

## Informationsblatt

# Betriebliche Übung

### I. Überblick

Sei es hinsichtlich der Zahlung von Weihnachtsgeld oder sonstiger Gratifikationen, aber auch der Transport zur Arbeitsstelle oder die Handhabung der Urlaubsübertragung, im betrieblichen Alltag entwickeln sich häufig Gewohnheiten und Bräuche. Bei regelmäßigem Wiederholen dieser Verhaltensweisen kann eine so genannte betriebliche Übung entstehen. Diese kann, auch ohne einen entsprechenden Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers, zu vertraglichen Ansprüchen führen.

Dieses Informationsblatt soll Ihnen einen Überblick über die betriebliche Übung geben.

### II. häufige Fragen

#### 1. Was versteht man unter einer betrieblichen Übung?

In diesem Zusammenhang sind die eigentliche betriebliche Übung und die sich daraus ergebenden Ansprüche zu unterscheiden. Das regelmäßige Wiederholen bestimmter Verhaltensweisen (die eigentliche betriebliche Übung) stellt ein Vertragsangebot des Arbeitgebers dar, welches von dem Arbeitnehmer stillschweigend angenommen wird. Somit begründen sich vertragliche Ansprüche aus betrieblicher Übung.

#### 2. Wann entsteht eine betriebliche Übung?

Die betriebliche Übung entsteht allein durch ein regelmäßiges Wiederholen bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers. Auf einen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers kommt es dabei nicht an. Maßgeblich ist allein, ob die Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger das Verhalten des Arbeitgebers so verstehen durften, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig auf Dauer gewährt werden sollen.

### **3. Gibt es allgemein anwendbare Beispielfälle betrieblicher Übungen?**

Wann eine betriebliche Übung vorliegt, lässt sich grundsätzlich nicht verallgemeinern sondern ist anhand des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen.

Lediglich für Sonderzuwendungen, wie beispielsweise Weihnachtsgeld, besteht der Grundsatz, dass ein Anspruch erworben wird, wenn die Leistungen in drei aufeinander folgenden Jahren vorbehaltlos und in gleichbleibender Höhe gewährt werden.

### **4. Kann man das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern?**

Grundsätzlich sollten freiwillige Leistungen auch unter den Vorbehalt der Freiwilligkeit gestellt werden. Mit Formulierungen wie „kein Rechtsanspruch für die Zukunft“ kann der Arbeitgeber so das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern. Eine weitere Möglichkeit liegt in der arbeitsvertraglichen Vereinbarung einer sog. doppelten Schriftformklausel. Weiterhin kann darauf geachtet werden, die Leistungen nicht regelmäßig oder nicht in der gleichen Höhe zu erbringen. Mangels gleichförmigen Verhaltens ist auch dann eine betriebliche Übung zu verneinen.

### **5. Wie können Ansprüche aus betrieblicher Übung beseitigt werden?**

Die durch die betriebliche Übung begründeten Ansprüche werden Inhalt des Arbeitsvertrages. Sie können somit nur mit Mitteln des Vertragsrechts geändert oder beseitigt werden. Der Arbeitgeber muss also auf eine einvernehmliche Vertragsänderung hinwirken oder notfalls eine Änderungskündigung aussprechen. Hat sich der Arbeitgeber das Recht zum Widerruf vorbehalten, kann er durch einseitige Erklärung die Ansprüche aus der betrieblichen Übung für die Zukunft beseitigen.

### **6. Können auch mit einer gegenläufigen betrieblichen Übung Ansprüche beseitigt werden?**

Nein! Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat insoweit seine Rechtsprechung geändert. Eine gegenläufige betriebliche Übung ist demnach grundsätzlich NICHT mehr geeignet, Ansprüche aus einer bestehenden betrieblichen Übung abzuändern oder zu beseitigen.

### III. Einzelheiten

Nach der in der Rechtsprechung vertretenen Vertragstheorie stellt das regelmäßige Wiederholen bestimmter Verhaltensweisen ein Vertragsangebot des Arbeitgebers dar, welches von dem Arbeitnehmer stillschweigend angenommen wird. Somit begründen sich vertragliche Ansprüche aus betrieblicher Übung.

#### 1. Begriff

Nach ständiger Rechtsprechung versteht man unter einer betrieblichen Übung die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus der die Arbeitnehmer schließen können, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig auf Dauer gewährt werden sollen.

