



SCHRIFTEN ZUM DEUTSCHEN UND  
EUROPÄISCHEN ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Herausgegeben von Ulrich Preis

Band 32

Stefan Freh

---

# Betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz

# Einleitung

## A. Ausgangspunkt der Untersuchung

Ausgangspunkt und Anlass der Untersuchung ist das arbeitsrechtliche Phänomen „betriebliche Übung“. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>1</sup> ist unter einer betrieblichen Übung die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden<sup>2</sup>. Der 3. Senat betont zudem stets die erforderliche Gleichförmigkeit des Verhaltens<sup>3</sup>. Zum Teil wird eine betriebliche Übung auch als „regelmäßige Wiederholung eines bestimmten Verhaltens, das bei den Betriebsangehörigen den Eindruck einer Gesetzmäßigkeit oder eines Brauchs erweckt“ definiert<sup>4</sup>. Der Gesetzgeber hat „die betriebliche Übung“ in § 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung ausdrücklich als anspruchsbegründenden Tatbestand anerkannt.

Entstehungsgrund einer betrieblichen Übung ist die Tatsache, dass der Arbeitgeber die in Frage stehende Leistung bzw. Vergünstigung zwar nicht zum Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Regelung machen will – weil er immer wieder aufs Neue entscheiden möchte, ob er sie erneut gewährt –, er die Arbeitnehmer jedoch tatsächlich über einen längeren Zeitraum wiederholt in deren Genuss kommen lässt<sup>5</sup>. Letztlich stehen sich das Bedürfnis des Arbeitgebers nach wirtschaftlicher Flexibilität und das Bedürfnis der Arbeitnehmer nach Kontinuität gegenüber<sup>6</sup>. Dass daraus in bestimmten Konstellationen ein Anspruch der Arbeitnehmer erwachsen kann, ist allgemein anerkannt. Bis heute umstritten ist allerdings die Frage, wie dieser Anspruch rechtsdogmatisch einzuordnen ist.

---

1 Im Folgenden „BAG“.

2 Siehe nur BAG v. 14.09.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 (81).

3 Z. B. BAG v. 16.02.2010 – 3 AZR 118/08, NZA 2011, 104 (104); BAG v. 31.07.2007 – 3 AZR 189/06, NZA-RR 2008, 263 (265); BAG v. 12.12.2006 – 3 AZR 57/06, AP Nr. 77 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

4 Z. B. BAG v. 04.09.1985 – 7 AZR 262/83, NZA 1986, 521 (521); BAG v. 19.03.1986 – 5 AZR 254/85, juris Rn. 26; BAG v. 28.10.1987 – 5 AZR 518/85, NZA 1988, 425 (425).

5 *Singer*, ZfA 1993, 487 (488).

6 *Hromadka*, NZA 1984, 241 (241).

Während das BAG seit Mitte der 80er-Jahre einstimmig die sog. Vertragstheorie vertritt, stützt sich ein Großteil der Literatur auf die „Vertrauenshaftungstheorie“. Eine Klärung dieser Frage ist nicht in Sicht. Dies ist wohl auch dem Umstand geschuldet, dass beide Theorien in der Regel zu gleichen Ergebnissen führen. Denn das BAG findet stets Wege, auch atypische Konstellationen unter dem Deckmantel der „Vertragstheorie“ mit dogmatischen Kunstgriffen einer vermeintlich gerechten Lösung zuzuführen. Waren es ursprünglich noch die allseits bekannten Gratifikationsfälle, die die Rechtsprechung beschäftigten, wird mittlerweile bei fast jedem gleichmäßigen Verhalten des Arbeitgebers ein Anspruch aufgrund betrieblicher Übung zumindest in Betracht gezogen<sup>7</sup>. An diesem Punkt setzt die hiesige Untersuchung an. Denn mit der extensiven Ausweitung des „Anwendungsbereichs“ betrieblicher Übungen geht eine Überschreitung der – im Kern vertretbaren – „Vertragstheorie“ einher. Die Rechtsprechung scheint nicht mehr zwischen der „Übung“ als einem faktisch-sozialen Tatbestand<sup>8</sup> auf der einen Seite und dem rechtsdogmatischen Grund für die Bindung des Arbeitgebers auf der anderen Seite zu unterscheiden. Vielmehr hat „die betriebliche Übung“ ein rechtliches Eigenleben<sup>9</sup> entwickelt. Dies hat dazu geführt, dass sie heute verbreitet als eigenständiges Rechtsinstitut wahrgenommen wird. Und doch beruft sich das BAG zur Begründung ihrer Bindungswirkung weiterhin auf rechtsgeschäftliche Grundsätze. Gleichzeitig versucht es in verschiedenen Konstellationen, den Eintritt einer Bindungswirkung zu verhindern, etwa durch die Konstruktion konkludenter Freiwilligkeitsvorbehalte oder die Anwendung unterschiedlicher Auslegungsmaßstäbe im öffentlichen Dienst. Auch die zwischenzeitlich etablierte Rechtsprechung zur sog. gegenläufigen betrieblichen Übung sowie die Versagung des Anfechtungsrechts des Arbeitgebers verdeutlichen, dass sich das BAG mit den Konsequenzen der eigenen Vertragslösung nie ganz abgefunden hat.

