

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Grundlagen .....</b>	<b>3</b>
I. Betriebliche Übung .....	3
1. Geschichtliche Einordnung .....	3
a) Erstes Urteil des Reichsarbeitsgerichts über die Anwendung einer betrieblichen Übung .....	4
b) Die betriebliche Übung im Nationalsozialismus .....	6
c) Die betriebliche Übung während der Nachkriegszeit .....	6
d) Fazit .....	7
2. Heutiges Verständnis der betrieblichen Übung .....	8
a) Vertragstheorie als schuldrechtliches Begründungsmodell .....	9
b) Vertrauenshaftung als schuldrechtliches Begründungsmodell .....	10
c) Betriebliches Gewohnheitsrecht als normatives Begründungsmodell ....	12
d) Autonomes Betriebsrecht als normatives Begründungsmodell .....	13
e) Stellungnahme .....	14
3. Abgrenzung zur Gesamtzusage .....	18
4. Abgrenzung zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz .....	20
5. Inhalt einer betrieblichen Übung .....	21
a) Betriebliche Altersversorgung .....	22
b) Gewährung von Jubiläumsgeldern .....	23
c) Gewährung von Sozialzulagen .....	25
II. Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses .....	25
1. Das Direktionsrecht nach § 106 S. 1 GewO .....	26
2. Grenzen der Direktionsrechtsausübung .....	28
a) Grenzen aus Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder Gesetz .....	28

XXXI

b) Billiges Ermessen als Ausübungsschranke .....	29
3. Folgen bei Überschreitung der Grenzen des Direktionsrechts .....	32
a) Weisung mit gesetzeswidrigem Inhalt .....	32
b) Weisung mit unbilligem Inhalt .....	33
c) Fazit .....	37
d) Flankierende vorsorgliche Änderungskündigung bei arbeitgeberseitigen Zweifeln über die Wirksamkeit einer Weisung .....	37
4. Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses als Verengung des Direktionsrechts .....	38
5. Geschichtliche Einordnung des Weisungsrechts und des daraus resultierenden Konkretisierungstatbestands .....	40
a) Vorläufernormen zu § 106 GewO .....	40
b) Gesetzliche Normierung des Weisungsrechts durch die dritte GewO-Novelle .....	41
6. Mögliche Weisungs- und Konkretisierungstatbestände .....	41
a) Arbeitsinhalt .....	42
aa) Vereinbarungen im Arbeitsvertrag .....	42
bb) Konkretisierung durch Zuweisung höherwertiger Tätigkeitsfelder ...	43
b) Arbeitsort .....	45
aa) Vereinbarungen im Arbeitsvertrag .....	45
bb) Fehlen einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung .....	45
cc) Auf den Betrieb beschränkt .....	46
dd) Auf eine andere politische Gemeinde erstreckend .....	47
ee) Stellungnahme .....	49
c) Arbeitszeiten .....	50
aa) Vereinbarungen im Arbeitsvertrag .....	50
bb) Schichtarbeit .....	51
cc) Anordnung von Sonn- und Feiertagsarbeit .....	54
d) Fazit .....	56
III. Thesenartige Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute .....	57
<b>C. Rechtsnatur .....</b>	<b>59</b>
I. Betriebliche Übung .....	59
1. Sonderfall der konkludenten Vertragsanpassung im Rahmen der Vertragstheorie .....	59
2. Erwirkung von Ansprüchen nach der Vertrauenslehre .....	62

II. Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflichten .....	64
1. Rechtsgeschäftliche Deutung der Konkretisierung .....	65
2. Verwirkung des Direktionsrechts nach der Vertrauenslehre .....	66
III. Thesenartige Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute .....	67
 <b>D. Voraussetzungen der betrieblichen Übung im Vergleich</b>	
<b>zur Konkretisierung .....</b>	<b>69</b>
I. Betriebliche Übung .....	69
1. Keine anderweitige Regelung des Anspruchs .....	69
2. Umstandsmoment .....	70
a) Kriterien der Vertragstheorie .....	70
aa) Leistungserbringung des Arbeitgebers .....	70
(1) Bedeutsamkeit der Leistung für den Arbeitnehmer als Auslegungskriterium .....	71
(2) Vorbehaltlosigkeit der Leistung .....	73
b) Kriterien der Vertrauenslehre .....	75
aa) Vertrauenstatbestand durch arbeitgeberseitiges Leistungsverhalten .....	75
bb) Zurechenbarkeit .....	76
cc) Vertrauen .....	77
dd) Schutzwürdigkeit .....	78
3. Zeitmoment .....	80
a) Kriterien der Vertragstheorie .....	80
b) Kriterien der Vertrauenslehre .....	81
II. Konkretisierung des Arbeitsvertrags .....	82
1. Umstandsmoment .....	82
a) Kriterien der Vertragstheorie .....	84
b) Kriterien der Vertrauenslehre .....	86
aa) Vertrauenstatbestand .....	86
(1) Schreiben seitens des Arbeitgebers .....	87
(2) Höherqualifizierte Tätigkeit .....	88
(3) Bestimmung des Dienstortes mit Auswirkung auf die Vergütung .....	89
(4) Rücksichtnahme des Arbeitgebers auf persönliche Belange des Arbeitnehmers kein besonderer Umstand .....	90

bb) Zurechenbarkeit .....	90
cc) Schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers .....	91
2. Zeitmoment .....	92
III. Thesenartige Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute .....	95

## **E. Verhinderung der Entstehung .....** 97

I. Betriebliche Übung .....	97
1. Verhinderungsmöglichkeit für Neueintretende .....	97
2. Freiwilligkeitsvorbehalt .....	99
a) Freiwilligkeitsvorbehalt als AGB .....	101
b) Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB .....	101
c) Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB .....	102
d) Verstoß gegen § 305b BGB .....	103
e) Fazit .....	107
3. Ermessensgratifikation .....	107
a) AGB-Kontrolle von Ermessensregelungen .....	109
b) Ausübung des Ermessens auf „Null“ .....	111
c) Fazit .....	112
4. Einfache Schriftformklausel .....	113
5. Doppelte Schriftformklausel .....	114
6. Gesamtfazit über die Verhinderungsmöglichkeiten einer betrieblichen Übung .....	117
II. Konkretisierung des Arbeitsvertrags .....	118
1. Vertragsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten .....	118
2. Vertragliche Schriftformklauseln .....	119
3. Vertraglicher Versetzungsvorbehalt .....	119
a) Definition und rechtspraktische Ausgestaltung .....	120
b) Versetzungsvorbehalte als Erweiterung des Direktionsrechts .....	121
c) Versetzungsvorbehalte als echte/unechte Direktionsrechtserweiterungen .....	121
d) AGB-Prüfung .....	123
aa) Zuweisung geringerwertiger Tätigkeiten .....	124
bb) Formulierungsvorschlag .....	126
e) Rechtsfolgen unwirksamer Versetzungsklauseln .....	128
aa) Rechtsfolge bei Fehlen einer Gleichwertigkeitsgarantie .....	128

bb) Rechtsfolge unwirksamer Versetzungsklauseln im Rahmen der Sozialauswahl .....	128
f) Tatsächliche Vorbeugung einer Konkretisierung durch einen vertraglichen Versetzungsvorbehalt .....	129
4. Fazit .....	130
III. Thesenartige Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute .....	131

## **F. Möglichkeit der Beseitigung von Ansprüchen .....** 133

I. Aus betrieblicher Übung .....	133
1. Anfechtungsmöglichkeit .....	133
a) Voraussetzungen der Anfechtung einer betrieblichen Übung .....	134
aa) Anfechtungsgrund .....	134
bb) Anfechtungsgegenstand .....	135
cc) Anfechtungsfrist und Anfechtungsgegner .....	135
dd) Anfechtungserklärung .....	135
b) Rechtsfolge .....	136
2. Änderungskündigung .....	137
3. Änderungsvertrag .....	139
4. Widerrufsmöglichkeit .....	140
a) Beseitigung aus besonderem Grund nach der Vertrauenslehre .....	140
b) Beseitigung durch stillschweigenden Widerrufsvorbehalt .....	142
c) Beseitigung nach der modifizierten Vertragstheorie nach <i>Picker</i> .....	143
d) Beseitigung nach der Vertragstheorie der Rechtsprechung .....	144
aa) AGB-Kontrolle von Widerrufsvorbehalten .....	145
(a) Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB .....	145
(b) Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB .....	147
bb) Ausgestaltung des Vorbehalts, tatsächliche Ausübung des Widerrufs und gerichtliche Ausübungskontrolle .....	148
5. Wegfall der Geschäftsgrundlage .....	150
6. Ablösende Betriebsvereinbarung .....	151
a) Ausdrücklich vereinbarte Betriebsvereinbarungsoffenheit .....	152
b) Umstrukturierende Betriebsvereinbarung .....	152
c) Konkludent vereinbarte Betriebsvereinbarungsoffenheit .....	155
7. Gegenläufige betriebliche Übung .....	157
8. Fazit .....	161