#### 2. Entstehung einer betrieblichen Übung

Die betriebliche Übung entsteht allein durch ein regelmäßiges Wiederholen bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers. Auf einen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers kommt es dabei nicht an. Maßgeblich ist allein, wie die Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände verstehen durften.

##### a) gleichförmiges Verhalten

Die Entstehung einer betrieblichen Übung setzt also das regelmäßige Wiederholen bestimmter Verhaltensweisen voraus, welches auf einen Willen des Arbeitgebers auch zur zukünftigen Leistung schließen lässt.

Wann dies der Fall ist, lässt sich grundsätzlich nicht verallgemeinern sondern ist anhand des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen.

Lediglich für Sonderzuwendungen besteht der Grundsatz, dass ein Anspruch erworben wird, wenn die Leistungen in drei aufeinander folgenden Jahren vorbehaltlos und in gleichbleibender Höhe gewährt werden.

Verneint hat das BAG einen Anspruch aus betrieblicher Übung auch bei dreimaliger Weihnachtsgeldgewährung in unterschiedlicher Höhe, da die Arbeitnehmer wegen der wechselnden Höhe der Beträge erkennen mussten, dass sich der Arbeitgeber nur für das jeweilige Jahr binden will.

Ein Anspruch aus betrieblicher Übung scheidet demnach stets dann aus, wenn die Leistungshöhe nicht gleichförmig ist sondern wechselt.

Grundsätzlich kommt es entscheidend auf Art, Dauer und Intensität der Leistungen sowie auf die Zahl der Anwendungsfälle im Verhältnis zur Belegschaftsstärke an.

Ein Anspruch aus betrieblicher Übung wird umso eher in Betracht kommen, je bedeutsamer die Leistung für den Arbeitnehmer ist und je mehr die gewährte Vergünstigung als Gegenleistung für vom Arbeitnehmer erbrachte Leistung anzusehen ist.

#### **b) keine irrtümliche Leistungsgewährung**

Besteht eine anderweitige Rechtsgrundlage für die Leistungsgewährung, beispielsweise aufgrund eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung, muss der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass der Arbeitgeber lediglich diese Verpflichtung erfüllen will. Eine betriebliche Übung entsteht folglich nicht.

Nimmt der Arbeitgeber nun irrtümlich an, zur Leistung verpflichtet zu sein und erkennt der Arbeitnehmer, dass der Arbeitgeber sich lediglich normgemäß verhalten will, entsteht grundsätzlich kein Anspruch auf Weitergewährung der Leistungen aus betrieblicher Übung.

#### **c) kein Vorbehalt**

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich jedwede Bindungswirkung einer betrieblichen Übung für die Zukunft ausdrücklich ausschließen.

Der Arbeitgeber muss das Fehlen eines Rechtsbindungswillens zweifelsfrei deutlich machen.

Das Bundesarbeitsgericht hat hierfür Formulierungen wie „ ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ oder „kein Rechtsanspruch für die Zukunft“ empfohlen.

Die Bezeichnung als „freiwillige Sozialleistung“ ist hingegen NICHT ausreichend.

#### **d) Schriftformerfordernis**

Ein sich aus einem anzuwendenden Tarifvertrag oder arbeitsvertraglich vereinbartes Schriftformerfordernis kann Ansprüche aus betrieblicher Übung grundsätzlich ausschließen.

Dabei muss es sich zunächst um ein sog. konstitutives Schriftformerfordernis handeln. D.h. ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis muss die Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts zur Folge haben. Nach § 125 Satz 2 BGB ist davon im Zweifel auszugehen.

Weiterhin ist zwischen einfachen und doppelten Schriftformklauseln zu unterscheiden.

Einfache Schriftformklauseln wie „Vertragsänderungen bedürfen der Schriftform“ können durch schlüssiges Verhalten der Vertragsparteien abgeändert werden. Bei der betrieblichen Übung wird durch das regelmäßige Wiederholen bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers ein Erklärungstatbestand gesetzt, der auf einen Willen des Arbeitgebers auch zur zukünftigen Leistung schließen lässt. Dies legt nahe, dass auf das Schriftformerfordernis in diesem Fall verzichtet werden soll.

Einfache Schriftformklauseln vermögen somit das Entstehen von Ansprüchen aus betrieblicher Übung grundsätzlich nicht zu verhindern.

