

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen	9
A. Die betriebliche Übung – Begriff und Herkunft	9
I. Zum Begriff	9
II. Die Entwicklung durch die Entscheidungen der Kaufmanns- und Gewerbegerichte und des RAG	9
III. Fazit	14
B. Abgrenzung von anderen Rechtsansprüchen	14
I. Gesamtzusage und Einheitsregelungen	14
II. Verhältnis zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	16
III. Individualübung und konkludente Individualvereinbarung	18
IV. Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses	20
C. Die Vertragstheorie des BAG	21
I. Der Weg zur Vertragstheorie	22
1. Begründungsmodelle zwischen 1957-1984.....	22
2. Stärkung der Vertragstheorie durch den Bundesgerichtshof	24
3. Jüngere Rechtsprechung: Keine Abkehr von der Vertragstheorie	28
II. Bindungswirkung einer betrieblichen Übung nach der Vertragstheorie	29
1. Angebot des Arbeitgebers	29
a) Bindungswirkung durch regelmäßige Wiederholung	30

aa) Art, Dauer und Intensität als Auslegungskriterien	31
bb) Einmaliges Verhalten ausreichend?	33
cc) Zwischenergebnis	34
b) Angebot an die Belegschaft – Drittbezug der betrieblichen Übung	34
2. Annahme der Arbeitnehmer	36
a) Vorteilhafte betriebliche Übung	37
b) Nachteilige betriebliche Übung	40
aa) Wann ist eine betriebliche Übung nachteilig?	43
bb) Kriterien für stillschweigende Annahme.....	45
c) Zwischenergebnis	50
3. Entgegenstehende Anhaltspunkte.....	50
a) Freiwilligkeitsvorbehalte	51
b) Schriftformklauseln.....	57
c) Subsidiarität.....	60
d) Irrige betriebliche Übung/vermeintlicher Normvollzug	63
III. Schwachstellen der Vertragstheorie – Der Beurteilungsmaßstab betrieblicher Übungen	65
1. Rechtsgeschäftliche Beurteilung	66
a) Methodik der rechtsgeschäftlichen Auslegung – Übertragung auf die betriebliche Übung.....	66
b) Auslegungsmaßstab bei betrieblichen Übungen: objektiv- individuelle oder objektiv-generelle Auslegung?	68
aa) Ansichten in Rechtsprechung und Literatur.....	69

bb) Stellungnahme – Bedeutung der Einordnung der betrieblichen Übung als AGB für die Auslegung.....	71
(1) Betriebliche Übung als Allgemeine Geschäftsbedingung	74
(a) Vertragsbedingung	74
(b) Für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert	76
(c) Stellen der Vertragsbedingung – Kein Aushandeln gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB	80
(2) Zwischenergebnis	81
cc) Fazit.....	81
2. Kritik.....	82
a) Angebot des Arbeitgebers nur „Fiktion“ einer Willenserklärung	82
aa) Fehlender objektiver Tatbestand	82
bb) Fehlender subjektiver Tatbestand – verwehrte Anfechtungsmöglichkeit	85
cc) Stellungnahme	87
(1) Arbeitgeber will stets flexibel bleiben	87
(2) Wiederholung ändert nichts an dem Bindungswillen	88
(3) Rechtsprechung kann sich mit sich selbst erklären	91
(4) Fehlendes Erklärungsbewusstsein	93
(5) Keine Anfechtungsmöglichkeit	94
b) Wirksames Angebot bei Drittbezug der betrieblichen Übung nicht möglich	96
aa) Kein Angebot gegenüber „Dritten“	96
bb) Stellungnahme	98
c) Probleme bei der Annahmeerklärung	102

