

# Rechtslage - Rechtserkenntnis - Rechtsdurchsetzung

Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag

von

Prof. Dr. Ekkehard Becker-Eberhard, Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Friedhelm Gaul, Prof. Dr. Lutz Haertlein, Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 67643 7

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

RAIMUND WALTERMANN

## Betriebliche Übung – Bindung durch Rechtsgeschäft oder Vertrauenshaftung?

### I. Ausgangspunkt

Mit der betrieblichen Übung kennt das Arbeitsrecht eine interessante Erscheinung, die auch das Bürgerliche Recht herausfordert.<sup>1</sup> Gibt man jahrelang dem Postboten zu Weihnachten ein Geldgeschenk, entsteht keine Rechtsbindung, auch wenn diese Gepflogenheit noch so lange andauert.<sup>2</sup> Im Arbeitsrecht liegt es anders. Zahlt etwa der Arbeitgeber drei Mal eine Weihnachtsgratifikation ohne wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalt, entsteht eine Rechtsbindung für die Zukunft. Der Arbeitgeber muss die Weihnachtsgratifikation, Einzelheiten zunächst beiseitegelassen, fortan leisten. Durch betriebliche Übung können im Einzelfall dauerhaft beträchtliche Leistungspflichten entstehen. Dass schon die dreimalige Leistung für die Zukunftsbindung genügt, ist nur für die Weihnachtsgratifikation und vergleichbare jährlich gewährte Sonderleistungen gesichert.<sup>3</sup>

Hinter dem die Praxis seit vielen Jahrzehnten begleitenden Phänomen der Rechtsbindung durch Betriebsübung steht letzten Endes die Besonderheit der personenbezogenen Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis. Sie legt offenbar bei wiederholtem gleichförmigem Gewähren von Leistungen, die nicht auf bloße Annehmlichkeit (wie etwa das Gewähren von Parkplatz auf dem Betriebsgelände<sup>4</sup>, das Gewähren eines bezahlten arbeitsfreien Rosenmontags<sup>5</sup> oder arbeitsfreien Frankfurter „Wäldchestags“<sup>6</sup>) hinauslaufen, die Annahme einer Rechtsbindung über den Einzelfall jeder rechtsgeschäftlichen Gewährung hinaus nahe. Es geht dabei der Sache nach letzten Endes um Vertrauensschutz im Rahmen des auf dauernden Leistungsaustausch mit personenbezogener Bindung angelegten Arbeitsverhältnisses. Über die Rechtsgründe der entstehenden Bindung ist damit noch nichts gesagt.

Streitpunkte bleiben die (für die Praxis geklärte) rechtliche Begründung der Rechtsbindung für die Zukunft, die Frage, ob und wie eine entstandene Rechtsbindung aus Betriebsübung wieder abgestreift werden kann und, mit der Schuldrechtsmodernisierung verbunden, die Überlagerung der betrieblichen Übung

<sup>1</sup> Zuletzt umfassend untersucht von *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011. Die nachfolgenden Überlegungen bauen auf der schriftlichen Fassung eines Vortrags, RdA 2006, 257–269, auf. Kritisch dazu *Zöllner*, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, 1519 ff.

<sup>2</sup> Beispiel von *Seiter*, Die Betriebsübung, 1967, 68.

<sup>3</sup> BAG NZA 2010, 759 (760). Zusammenfassend *Schaub/Koch*, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Aufl. 2013, § 110 Rn. 11.

<sup>4</sup> Vgl. LAG Schleswig-Holstein NZA-RR 2001, 488 ff.

<sup>5</sup> BAG NZA 1993, 749 f.

<sup>6</sup> BAG NZA 1994, 694 f.

durch Fragen der AGB-Kontrolle; in Bezug auf Letzteres liegt nahe, dass ein Arbeitgeber auf den Gedanken kommt, in sein Vertragsformular für alle Fälle einen auf die Vermeidung eventueller Rechtsbindungen durch Betriebsübung abzielenden Freiwilligkeitsvorbehalt einzubauen.

