

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Voraussetzungen
4. Schweigen als Einverständnis
5. Rechtsprechungs-ABC
 - 5.1 Jubiläumszuwendung
 - 5.2 Neues Recht ab 01.01.2002
 - 5.3 Rentnerweihnachtsgeld - 1
 - 5.4 Rentnerweihnachtsgeld - 2
 - 5.5 Sonderzahlung

Information

1. Allgemeines

Der **Anspruch**, der durch eine Betriebsübung entstanden ist, konnte früher auch wieder durch eine Betriebsübung **untergehen**. Die Rechtsprechung hatte dazu das Rechtsinstitut der gegenläufigen betrieblichen Übung entwickelt. Das setzte allerdings zwingend voraus, dass für den Anspruch **keine andere Rechtsgrundlage** infrage kam. Sonst griff die Gegenläufigkeit nicht, weil durch eine gegenläufige Betriebsübung auch nur die Ansprüche untergehen können, die durch eine Betriebsübung entstanden sind.

Wichtig:

Durch die große **Schuldrechtsreform** kam ab dem 01.01.2002 ein neuer § 308 Nr. 5 BGB ins Bürgerliche Gesetzbuch: *"In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam 5. (Fingierte Erklärungen) eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen"*.

Das **BAG** sagt dazu: "Hat ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer jahrelang vorbehaltlos Weihnachtsgeld gezahlt, wird der **Anspruch** des Arbeitnehmers auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung nicht dadurch aufgehoben, dass der Arbeitgeber später bei der Leistung des Weihnachtsgeldes erklärt, die Zahlung des Weihnachtsgeldes sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch, und der Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widerspricht" (BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 - Leitsatz 1.).

Praxistipp:

Der Arbeitgeber tut gut daran, erst gar keine betriebliche Übung entstehen zu lassen. Egal, was er an zusätzlichen Leistungen gewährt: Die Bedingungen, unter denen die Leistung erfolgt, sollten auf alle Fälle definiert und schriftlich festgehalten sein. Für einen Freiwilligkeitsvorbehalt genügt nach BAG (18.03.2009 - 10 AZR 289/08), schon der Satz *"Diese Zahlung ist einmalig und schließt zukünftige Ansprüche aus"*. Er schließt das Entstehen einer betrieblichen Übung wirksam aus.

Und weiter sagt das **BAG**: "Erklärt ein Arbeitgeber unmissverständlich, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Weihnachtsgeldzahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht, kann nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 nach § 308 Nr. 5 BGB eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme der Zahlung durch den Arbeitnehmer nicht mehr den Verlust des Anspruchs auf das Weihnachtsgeld bewirken" (BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 - Leitsatz 2.). Damit hat sich das **BAG** ausdrücklich **von seiner früheren Rechtsprechung** zur gegenläufigen betrieblichen Übung - BAG, 04.05.1999 - 10 AZR 290/98) **verabschiedet**.

Praxistipp:

Wenn eine einmal entstandene betriebliche Übung nach der zitierten BAG-Entscheidung nicht mehr durch Gegenläufigkeit beseitigt werden kann, bleibt dem Arbeitgeber nur die Wahl, die betriebliche Übung einvernehmlich zu beseitigen. Er muss sich mit seinem Arbeitnehmer darauf verständigen, dass der sein Arbeitsverhältnis nun zu geänderten Arbeitsbedingungen fortsetzt. Alternativ wäre - mit den bekannten Schwierigkeiten - an eine Änderungskündigung zu denken.

Es bleibt abzuwarten, wie sich das Urteil in der **Praxis** auswirkt. Die nachfolgenden Passagen dieses Stichworts sind unter **Beachtung der neuen BAG-Rechtsprechung** zu lesen.

2. Grundsatz

Ansprüche, die durch eine betriebliche Übung entstanden sind, sind **nicht für die Ewigkeit** angelegt. Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, die **Gestaltungsmittel des Arbeitsrechts**,

- Änderungsvereinbarung,
- Änderungskündigung,
- Aufhebungsvereinbarung und
- Beendigungskündigung

einzusetzen, um aus der Verpflichtung wieder herauszukommen (Betriebliche Übung - Änderung). Selbstverständlich klappt das nur, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Hat sich im Lauf der Jahre eine gegenläufige betriebliche Übung entwickelt, ist auch das ein Weg, von den durch eine vorherige Betriebsübung entstandenen Ansprüchen wegzukommen. Die **einfachere Lösung** wäre natürlich, die gewährten Leistungen von Anfang an unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen (Betriebliche Übung - Freiwilligkeitsvorbehalt).

3. Voraussetzungen

Das **Entstehen** einer gegenläufigen betrieblichen Übung setzt voraus,

- dass der Arbeitgeber erklärt, dass er ein bestimmtes Verhalten nicht mehr unverändert fortsetzt,
- die Arbeitnehmer dieser Erklärung über einen längeren Zeitraum nicht widersprechen und
- der Arbeitgeber das Schweigen seiner Mitarbeiter nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte als Annahme der geänderten betrieblichen Übung ansehen durfte,
- weil er davon ausgehen konnte, dass die Arbeitnehmer der Änderung widersprochen hätten, wenn sie damit nicht einverstanden gewesen wären (BAG, 24.11.2004 - 10 AZR 202/04 ; BAG, 26.03.1997 - 10 AZR 612/96).