II.	Aus der Konkretisierung des Arbeitsvertrags .....	162
1.	Änderungsvertrag .....	162
2.	Änderungskündigung .....	163
III.	Thesenartige Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute .....	164
<b>G.</b>	<b>Betriebliche Übung und Konkretisierung im öffentlichen Dienst .....</b>	<b>167</b>
I.	Betriebliche Übung .....	167
II.	Konkretisierung .....	170
III.	Thesenartige Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute .....	171
<b>H.</b>	<b>Untersuchung der in Frage kommenden Abgrenzungsmerkmale .....</b>	<b>173</b>
I.	Handlungsform .....	174
1.	Private Nutzung betrieblicher Kommunikationsmittel .....	175
a)	Kein Entstehen einer betrieblichen Übung durch private Internetnutzung .....	176
b)	Entstehen einer betrieblichen Übung durch private Internetnutzung .....	177
c)	Entstehen einer betrieblichen Übung durch private Internetnutzung trotz ausdrücklichen Verbots .....	177
d)	Stellungnahme .....	177
e)	Ansicht der Rechtsprechung .....	183
2.	Zwischenfazit .....	185
3.	Sammeln von Bonusmeilen .....	186
4.	Raucherpausen .....	189
5.	Gesamtfazit .....	190
II.	Unterscheidung anhand arbeitnehmerbegünstigender und arbeitnehmerbelastender Regelungen .....	191
1.	Betriebliche Übung .....	191
a)	Befürworter der verschlechternden Betriebsübung .....	192
b)	Keine Möglichkeit einer verschlechternden Betriebsübung .....	193
c)	Stellungnahme .....	194
2.	Zwischenergebnis .....	195
3.	Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflichten .....	195
4.	Fazit .....	197

III. Unterscheidung anhand der objektiven Messbarkeit eines wirtschaftlichen Werts .....	197
1. Betriebliche Übung .....	198
a) Gestattung des kostenlosen Parkens der Mitarbeiter auf dem Betriebsgelände .....	199
b) Gewährung von freien Tagen zu besonderen Anlässen .....	201
c) Kostenlose Mitnahme zur Arbeitsstelle .....	202
2. Konkretisierung .....	202
a) Arbeiten in einer bestimmten Abteilung .....	202
b) Kontrollschaffner-Fall .....	203
3. Fazit .....	206
IV. Unterscheidung anhand des Zwecks der Leistungsgewährung .....	206
1. Betriebliche Übung .....	206
2. Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflichten .....	208
3. Fazit .....	209
V. Verdrängung betrieblicher Übungen hinsichtlich derjenigen Gegenstände, die durch Ausübung des Direktionsrechts geregelt werden .....	209
1. BAG, Urteil vom 11.10.1995 .....	211
2. BAG, Urteil vom 23.06.1992 .....	213
3. BAG, Urteil vom 21.01.1997 .....	214
4. Fazit .....	215
VI. Kollektives Element auf Seiten der betrieblichen Übung .....	216
1. Kollektives Element als Entstehungsvoraussetzung einer betrieblichen Übung .....	216
a) Ansicht der Rechtsprechung .....	217
b) Meinungsstand in der Literatur .....	217
c) Stellungnahme .....	219
2. Kollektives Element als Automatismus, der als Auslegungshilfe und -regel dient .....	220
3. Konkretisierung als Individualübung ein Spezialfall zur betrieblichen Übung .....	222
4. Fazit .....	224
 I. Gesamtfazit und Ausblick .....	 225