## II. Kurzer Rückblick

Ein eventuelles grundsätzliches Unbehagen gegenüber dem Phänomen der betrieblichen Übung lässt sich verringern, wenn man zurückblickt.<sup>7</sup> Die Frage, ob nicht durch mehrfaches Gewähren in Arbeitsverhältnissen eine Rechtsbindung entstehe, hat bereits die 1904 errichteten Kaufmannsgerichte bei Streitigkeiten zwischen Kaufleuten und ihrem Personal beschäftigt. Schon hier ging es um Gratifikationsansprüche, die sozusagen den Prototyp des Phänomens bilden.<sup>8</sup> Entscheidungen, die eine Rechtsbindung bejahten, begründeten dies schon damals mit einer stillschweigenden Vereinbarung. Die Leistung wurde nicht als Schenkung, sondern als Vergütung eingestuft. Das Judiz hat offenbar in die Richtung der Rechtsbindung gewiesen. Um 1910 kam es zu ersten rechtswissenschaftlichen Abhandlungen.<sup>9</sup> Das Reichsarbeitsgericht hat seit 1929 wiederkehrende Übungen dahin interpretiert, dass sie zu einer Verpflichtung aufgrund stillschweigender Vereinbarung führen.<sup>10</sup> Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts enthält bereits Begründungselemente, die noch heute in der üblichen Formel der Senate des Bundesarbeitsgerichts wiederkehren. Diese Formel lautet (in der Formulierung des für Sonderleistungen zuständigen 10. Senats<sup>11</sup>): „Unter einer betrieblichen Übung ist 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. Aus diesem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend ist nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte.“

Der Begriff der „betrieblichen Übung“ findet sich erstmals in einem Urteil aus dem Jahr 1940.<sup>12</sup> In der Arbeitsrechtswissenschaft begegnet die heute unter der

<sup>7</sup> Siehe stellvertretend *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 55 ff.; *Waltermann*, RdA 2006, 257 (258 f.).

<sup>8</sup> Eingehend untersucht und dargestellt bei *E. Wolf*, Untersuchung der Fragen der arbeitsrechtlichen Einordnung der betrieblichen Übung einschließlich der betrieblichen Ordnung sowie des stillschweigenden Verhaltens im Recht des Arbeitsverhältnisses im Hinblick auf ein zu schaffendes Arbeitsgesetzbuch, Forschungsgutachten, erstattet im Auftrag des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung, 1967 (Maschinenschrift), 10 ff. m. zahlr. Nachw.

<sup>9</sup> Nachgewiesen bei *E. Wolf* (Fn. 8), 16 f. (dort Fn. 1–5).

<sup>10</sup> Vgl. RAG ARS 6, 203 ff. m. zust. Anm. *A. Hueck*. Zu eventuellen früheren Entscheidungen, die das RAG zum Teil in Bezug nimmt (namentlich in ARS 15, 138 f.), siehe die Einschätzung von *Seiter*, Die Betriebsübung, 1967, 22 f.

<sup>11</sup> BAG NZA 2010, 759 (760).

<sup>12</sup> RAG ARS 41, 99 (Leitsatz und S. 102). Dies ergab auch die Untersuchung *Seiters*, Die Betriebsübung, 1967, 19 (dort Fn. 1).

Bezeichnung betriebliche Übung zusammengefasste Problematik 1928 bei Hueck/Nipperdey<sup>13</sup> und Kaskel<sup>14</sup> zunächst im Zusammenhang mit der Darstellung der Gratifikation als besonderer Lohnform. Erst die Neuauflagen der Lehrbücher von Hueck/Nipperdey und Nikisch aus dem Jahr 1955 behandeln die betriebliche Übung im Zusammenhang mit den arbeitsrechtlichen Gestaltungsmitteln.<sup>15</sup>