d) Fazit	103
D. Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge	104
I. Rechtswirkung	104
II. Einschränkungen hinsichtlich Bezugnahmeumfang?	106
III. Erscheinungsformen der Bezugnahme Klauseln	109
1. Wirkung einzelner Bezugnahmevereinbarungen	109
2. Umfang einzelner Bezugnahmevereinbarungen	110
IV. Funktion	112
1. Allgemeines	112
2. Besonderheiten beim tarifgebundenen Arbeitgeber – Gleichstellungsrechtsprechung des BAG	113
a) Gleichstellungsrechtsprechung des BAG bis zum 14.12.2005	114
b) Kritik	116
c) Rechtsprechungsänderung	118
d) Fazit	121
2. Teil: Die Bezugnahme von Tarifverträgen durch betriebliche Übung in der Rechtsprechung des BAG	123
A. Zulässigkeit und Anwendungsfälle der Bezugnahme kraft betrieblicher Übung	123
I. Die ersten Entscheidungen – Forderung nach einer ausdrücklichen Regelung?	123
II. Erstmalige Bejahung einer Bezugnahme durch betriebliche Übung ...	131
III. Zulässigkeit der Bezugnahme auch auf belastende tarifliche Regelungen	133

IV. Abänderung einer ausdrücklichen Bezugnahme und Dynamik.....	135
V. Bindungswirkung	137
VI. Fazit	139
B. Auslegungsgrundsätze des BAG	139
I. Umfang der Bezugnahme	139
1. Unterscheidung zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitgebern	141
a) Grundlegende Grundsätze in der BAG Entscheidung vom 19.01.1999 – 1 AZR 606/98	141
b) Festigung der Grundsätze in der Folge	144
c) Gleichstellungsabsicht beim tarifgebundenen Arbeitgeber besteht ausnahmsweise nicht	146
2. Fazit	149
II. Wirkungsweise der Bezugnahme	150
1. Nicht tarifgebundener Arbeitgeber.....	151
2. Tarifgebundener Arbeitgeber.....	154
a) Ansicht des 10. Senats	154
b) Ansicht des 5. Senats	156
3. Zwischenergebnis.....	158
C. Auswirkungen der vom BAG vorgenommenen Auslegung	158
3. Teil: Auslegungsgrundsätze für die arbeitsvertragliche Bezugnahme durch betriebliche Übung	161
A. Auslegung aus Sicht eines Durchschnittsarbeitnehmers.....	161
I. Prüfung der Auslegungsgrundsätze der Rechtsprechung	161

1. Differenzierung nach dem tariflichen Status des Arbeitgebers	161
a) Möglichkeit der Berücksichtigung der Tarifbindung des Arbeitgebers	162
aa) Kenntnisstand des durchschnittlichen Arbeitnehmers	163
(1) Tatsächliche Rahmenbedingungen.....	163
(2) Erkennbarkeit der tariflichen Situation für den Arbeitnehmer	164
(a) Keine erkennbaren „äußeren“ Umstände	164
(b) Erkennbarkeit aufgrund von Informationspflichten des Arbeitgebers?	166
(c) Mitgliedschaft ohne Tarifbindung als weiterer Unsicherheitsfaktor.....	168
(3) Ausnahmefall: Kenntnis der tariflichen Situation	169
bb) „Kennenmüssen“ der tariflichen Situation aufgrund einer Fragepflicht des Arbeitnehmers?	169
cc) Zwischenergebnis	173
b) Zwischenergebnis	173
2. Bekannter Tarifstatus	173
a) Die Auslegungsgrundsätze zum Umfang der Bezugnahme	174
aa) Tarifgebundener Arbeitgeber – Maßgeblichkeit der Gleichstellungsabsicht für die Auslegung	174
(1) Gleichstellungsabsicht als alleiniges Motiv des Arbeitgebers?	176
(2) Fehlende Erkennbarkeit der Gleichstellungsabsicht	177
(3) Wortlautauslegung vorrangig – Fokus auf die Übung	180
(4) Erkennbarkeit der Anwendung tariflicher Regelungen.....	183