Doppelte Schriftformklauseln sind Regelungen, die Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrages ebenso wie den Verzicht auf das Schriftformerfordernis nur dann für wirksam erklären, wenn dies unter Einhaltung der Schriftform geschieht.

Im Gegensatz zu der einfachen Schriftformklausel kann hier also auf das Schriftformerfordernis nicht durch schlüssiges Verhalten verzichtet werden. Die Änderung der Schriftform muss grundsätzlich auch schriftlich vereinbart werden.

Damit ist die doppelte Schriftformklausel grundsätzlich geeignet, das Entstehen einer betrieblichen Übung zu verhindern. Die sich aufgrund schlüssigen Verhaltens begründete betriebliche Übung und die sich so ergebenden vertraglichen Ansprüche sind aufgrund der mangelnden Schriftform unwirksam.

Doch ACHTUNG! Doppelte Schriftformklauseln können nach aktueller Rechtsprechung des BAG unwirksam sein. Dies ist bereits schon dann der Fall, wenn Sie den generellen Vorrang der Individualabrede nicht berücksichtigen. Klauseln, die den Eindruck erwecken jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede sei unwirksam, sind irreführend und damit unwirksam. Denn nach § 305 b BGB haben individuelle Vertragsabreden (also auch im gegenseitigen Einverständnis abgegebene mündliche Vereinbarungen) Vorrang, sie setzen sich also gegenüber den durch AGB vereinbarten doppelten Schriftformklauseln durch.

### **e) Ansprüche aus betrieblicher Übung bei Neueinstellungen**

Eine begünstigende betriebliche Übung kommt grundsätzlich den Arbeitnehmern zugute, mit denen unter Geltung der Übung ein Arbeitsverhältnis begründet wird.

Die betriebliche Übung kommt also grundsätzlich auch Neueinstellungen zugute.

Soll der neu eingestellte Arbeitnehmer von der betrieblichen Übung ausgenommen werden, muss dies bereits im Arbeitsvertrag oder spätestens bei Arbeitsaufnahme deutlich gemacht werden.

Eine für den neu eingestellten Arbeitnehmer ungünstige betriebliche Übung muss dieser gegen sich gelten lassen, wenn dies vertraglich so vereinbart worden ist oder sie ihm bei Abschluss des Vertrages bekannt war und davon auszugehen ist, dass er in sie einwilligt.

### **3. Beseitigung einer Betrieblichen Übung**

Die durch die betriebliche Übung begründeten Ansprüche werden Inhalt des Arbeitsvertrages. Sie können somit nur mit Mitteln des Vertragsrechts geändert oder beseitigt werden.

Selbst das Bestehen einer wirtschaftlichen Notlage berechtigt den Arbeitgeber nicht zu einer einseitigen Beseitigung der betrieblichen Übung.

#### **a) durch einvernehmliche Vertragsänderung oder Änderungskündigung**

Um die Ansprüche aus betrieblicher Übung zu beseitigen muss der Arbeitgeber also auf eine einvernehmliche Vertragsänderung hinwirken oder notfalls eine Änderungskündigung aussprechen.

#### **b) ablösende bzw. gegenläufige betriebliche Übung**

Nach früherer Rechtsprechung des BAG konnten die durch eine betriebliche Übung begründeten Ansprüche durch eine gegenläufige betriebliche Übung ersetzt oder aufgehoben werden.

ACHTUNG! Das BAG hat insoweit seine Rechtsprechung geändert. Eine gegenläufige betriebliche Übung ist demnach grundsätzlich NICHT mehr geeignet Ansprüche aus einer bestehenden betrieblichen Übung abzuändern oder zu beseitigen.

### c) Widerruf

Hat sich der Arbeitgeber das Recht zum Widerruf vorbehalten, kann er durch einseitige Erklärung die Ansprüche aus der betrieblichen Übung für die Zukunft beseitigen. Der Widerruf muss jedoch der Billigkeit entsprechen und unterliegt der gerichtlichen Kontrolle.