Vorab festzuhalten ist noch, dass die betriebliche Übung, wenn sie auch in den Lehrbüchern bei den arbeitsrechtlichen Gestaltungsmitteln behandelt wird,<sup>16</sup> in der vom BAG praktizierten Handhabung kein eigenständiges Gestaltungsmittel, sondern ein Mittel der richterlichen Bewertung von Verhaltensweisen *ex post* ist. Es ging der Rechtsprechung bei der Bejahung von Zukunftsbindungen durch Gepflogenheit, namentlich bei Sonderleistungen und Ruhegeldern, darum, die Situation bei oft langjährig gepflegten Übungen in dem Moment zu bewältigen, in dem der Arbeitgeber die Leistung einstellen oder verringern wollte. Oft hatten betriebliche Übungen in den entschiedenen Fällen ungeregelt über Jahrzehnte die Wirklichkeit bestimmt. Das schlichte Gewähren entsprach auch früherer Mentalität weit mehr als heutiger. Das belegt die Entwicklung der Gratifikationsrechtsprechung durch die Kaufmannsgerichte und das Reichsarbeitsgericht. Am deutlichsten wird das zu lösende Problem bei ungeregelt gebliebenen betrieblichen Altersversorgungen. Die Fälle, in denen die Rechtsprechung bei dieser Sachlage eine Bindung durch Betriebsübung bejaht hat, sind durch Langjährigkeit der Übung und eine beträchtliche wirtschaftliche Bedeutung der Leistung gekennzeichnet.<sup>17</sup> Gerade in diesen Fällen stellte sich die Frage der rechtlichen Bindung, denn es entwickelte sich bei den Arbeitnehmern eine Erwartung, die Dispositionen beeinflusste; eine anderweitige zusätzliche Altersvorsorge lässt sich nicht jederzeit aufbauen. Nicht umsonst findet das Phänomen der Betriebsübung im Betriebsrentenrecht auch (die einzige) gesetzliche Erwähnung. Gemäß § 1b Abs. 1 S. 4 BetrAVG stehen Versorgungsverpflichtungen, die auf einer betrieblichen Übung (oder auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz) beruhen, Verpflichtungen aus einer Versorgungszusage gleich. Dabei ist bei der rechtsdogmatischen Bewältigung der betrieblichen Übung der „Typ Ruhegeld“ rechtlich schwieriger zu erfassen als der „Typ Weihnachtsgratifikation“: Während die Weihnachtsgratifikation in der Praxis regelmäßig auf einer wiederkehrenden Zusage *an alle* Arbeitnehmer (oder einen Teil von ihnen) durch sog. Gesamtzusage<sup>18</sup> beruht, gibt beim Ruhegeld der Arbeitgeber in Einzelfällen, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen, immer wieder *bestimmten einzelnen Arbeitnehmern* die Zusage.<sup>19</sup> Zu beachten ist, dass es in der zweiten Konstellation (dem „Typ

<sup>13</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 1. Aufl. 1928, 183 f.

<sup>14</sup> Kaskel, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, 124. Ebenso bereits 1. Aufl. 1925, 84.

<sup>15</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1955, 134 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1955, 232 ff.

<sup>16</sup> Siehe stellvertretend Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2010, Rn. 137 f.; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2014, Rn. 79 ff.; Waltermann, Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2014, Rn. 97 ff.

<sup>17</sup> Näher Waltermann, RdA 2006, 257 (261 f.).

<sup>18</sup> Siehe Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2010, Rn. 132 ff.; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2014, Rn. 78; Waltermann, Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2014, Rn. 96.

<sup>19</sup> Dem lag zum Teil nur eine Tradition, zum Teil nur eine interne Regelung zu Grunde. Neben dem Ruhegeld ging es namentlich um Beihilfen und um Jubiläumsgaben.

Ruhegeld“) oft lediglich um einen Anwendungsfall des Gleichbehandlungsgrundsatzes geht; nur wenn der Arbeitgeber nicht Einzelne von der Übung ausnehmen, sondern die Gepflogenheit an sich beenden möchte, erlangt die Frage der Zukunftsbindung entscheidende Bedeutung.

