	562
4. Lohnanpassung an Tarifentwicklung durch tarifgebundenen Arbeitgeber	563
a) Frühere BAG-Rechtsprechung: im Zweifel nur sog. Gleichstellungsabrede	563
b) Aktuelle BAG-Rechtsprechung im Einklang mit h. L.: deutliche Anhaltspunkte für Gleichstellungsabrede	565
c) Stellungnahme: im Zweifel immer noch Gleichstellungsabrede in Fällen betrieblicher Übung	566
d) Praxistipp	568
III. Immanenter Anrechnungsvorbehalt bei übertariflichen Lohnzulagen	569
IV. Zusammenfassung	570
§ 13: Keine betriebliche Übung bei einer Leistungsverpflichtung des Arbeitgebers auf Grund einer anderen Rechtsgrundlage.....	575
I. Bereits bestehende, tatsächliche Verpflichtung	575
II. Irrtümliche Annahme einer Verpflichtung.....	576
1. Voraussetzungen für das Entstehen einer betrieblichen Übung	577
2. Fallbeispiele	580
a) Unwirksame Rechtsgrundlage	580
b) Abweichung von bereits bestehender Rechtsgrundlage	581
c) Fazit: konkrete Anhaltspunkte.....	585
3. Praxistipp	587
III. Sonderfall: öffentlicher Dienst	587
1. BAG-Ansicht und Teile der Literatur: eingeschränkte Grundsätze im öffentlichen Dienst	588
2. Überwiegende Literatur: keine Unterschiede zu privaten Arbeitgebern	592
3. Stellungnahme: keine Besonderheiten	592
4. Praxistipp	595
IV. Zusammenfassung	595

§ 14: Duldung des Arbeitgebers.....	597
I. Grundsatz: betriebliche Übung auch durch Duldungsverhalten des Arbeitgebers	597
II. Sonderfall: betriebliche, elektronische Kommunikationsmittel	598
1. Betriebliche Übung nur im Ausnahmefall.....	599
a) Kein hinreichend bestimmbares Vertragsangebot.....	599
b) Anspruch auf exzessive Privatnutzung sowieso ausgeschlossen	601
c) Festgelegte Nutzungsregeln als bereits bestehende andere rechtliche Grundlage.....	602
d) Hauptsächlich betriebliche Interessen tangiert.....	602
e) Kein Bestimmungsrecht des Arbeitnehmers nach § 315 BGB ..	604
f) Bloße Annehmlichkeit	604
2. Fazit: deutliche Anhaltspunkte für betriebliche Übung.....	605
III. Praxistipp	606
IV. Zusammenfassung.....	607
§ 15: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	608