## B. Ziel der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist, zu belegen, dass es eines eigenständigen Rechtsinstituts „betriebliche Übung“, das in vielen Fällen mit allgemeinen Vertragsgrundsätzen tatsächlich nicht mehr in Einklang zu bringen ist und eigenen Regeln folgt, tatsächlich nicht bedarf<sup>10</sup>. Dazu ist die Frage nach der dogmatischen Begründung der bislang nach den Grundsätzen der sog. Vertragstheorie des BAG gelösten

---

7 *Preis/Genenger*, JbArbR 2010, 93 (94 und 106).

8 *Säcker*, Gruppenautonomie, 463.

9 *Backhaus*, ArbuR 1983, 65 (75).

10 So schon *Preis/Genenger*, JbArbR 2010, 93 ff.; ErfK/*Preis*, § 611 BGB Rn. 220 ff.

Konstellationen neu zu stellen. Insbesondere ist ihr Verhältnis zum allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu hinterfragen. Denn zahlreiche Konstellationen, in denen die Rechtsprechung einen vertraglichen Anspruch konstruiert, scheinen schon auf den ersten Blick Anwendungsfälle dieses in seinen Voraussetzungen anerkannten<sup>11</sup> arbeitsrechtlichen Rechtsinstituts zu sein. Dennoch werden die Grenzen zwischen Rechtsgeschäftslehre und Gleichbehandlung durch das BAG und der teils viel zu unkritisch folgenden Literatur verwischt. So hat das BAG betriebliche Übung und Gleichbehandlungsgrundsatz in mehreren Entscheidungen sogar ausdrücklich in Kombination zur Anspruchsbegründung herangezogen<sup>12</sup>. Dem Gleichbehandlungsgrundsatz kommt dabei die Rolle einer Hilfskonstruktion zu. Dort, wo die bewährten Grundsätze der „Vertragstheorie“ nicht mehr weiterhelfen, die Richter es gleichwohl als gerecht erachten, dem Arbeitnehmer den Anspruch zuzusprechen, wird über dogmatische Restriktionen hinweggesehen. Dann aber handelt es sich nur noch um Billigkeitsrechtsprechung, durch die das BAG versucht, ungerecht erscheinende Ergebnisse im Nachhinein zu korrigieren<sup>13</sup>. Das mag gerade im sensiblen Bereich der betrieblichen Altersversorgung nachvollziehbar erscheinen. Allerdings verlässt das BAG damit den Boden der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre und setzt sich in Widerspruch zu der eigens begründeten „Vertragstheorie“<sup>14</sup>.

Daher soll eine Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Frage beantworten, ob es „genuine“ Anwendungsfälle der im Laufe der Jahre verselbstständigten<sup>15</sup> „Vertragstheorie“ des BAG überhaupt gibt und ob die Art und Bedeutung der jeweiligen Leistungen deren Existenz rechtfertigen.

### C. Gang der Untersuchung

Den Ausgangspunkt der Untersuchung soll die langjährige Entwicklung des arbeitsrechtlichen Phänomens „betriebliche Übung“ in der höchstrichterlichen

---

11 HWK/*Thüsing*, § 611 BGB Rn. 182.

12 BAG v. 05.02.1971 – 3 AZR 28/70, AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG v. 13.02.1985 – 7 AZR 345/82, juris Rn. 47; BAG v. 27.06.2001 – 10 AZR 488/00, EzA Nr. 44 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG v. 28.05.2008 – 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941 (943); BAG v. 17.11.2009 – 9 AZR 765/08, NZA-RR 2010, 293 (295); siehe schon RAG v. 07.02.1940 – ARS 38, 252 (258) und RAG v. 22.04.1941 – ARS 42, 75 (76): „stillschweigend vereinbarte Gleichbehandlung“.

13 Vgl. *Waltermann*, RdA 2006, 257 (263).

14 *Schneider*, DB 2011, 2718 (2722).

15 *Preis/Genenger*, JbArbR 2010, 93 (106); *Schneider*, DB 2011, 2718 (2718); *C. Picker*, Die betriebliche Übung, 259; *Mikosch*, in: FS Düwell, 115 (119): „Selbstläufer“.

Rechtsprechung bilden. Denn der Grundstein für viele noch heute umstrittene Fragen wurde bereits in frühen Entscheidungen, teils sogar noch zu Zeiten des Reichsarbeitsgerichts<sup>16</sup>, gelegt. Die Rechtsprechung der letzten 80 Jahre wird zusammenfassend dargestellt, wobei schon an dieser Stelle auf die unterschiedlichen dogmatischen Begründungsansätze hingewiesen wird.