### III. Zu den Gründen der Rechtsbindung

In der Rechtsprechung dominierten von Anfang an Entscheidungen, welche die Zukunftsbindung mit einer stillschweigenden Vereinbarung über die künftige Fortsetzung der Leistung begründeten.<sup>20</sup> Im Schrifttum ist dagegen die Begründung der Rechtsbindung mit der Lehre von der (außervertraglichen) Vertrauenshaftung nach wie vor weit verbreitet;<sup>21</sup> vielleicht wird jedoch allmählich die Begründung der Rechtsbindung aufgrund einer stillschweigenden Vereinbarung („Vertragslösung“) vorherrschend.<sup>22</sup> Die Vertragslösung bestimmt angesichts der gefestigten Rechtsprechung nicht nur seit nunmehr rund 30 Jahren die Praxis.<sup>23</sup> Die Zukunftsbindung aufgrund wiederholten Gewährens lässt sich auch mit Überzeugungskraft rechtsgeschäftlich begründen,<sup>24</sup> und die der Vertragslösung vorgehaltenen Gegenargumente sind nicht stichhaltig genug, um die Erforderlichkeit des Ausweichens auf einen noch problematischeren rechtsdogmatischen Sonderweg zu rechtfertigen.

#### 1. Vertrauenshaftung?

##### a) Skizze

Im Lauf der Zeit sind zu der Frage der Rechtsbindung durch Betriebsübung eine ganze Reihe von Begründungen gegeben worden, von denen einige in neuerer Zeit wieder aufgegriffen worden sind.<sup>25</sup> Im Vordergrund des rechtswissenschaftlichen Diskurses stehen jedoch die „Vertragslösung“ und die „Vertrauenslösung“, auf die die folgenden Überlegungen konzentriert sein sollen.

Die seit den 1960er-Jahren insbesondere von *Canaris*<sup>26</sup> vertretene Lehre von der Vertrauenshaftung bildet neben der privatautonomen rechtsgeschäftlichen Verpflichtung und der Haftung kraft Gesetzes ein eigenständiges drittes Haftungsprinzip. Es soll damit eine Lücke geschlossen werden, die sich auch im Zusammenhang mit

<sup>20</sup> Näher *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 5 ff. (32 ff.).

<sup>21</sup> Siehe stellvertretend *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *Seiter*, Die Betriebsübung, 1967; *Singer*, in: FS *Canaris*, Bd. I, 2007, 1467 ff.; *Zöllner*, in: FS *Canaris*, Bd. I, 2007, 1519 ff. Aufschlussreiche Zusammenfassung bei *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 78 ff. m. Nachw.

<sup>22</sup> Dafür zuletzt etwa *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 187 ff. m. zahlr. Nachw.; *Preis/Genenger*, JbArbR 47 (2010), 93 ff. (mit sehr kritischer Einschätzung der betrieblichen Übung).

<sup>23</sup> Die Vertragslösung hat von jeher überwogen. Ständige Rechtsprechung des BAG ist sie, seit der BGH auf das Vorliegen eines Erklärungsbewusstseins bei der Willenserklärung verzichtet, BGHZ 91, 324 (329 f.).

<sup>24</sup> Eingehend zuletzt *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 187 ff. Zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, RdA 2006, 257 (259 ff.). Dagegen *Zöllner*, in: FS *Canaris*, Bd. I, 2007, 1519 (1524 ff.).

<sup>25</sup> Zu allem *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 9–185.

<sup>26</sup> *Canaris*, JZ 1965, 478 ff.; *ders.*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; *ders.*, in: FS 50 Jahre BGH, 2000, 129 ff.

