

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----------|
| A. Einleitung | 1 |
| B. Grundlagen | 3 |
| I. Betriebliche Übung | 3 |
| 1. Geschichtliche Einordnung | 3 |
| a) Erstes Urteil des Reichsgerichts 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 |

| | |
|---|-----------|
| 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 |
| C. Rechtsnatur | 59 |
| I. Betriebliche Übung | 59 |
| 1. Sonderfall der konkluidenten 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 |
| D. | Voraussetzungen der betrieblichen Übung im Vergleich | |
| | zur Konkretisierung | 69 |
| 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) Versetzungsverhalte als Erweiterung des Direktionsrechts | 121 |
| c) Versetzungsverhalte als echte/unechte Direktionsrechtserweiterungen | 121 |
| d) AGB-Prüfung | 123 |
| aa) Zuweisung geringerwertiger Tätigkeiten | 124 |
| bb) Formulierungsvorschlag | 126 |
| e) Rechtsfolgen unwirksamer Versetzungsvereinbarungen | 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 |
| G. | Betriebliche Übung und Konkretisierung im öffentlichen Dienst | 167 |
| I. | Betriebliche Übung | 167 |
| II. | Konkretisierung | 170 |
| III. | Thesenartige Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute | 171 |
| H. | Untersuchung der in Frage kommenden Abgrenzungsmerkmale | 173 |
| 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 |
| 2. | a) Gestaltung des kostenlosen Parkens der Mitarbeiter auf dem Betriebsgelände | 199 |
| 3. | b) Gewährung von freien Tagen zu besonderen Anlässen | 201 |
| | c) Kostenlose Mitnahme zur Arbeitsstelle | 202 |
| 2. | Konkretisierung | 202 |
| 3. | a) Arbeiten in einer bestimmten Abteilung | 202 |
| | b) Kontrollschaaffner-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 |
| 2. | a) Ansicht der Rechtsprechung | 217 |
| 3. | 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 |