Begleitet wurde die Rechtsprechung von einer Vielzahl von Beiträgen der Arbeitsrechtswissenschaft. Bei der betrieblichen Übung handelt es sich um eine der meist diskutiertesten Erscheinungen des deutschen Arbeitsrechts. Bis heute ist ihr dogmatisches Fundament umstritten. Dementsprechend werden die wichtigsten Theorien, insbesondere die, die das BAG im Laufe der Jahre aufgegriffen bzw. selbst vertreten hat, in der jeweils gebotenen Ausführlichkeit behandelt (Teil 1).

Im Mittelpunkt steht jedoch die von Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur vertretene „Vertragstheorie“. Zu dieser hat sich das BAG im Laufe der Jahre in vielerlei Hinsicht in Widerspruch gesetzt. Damit ist nicht nur die Fiktion vertraglicher Ansprüche in Konstellationen gemeint, in denen es ersichtlich an einem rechtsgeschäftlichen Erklärungstatbestand fehlt. Denn andererseits versucht es, durch die Konstruktion konkludenter Freiwilligkeitsvorbehalte oder die unterschiedliche Behandlung privater und öffentlicher Arbeitgeber den Eintritt einer vertraglichen Bindung zu verhindern, wo es nur geht. Dies scheint auch dem Umstand geschuldet zu sein, dass der einmal entstandene vertragliche Anspruch nur noch schwer zu beseitigen ist. Im Wesentlichen stehen dem Arbeitgeber dann noch die Änderungskündigung oder eine einvernehmliche Vertragsänderung zur Verfügung, um sich der ungewollten Bindung zu entledigen. Zwischenzeitlich hat das BAG zusätzlich das Konstrukt der sog. gegenläufigen bzw. negativen betrieblichen Übung herangezogen, diese Rechtsprechung im Jahr 2009 jedoch zu Recht wieder aufgegeben. Auch diese Inkonsistenzen sollen zum Anlass genommen werden, die „Vertragstheorie“ des BAG zu überdenken (Teil 2).

In der ersten Hälfte des 3. Teils der Untersuchung werden die allgemeinen Grundsätze des konkludenten Vertragsschlusses aufgrund betrieblicher Übung erläutert. Dabei wird nicht nur auf die Besonderheiten auf der Anspruchsentstehungsseite, sondern auch auf die aus dem rechtsgeschäftlichen Ansatz folgende Konsequenz der Anfechtbarkeit des Vertragsschlusses durch den Arbeitgeber eingegangen. Auf der Grundlage der zuvor gewonnen Erkenntnisse erfolgt im Anschluss daran eine Bewertung der wichtigsten Fallgruppen aus der Rechtsprechung des BAG. Dabei ist ein besonderes Augenmerk auf die

---

16 Im Folgenden „RAG“.

Fälle jenseits der dreimaligen vorbehaltlosen Gratifikationszahlung – der wohl typischsten und gleichzeitig in dogmatischer Hinsicht unproblematischsten Fallgruppe – zu legen. Gemeint sind einmalige Begünstigungen der Arbeitnehmer aus besonderem Anlass, wie die Gewährung von Jubiläumsgeld oder die Erteilung von Versorgungszusagen nach einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit. Denn auch der kollektiven Gewährung derartiger Leistungen, die naturgemäß jeder Arbeitnehmer nur einmal erhält, entnimmt das BAG nach einigen Jahren vorbehaltloser Praxis den Willen des Arbeitgebers, die Leistung bei Erfüllung der jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen der gesamten Belegschaft zukommen zu lassen. Ferner ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen neu in einen Betrieb eintretende Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch auf betriebsübliche Leistungen erwerben.

Die zweite Hälfte des 3. Teils beschäftigt sich mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Nach der Erläuterung seiner Grundlagen und einer Abgrenzung von Ansprüchen aufgrund betrieblicher Übung, werden die bereits gebildeten Fallgruppen aus der Rechtsprechung nunmehr unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten untersucht. Danach ist ein erstes Fazit zu ziehen.

Schließlich soll eine umfassende Rechtsprechungsanalyse (Teil 4) genauer Aufschluss darüber geben, welche Rolle die Grundsätze des BAG neben der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre und dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einnehmen. Zu diesem Zweck werden sämtliche Entscheidungen, in denen das BAG einen Anspruch aufgrund betrieblicher Übung bejaht hat, einer Einzelfallbetrachtung unterzogen. Die einzelnen Sachverhalte sind daraufhin zu untersuchen, ob ein Anspruch des klagenden Arbeitnehmers im Wege des konkludenten Vertragsschlusses oder mit Hilfe des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes hätte begründet werden können. Im Anschluss daran ist die Existenzberechtigung der betrieblichen Übung als Rechtsquelle erneut zu hinterfragen. Kommt der Verfasser nach der Rechtsprechungsanalyse zu dem Ergebnis, dass „genuine“ Anwendungsfälle der von der Rechtsprechung zu betrieblichen Übungen entwickelten Grundsätze verbleiben, ist zu entscheiden, wie diese vor dem Hintergrund der im Rahmen dieser Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse in Zukunft zu behandeln sind (Teil 5).