der Frage der Rechtsbindung durch betriebliche Übung zeige. Kurz zusammengefasst:<sup>27</sup> Bei der betrieblichen Übung komme die rechtsgeschäftliche Begründung einer Zukunftsbindung des Arbeitgebers nicht in Betracht. Für jeden Arbeitnehmer sei der fehlende Verpflichtungswille des Arbeitgebers objektiv erkennbar. Ein Arbeitgeber wolle sich, wenn er freiwillig Sonderleistungen erbringt, nicht binden, sondern flexibel bleiben. Es widerspreche der Lebenserfahrung, dass ein Arbeitgeber ohne Gegenleistung auf den freiwilligen Charakter seiner Gewährung verzichten und Pflichten für die Zukunft eingehen wolle. Wäre das seine Absicht, würde der Arbeitgeber eine entsprechende ausdrückliche Erklärung abgeben. Die Annahme eines Verpflichtungswillens sei Fiktion.<sup>28</sup> Da man jedoch eine rechtsethische Notwendigkeit der Zukunftsbindung bejaht,<sup>29</sup> prüft und bejaht die Lehre eine Zukunftsbindung aufgrund der Enttäuschung von in Anspruch genommenem Vertrauen, welche zu einer Leistungspflicht führe. Über die autonome rechtsgeschäftliche Selbstbindung (an der es hier fehle) hinaus bestehe insoweit eine Selbstverantwortung.<sup>30</sup> Es geht dabei rechtlich um den Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium* (§ 242 BGB). Meist wird von den Vertretern der Vertrauenshaftung dem Institut der Verwirkung im Zusammenhang mit dem Phänomen der betrieblichen Übung der Begriff der Erwirkung gegenübergestellt.<sup>31</sup>

Im Einzelnen ist auf dieser rechtsdogmatischen Grundlage, kurz zusammengefasst, für die Annahme einer Zukunftsbindung durch betriebliche Übung erforderlich, dass der Arbeitgeber zurechenbar einen Vertrauenstatbestand setzt und dieser zu schutzwürdigem Vertrauen und einer entsprechenden Investition in Vertrauen beim Arbeitnehmer führt. Der Vertrauenstatbestand wird dabei in der mehrmaligen Wiederholung der Verhaltensweise gesehen, die beim Arbeitnehmer zu einem Vertrauen auf die konsequente Fortsetzung des Verhaltens führe. Entscheidend ist also die unabhängig von einem rechtsgeschäftlichen Willen des Arbeitgebers bestehende berechnete Erwartung beim Arbeitnehmer, der Arbeitgeber werde sich konsequent verhalten. Auf dieser Basis wird zum Teil eine Konkretisierung nach Fallgruppen vorgeschlagen.<sup>32</sup> Damit verbindet sich zugleich die Möglichkeit einer Feinjustierung des Vertrauensschutzes im Hinblick auf Art und Ausmaß, über die die Vertragslösung in der Tat nicht verfügt; bei ihr steht und fällt die Rechtsbindung in der von der Rechtsprechung praktizierten Anwendung mit der Entscheidung für oder gegen den Verpflichtungswillen.

## b) Kritikpunkte

Die Lehre von der Vertrauenshaftung findet in dem Phänomen der betrieblichen Übung einen wesentlichen Prüfstein. Am Prüfstein der betrieblichen Übung zeigen

<sup>27</sup> Ausführliche Darstellung bei Chr. Picker, Die betriebliche Übung, 2011, 78 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 257 f.; Seiter, Die Betriebsübung, 1967, 89 f.; Singer, ZfA 1993, 487 (492); ders., in: FS Canaris, Bd. I, 2007, 1467 (1469).

<sup>29</sup> Siehe Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 266 ff., 271, 389 f.

<sup>30</sup> Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 440 ff.

<sup>31</sup> Zuerst Hanau, AcP 165 (1965), 220 (261); siehe ferner Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 381 f., 386 ff., 403 ff., allgemein zur Erwirkung 268 ff., 372 ff.; Seiter, Die Betriebsübung, 1967, 94 f.; Singer, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, 1467 (1473).

<sup>32</sup> Singer, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, 1467 (1474 ff.).

sich aber auch verbliebene grundsätzliche Fragen an die Lehre, die zu nicht ausgeräumtem Zweifel an ihr führen.<sup>33</sup> Etwas pointiert zusammengefasst, schiebt bei der betrieblichen Übung die Lehre von der Vertrauenshaftung, nachdem sie Schwächen der rechtsgeschäftlichen Begründung der Zukunftsbindung zusammengetragen hat, das Problem in eine rechtsdogmatische Schöpfung weiter, die ersichtlich arm an rechtlichen Maßstäben aus dem formulierten Gesetzesrecht und den in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Rechtsregeln ist und die letzten Endes in dem aus Treu und Glauben folgenden Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium* ihren rechtlichen Bezugspunkt findet, aus dem sie eine Leistungspflicht ableitet. Damit ist man zugleich beweglich darin, Kriterien zu finden, die der Interessenlage inhaltlich gerecht werden, sodass sich auch die Rechtsfolgen der prinzipiell angenommenen Bindung beweglich gestalten lassen.

