

## 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 Gewerbegegerichte 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
<b>III. Schwachstellen der Vertragstheorie – Der Beurteilungsmaßstab betrieblicher Übungen.....</b>	<b>65</b>
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 Bezugnahmehumfang? .....	106
III. Erscheinungsformen der Bezugnahmeklauseln .....	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) „Kennen müssen“ 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