## IV. Aktuelles zum Thema

- **Der Anspruch auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung wird nicht durch eine gegenläufige betriebliche Übung aufgehoben oder abgeändert.** Dies entschied das BAG in seinem Urteil vom 18.03.2009 (10 AZR 281/08) unter Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung. Zugrunde lag der Fall eines Arbeitnehmers, der seit 1971 bis 2005 Weihnachtsgeld von seinem Arbeitgeber erhielt. In den letzten drei Jahren enthielt die Lohnabrechnung den Vermerk „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch“. Im Jahr 2006 wurde kein Weihnachtsgeld gezahlt. Der Arbeitnehmer machte nun Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung auch für das Jahr 2006 geltend. Das BAG gab ihm Recht. Der Anspruch auf Weihnachtsgeld aus vorbehaltloser betrieblicher Übung kann nur durch eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer oder durch Kündigung unter Vorbehalt gestellt, verschlechtert oder beseitigt werden. Eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme der Zahlung unter dem Freiwilligkeitsvorbehalt durch den Arbeitnehmer bewirkt nicht den Verlust des Anspruchs auf Weihnachtsgeld.
- **Doppelte Schriftformklauseln in AGB sind bereits schon dann unwirksam, wenn sie den generellen Vorrang der Individualabrede nicht berücksichtigen.** Dies entschied das BAG in seinem Urteil vom 20.05.2008 (9 AZR 382/07). Zugrunde lag der Fall eines Arbeitnehmers, der von Mai 2002 bis zum 31. März 2006 für die Beklagte als Büroleiter in China mit dortigem Wohnsitz beschäftigt war. Die Beklagte erstattete ihm und den anderen dort tätigen Mitarbeitern die Kosten für die Miete. Ab August 2005 verweigerte sie gegenüber dem mittlerweile gekündigten Kläger die Fortsetzung dieser Übung unter Berufung auf die im Arbeitsvertrag enthaltene Schriftformklausel. Nach dem Formulararbeitsvertrag bedürfen Änderungen und Ergänzungen des Vertrags sowie der Verzicht auf das Schriftformerfordernis der Schriftform. Der Arbeitnehmer machte nun die Erstattung der Miete für die angemietete Wohnung aus betrieblicher Übung geltend. Das BAG gab ihm Recht. Die Beklagte konnte sich nicht auf die Schriftformklausel berufen. Sie war zu weit gefasst und daher gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Sie erweckt den Eindruck, auch eine mündliche individuelle Vertragsabrede sei entgegen § 305 b BGB wegen Nichteinhaltung der Schriftform unwirksam.

## V. Praxistipp

Der Arbeitgeber ist in jedem Fall gut beraten freiwillige Leistungen auch unter den Vorbehalt der Freiwilligkeit zu stellen. Mit Formulierungen wie „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ oder „kein Rechtsanspruch für die Zukunft“ kann der Arbeitgeber so das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern.

Zu beachten sind im Zusammenhang mit der betrieblichen Übung vor allem auch die dargestellten zwei Urteile des BAG. Sie haben eine erhebliche Bedeutung für die betriebliche Praxis.

Zum einen das Urteil zur gegenläufigen betrieblichen Übung. Diese ist grundsätzlich nicht mehr geeignet Ansprüche aus betrieblicher Übung zu beseitigen.

Zum anderen das Urteil bezüglich der doppelten Schriftformklausel. Diese Schriftformklauseln sind in Standardarbeitsverträgen absolut gebräuchlich, in der bisherigen Form jedoch unwirksam.

Das BAG hat in seinem Urteil deutlich gemacht, dass es an einem generellen Verbot doppelter Schriftformklauseln in Arbeitsverträgen zweifelt. Es macht deutlich, dass derartige Klauseln zumindest für die betriebliche Übung gerechtfertigt sein können. Der Arbeitgeber hat schließlich ein anerkennenswertes Interesse daran, zu vermeiden, dass sein tatsächliches Verhalten ohne einen entsprechenden Rechtsbindungswillen zu einem vertraglichen Anspruch führt.

Eine doppelte Schriftformklausel, die nur Änderungen und Ergänzungen durch betriebliche Übung erfasst und NICHT auch ausdrückliche, mündliche Abreden, dürfte demnach einer gerichtlichen Prüfung standhalten.

Dieses Informationsblatt kann nur als erste Orientierung dienen. Es kann keinesfalls eine rechtliche Beratung im Einzelfall ersetzen. Für die Richtigkeit der in diesem Informationsblatt enthaltenen Angaben können wir trotz sorgfältiger Prüfung keine Gewähr übernehmen.

© Rechtsanwaltskanzlei Gregor Eibeck

Markt 16-09648 Mittweida

Tel: 037 27/ 99 60 28

Fax:037 27/ 99 60 29

Stand: August 2009

[kontakt@anwaltskanzlei-eibeck.de](mailto:kontakt@anwaltskanzlei-eibeck.de)