Das lässt sich nicht endgültig kritisieren, führt aber zurück zu der Frage, ob nicht doch der richtige Weg zur Lösung über die etwas verschlungenen Pfade der Rechtsgeschäftslehre mit ihren entwickelten Maßstäben führt. Die Rechtsgeschäftslehre bildet den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes in ihrem praktizierten normativ objektiven Verständnis<sup>34</sup> in einer im Recht vorgezeichneten Weise ab, die bei der Rechtsanwendung zu beachten ist. Wenn auch zuzugeben ist, dass die eigentlichen Motive für die Annahme einer Rechtsbindung bei betrieblichen Übungen außerhalb des rechtsgeschäftlichen Willens liegen,<sup>35</sup> bleibt die Auslagerung der Problembewältigung in ein allgemeines Rechtsprinzip des Vertrauensschutzes zu vage begründet. Die Argumente liegen im Wesentlichen in bestehenden oder vermeintlichen Schwächen der rechtsgeschäftlichen Begründung der Zukunftsbindung. Weshalb aber, wenn eine rechtsgeschäftliche Rechtsbindung zu verneinen sein soll, eine zwischen rechtsgeschäftlicher Bindung und deliktischer Haftung angesiedelte eigenständige Rechtsfigur begründet sein soll, bleibt schwer zu untermauern und wird gegen Einwände<sup>36</sup> nicht genug abgesichert. Mit den Bedenken gegenüber der Grundüberlegung der Lehre verbindet sich, dass aus der Rechtsordnung verlässlich ableitbare rechtliche Maßstäbe für die Beantwortung der Frage fehlen, unter welchen Voraussetzungen Vertrauen auf konsequentes Verhalten im rechtsgeschäftlichen Verkehr<sup>37</sup> rechtlich schutzwürdig sei.

Die dafür unter anderem aufgeführten<sup>38</sup> Bestimmungen der §§ 122 und 179 BGB begründen dies nicht.<sup>39</sup> Hier erklärt das Gesetz rechtsgeschäftlich veranlassetes Vertrauen ausdrücklich für schutzwürdig. Dies ist jedoch nicht Ausdruck eines allgemeinen Prinzips des Vertrauensschutzes, sondern angebunden an rechtsge-

<sup>33</sup> Diese liegen *meinem* Beitrag RdA 2006, 257 zugrunde, worauf *Zöllner*, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, 1519 (1529), hinweist. Dies konnte dort nur angedeutet werden, der Schwerpunkt des Vortrags und der ihn abbildenden Veröffentlichung lag auf der Prüfung der die Praxis bestimmenden Vertragslösung des BAG und der Auseinandersetzung mit ihren Konsequenzen (siehe dort 264, 265 ff.).

<sup>34</sup> Vgl. *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 94 ff., 108 ff.

<sup>35</sup> Vgl. *Seiter*, Die Betriebsübung, 1967, 60 m. Nachw. in Fn. 236.

<sup>36</sup> Zu den mit dem Phänomen der betrieblichen Übung verbundenen Einwänden zuletzt *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 78–117 m. zahlr. Nachw.

<sup>37</sup> Siehe *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 352 ff., 396 ff.; *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, 77 ff.; *ders.*, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, 1447 (1472).

<sup>38</sup> Siehe zuletzt *Singer*, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, 1467 (1472 f.).