(5) Zwischenergebnis	185
bb) Nicht tarifgebundener Arbeitgeber	185
cc) Zwischenergebnis	187
b) Die Auslegungsgrundsätze zur Wirkweise der Bezugnahme	187
aa) Tarifgebundener Arbeitgeber	188
(1) Ansicht des 5. Senats: keine dynamische Bezugnahme	188
(2) Ansicht des 10. Senat: Dynamik bei Gleichstellungsabsicht	191
(3) Zwischenergebnis	192
bb) Nicht tarifgebundener Arbeitgeber	192
(1) Ausschließliche Berücksichtigung vermeintlicher Arbeitgeberinteressen	193
(2) Keine überzeugenden Argumente	194
(3) Zwischenergebnis	196
c) Abänderung einer ausdrücklichen Bezugnahme?	197
d) Zwischenergebnis	198
3. Zwischenergebnis	198
II. Dogmatisch zulässige Auslegung nach objektiv-generellen Maßstäben	199
1. Zum Umfang einer Bezugnahme	199
a) Vorschläge in der Literatur – Stellungnahme	200
aa) Differenzierung nach tariflicher Situation des Arbeitgebers	200
bb) Im Zweifel teilweise Bezugnahme	202
cc) Teilweise Bezugnahme mit immanenter Begrenzung	203

b) Umfassende Bezugnahme möglich	205
aa) Können sämtliche tarifvertraglichen Regelungen Teil einer Übung sein?	206
bb) Andere Wertung wegen Kollektivität der Übung – Übertragung der Grundsätze zu den Fällen des Drittbezugs möglich?	207
c) Zwischenergebnis	209
2. Zur Wirkweise einer Bezugnahme	210
a) Vorschläge in der Literatur – Stellungnahme	210
aa) Differenzierung nach tariflicher Situation des Arbeitgebers	210
bb) Keine Differenzierung nach der tariflichen Situation des Arbeitgebers	213
b) Zwischenergebnis	218
3. Auswirkungen des § 305c Abs. 2 BGB auf die Auslegung	218
a) Anwendung möglich?	219
aa) Abstrakter oder konkreter Günstigkeitsvergleich?	221
bb) Abstrakte Günstigkeit bestimmbar?	223
cc) Zwischenergebnis	226
b) Zwischenergebnis	226
4. Zwischenergebnis	226
B. Stillschweigende Annahme bei nachteiligen tariflichen Regelungen möglich?	227
I. Ausgangslage	228
II. Keine stillschweigende Annahme wegen § 308 Nr. 5 BGB?	230

III. Stillschweigende Annahme aufgrund einer Verkehrssitte oder Treu und Glauben?	233
1. Verkehrssitte	234
2. Treu und Glauben	236
a) Arbeitsverhältnis als „ständige Geschäftsbeziehung“	236
b) Keine gesteigerte Treuepflicht	238
3. Zwischenergebnis	242
C. Fazit	242
 4. Teil: Auswirkungen der vorstehend ermittelten Auslegungsergebnisse	245
A. Konsequenzen für Arbeitsverhältnisse beim tarifgebundenen Arbeitgeber	245
I. Benachteiligung der tarifgebundenen Arbeitnehmer	245
II. Keine Benachteiligung durch Anwendung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?	248
III. Keine Benachteiligung wegen Schadensersatzanspruchs der tarifgebundenen Arbeitnehmer?	249
IV. Zwischenergebnis	252
B. Konsequenzen für Arbeitsverhältnisse beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber	252
C. Fazit – Aufgabe der Bezugnahme durch betriebliche Übung?	253
I. Ausgangssituation	253
II. Gründe für die generelle Aufgabe	257
1. Beim tarifgebundenen Arbeitgeber	257
2. Beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber	258

3. Weitere Argumente.....	259
a) Verstoß gegen die Antrittsintention	259
b) Keine Vertragsgestaltung möglich – unsichere Bindung	261
c) Verstoß gegen das Nachweisgesetz.....	263
d) Aufgabe hat keine gravierenden Auswirkungen – Stärkere Berücksichtigung von konkludenten Vereinbarungen	264
4. Zwischenergebnis.....	267
 Gesamtergebnis und Fazit	269
 Literaturverzeichnis.....	273