<sup>39</sup> Vgl. *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 94 ff. m. Nachw.

schäftliches Handeln, welches nur nicht zu der angestrebten gültigen Bindung führt. Die allgemeine Anknüpfung der Leistungspflicht an ein einseitiges Verhalten lässt sich damit nicht stützen, sie steht auch nicht in Einklang mit der im Bürgerlichen Recht durchgehend verwirklichten Vertragskonzeption.<sup>40</sup> Wenn sich auch Kriterien finden lassen, die der Interessenlage inhaltlich gerecht werden<sup>41</sup>, lassen sich die gebildeten Maßstäbe aus der Rechtsordnung jedoch nicht verlässlich ableiten.<sup>42</sup> Alle in der letzten Zeit vorgelegten arbeitsrechtlichen Lösungsansätze, die „vernünftige“ Kriterien für eine ausgleichende Lösung des Problems zwischen Rechtsbindung und Erhalt von Flexibilität suchen,<sup>43</sup> setzen eine nicht geringe rechtssystematische Großzügigkeit voraus, die man genauso gut der Vertragslösung zueignen könnte. Dass bei Lösungen, die eigenen Modellen folgen, weniger Hindernisse auftauchen als bei der an die Rechtsgeschäftslehre gebundenen Vertragslösung, erscheint nicht als Vorzug, denn solche „Hindernisse“, wie sie die Vertragslösung zu überwinden hat, bringen rechtliche Wertungen zum Ausdruck, die Geltung beanspruchen. Wenn diese Wertungen, zu denen die prinzipielle Möglichkeit der Anfechtung<sup>44</sup> gehört, an den Vertrag geknüpft sind, liegt dies daran, dass die Privatrechtsordnung die Leistungspflicht jenseits gesetzlicher Schuldverhältnisse auf der privatautonomen Gestaltung durch Rechtsgeschäft aufbaut. Letztlich geht es darum, *weshalb rechtlich vertraut werden darf*. Ein Widerspruch bleibt in diesem Zusammenhang darin bestehen, dass nach der Lehre von der Vertrauenshaftung einerseits der *fehlende Bindungswille* des Arbeitgebers erkennbar sein soll, gleichwohl der Arbeitnehmer auf den Bestand der Gewährung (im Vertrauen auf konsequentes Verhalten im rechtsgeschäftlichen Verkehr) soll vertrauen dürfen. Bei allem fällt auf, dass ausgerechnet der Wille für die Frage der rechtlichen Bindung nichts hergeben soll.

Ein erheblicher Einwand besteht schließlich darin, dass die Lehre von der Vertrauenshaftung unter dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung den Erfüllungsanspruch zuerkennt.<sup>45</sup> Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass sich der Rechtsordnung eine Erwirkung als spiegelbildliche Erscheinung zur Verwirkung nicht entnehmen lässt.<sup>46</sup> Während es bei der Verwirkung um die rechtsmissbräuchliche Ausübung einer Rechtsposition geht, wäre mit der Erwirkung die Begründung einer Pflicht verbunden. Widersprüchliches Verhalten kann gemäß § 242 BGB dazu führen, dass ein bestehendes Recht nicht mehr ausgeübt werden kann. Das ist etwas anderes als die Entstehung einer Leistungspflicht. Nach dem Bürgerlichen

<sup>40</sup> Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, 576.

<sup>41</sup> Siehe etwa Singer, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, 1467 (1475 ff.).

<sup>42</sup> Vgl. Henssler, FS 50 Jahre BAG, 2004, 683 (690); Chr. Picker, Die betriebliche Übung, 2011, 102 f.

<sup>43</sup> Siehe stellvertretend Bepler, RdA 2004, 226 (236 ff.); ders., RdA 2005, 323 (327 ff.); Henssler, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, 683 (690); Thüsing, NZA 2005, 718 ff. (der einen normativen Erklärungsansatz wiederbeleben möchte).

<sup>44</sup> Chr. Picker, Die betriebliche Übung, 2011, 72 ff.; Waltermann, RdA 2006, 257 (265).

<sup>45</sup> Kritisch zuletzt insbesondere Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, 7 ff., 52 ff.; Chr. Picker, Die betriebliche Übung, 2011, 104 ff., jeweils m. Nachw. zum hier vertretenen Standpunkt Waltermann, RdA 2006, 257 (264). Dagegen Zöllner, in: FS Canaris, Bd. I, 2007, 1519 (1529 ff.) Siehe grundsätzlich Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 301 ff., 521 ff.

<sup>46</sup> Vgl. Wiedemann, NJW 1968, 769 (772).



Recht führt Vertrauen unter der Geltung privatautonomer Vertragsfreiheit im Prinzip nicht zu einer Leistungspflicht.<sup>47</sup> Nach dem Bürgerlichen Recht begründet Vertrauen nur Ansprüche auf Ersatz des Vertrauensschadens, wie die Vorschriften der §§ 122, 311 Abs. 2 BGB zeigen. Die gemäß § 119 Abs. 1 BGB eröffnete Anfechtung verdeutlicht, dass der Rechtsverkehr unter den dort bestimmten Voraussetzungen gerade nicht darauf vertrauen kann, dass die Willenserklärung Bestand habe. Der Anfechtende darf sich zu seinem nach außen erkennbar gewordenen Verhalten in Widerspruch setzen. Genau damit entgeht er seiner Verpflichtung, unter den Voraussetzungen des § 122 BGB verbleibt dem Erklärungsempfänger lediglich der Anspruch auf das negative Interesse. Dass das BGB in bestimmten Ausnahmefällen<sup>48</sup>, überwiegend durch Fiktion einer Willenserklärung, einen vom privatautonomen Willen unabhängigen Erfüllungsanspruch vorsieht, ist mit bestimmten tatbestandlichen Voraussetzungen verbunden und nicht verallgemeinerungsfähig.<sup>49</sup>

Unter dem Strich erscheint es überzeugend, wenn eine Erfüllungshaftung aufgrund außervertraglicher Vertrauenshaftung, auch im Zusammenhang mit dem Phänomen der betrieblichen Übung, verbreitet verneint wird.<sup>50</sup>

## 2. Vertragslösung

Weder die Vertragslösung noch die Lehre von der Vertrauenshaftung können am Ende unangreifbar erklären, weshalb Arbeitnehmer die Weihnachtsgabe bekommen, der Postbote jedoch nicht. Das hat zuletzt die eingehende Untersuchung von *Chr. Picker* verdeutlicht, der zu einer nur eingeschränkten Verpflichtung des Arbeitgebers gelangt.<sup>51</sup> Man wird darüber immer streiten können, ob aus der Empfängersicht der Arbeitgeber sich dauerhaft an sein Leistungsverhalten binden will. Es erscheint jedoch vorzugswürdig, den der Sache nach im Hintergrund stehenden Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, soweit man Schutz für begründet erachtet, vertragsrechtlich und damit auf den eingetretenen Pfaden zur Geltung zu bringen.<sup>52</sup> Bei der Auslegung der empfangsbedürftigen Willenserklärung sind die Selbstbestimmung des Erklärenden und der Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers in der Weise zum Ausgleich gebracht, dass vom Empfängerhorizont auf den Geschäftswillen geschlossen wird, wenn nicht der Erklärungsempfänger weiß, was der Erklärende wirklich will (sodass ungeachtet der Erklärung das Gewollte gilt). Den Ausgangspunkt bildet dabei die Erklärung, auf die angewiesen ist, wer einen Willen nicht nur in Selbstbestimmung bilden, sondern

<sup>47</sup> Ebenso in unserem Zusammenhang insb. *Henssler*, in: FS 50 Jahre BAG, 683 (687 f.); *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 108 ff.; grds. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, 123.

<sup>48</sup> Dazu *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 109 f.

<sup>49</sup> Vgl. *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, 123 f.

<sup>50</sup> Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, 133; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, 420 ff.; *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, 1989, 177 ff.; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608 (623 f.); instruktiv auch *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, 97 ff.; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, 52 ff., 335; *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 92 ff., 115 ff.

<sup>51</sup> Vgl. *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, 96 ff., 187 ff., 404 ff.

<sup>52</sup> Siehe näher zur hier skizzierten Lösung *Waltermann*, RdA 2006, 257 (261).