Die neue betriebliche Übung muss zumindest **stillschweigend Inhalt des Arbeitsvertrags** geworden sein (BAG, 26.03.1997 - 10 AZR 612/96).

Praxistipp:

Die Arbeitsgerichte verlangen für die Erklärung des Arbeitgebers klare Worte. Wer sich von einer betrieblichen Übung verabschieden und gleichzeitig verhindern will, dass seine Mitarbeiter durch zu eindeutige Worte davon etwas merken, wird am Ende feststellen, dass genau das der Fehler war. Es

muss für die begünstigten Mitarbeiter hinreichend deutlich werden, was für sie in Zukunft anders laufen soll. Unklarheiten gehen auch hier zulasten des Erklärenden.

Der einzelne Arbeitnehmer braucht sich der **Rechtserheblichkeit der widerspruchslosen Hinnahme** des ändernden Arbeitgeberverhaltens nicht bewusst zu sein. Es kommt darauf an, wie der Arbeitgeber das Verhalten verstehen musste (BAG, 26.03.1997 - 10 AZR 612/96). Das **Schweigen** stellt dann ein Einverständnis mit der Neuregelung dar und die geänderte Handhabung wird als geänderte betriebliche Übung Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge.

Nach der neueren BAG-Rechtsprechung - BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 - gibt es **keine gegenläufige betriebliche Übung** mehr (s. dazu die Ausführungen in der Einleitung).

4. Schweigen als Einverständnis

Grundsätzlich ist Schweigen **keine Willenserklärung**. Ein Vertrag kommt durch **Angebot und Annahme** zustande. Wer auf ein Angebot nicht reagiert, nimmt es nicht an.

Der Grundsatz, dass Schweigen keine Willenserklärung ist, gilt umso mehr, wenn die beabsichtigte **Rechtsfolge** für den Erklärungsempfänger nachteilig sein soll. Hier kann man nicht ohne Weiteres unterstellen, dass der andere damit einverstanden ist.

Beispiel:

Arbeitgeber A sagt seinem Mitarbeiter, dass er ab sofort 4 EUR weniger Stundenlohn bekommt.
Arbeitgeber B sagt seinem Mitarbeiter, dass er das Urlaubsgeld von 1.000 EUR streicht. Arbeitgeber C sagt seinem Mitarbeiter, dass er seinen Jahresurlaub von 30 Werktagen auf 24 Werktagen kürzt.

§ 151 BGB regelt, dass ein Vertrag auch **ohne Annahmeerklärung** zustande kommt, wenn eine Erklärung der Annahme nach der **Verkehrssitte** nicht zu erwarten ist oder der Erklärende darauf verzichtet. Das betrifft in erster Linie Angebote, die für den Erklärungsempfänger günstig sind.

Beispiel:

Arbeitgeber A sagt seinem Mitarbeiter, dass er ab sofort monatlich 200 EUR mehr Gehalt bekommt.
Arbeitgeber B sagt seinem Mitarbeiter, dass er in diesem Jahr eine Weihnachtsgratifikation von 500 EUR bekommt. Arbeitgeber C sagt seinem Mitarbeiter, dass er für seine Hochzeit drei Tage frei bekommt.

Ein Änderungsangebot des Arbeitgebers kann beispielsweise durch eine **widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit** angenommen werden (BAG, 01.08.2001 - 4 AZR 129/00). Selbstverständlich müssen bei der Bewertung alle **Umstände des Einzelfalls** berücksichtigt werden. Bei einer gegenläufigen betrieblichen Übung kann der Arbeitgeber davon ausgehen, dass das Schweigen seiner Mitarbeiter auf die geänderten Arbeitsbedingungen

- nach Treu und Glauben
- und nach der Verkehrssitte
- als Akzeptanz der geänderten betrieblichen Übung anzusehen ist,

weil er annehmen darf, dass seine Arbeitnehmer der Änderung widersprechen würden, wenn sie damit nicht einverstanden wären (BAG, 04.05.1999 - 10 AZR 290/98). Widerspricht der Arbeitnehmer nicht, wird die gegenläufige betriebliche Übung stillschweigend zum **Inhalt des Arbeitsvertrags**. Ein Widerspruch lässt den Plan des Arbeitgebers, eine gegenläufige Betriebsübung entstehen zu lassen, scheitern.

Im Anwendungsbereich des § 308 Nr. 5 BGB sind **fingierte Erklärungen** nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig. Haben die Parteien im Arbeitsvertrag nicht vereinbart, dass das **Schweigen des**

Arbeitnehmers zu einem Änderungsangebot des Arbeitgebers als Annahme des Angebots gilt, reicht selbst ein ausdrücklicher Hinweis des Arbeitgebers bei Zahlung einer Gratifikation nicht aus, dass eine **dreimalige widerspruchslose Annahme** der unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit geleisteten Zahlung zum Verlust des Rechtsanspruchs auf die Gratifikationszahlung führt (BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08).

Soll die an ein **Schweigen** geknüpfte **Fiktionswirkung** eintreten, muss

- dass zunächst von den Vertragsparteien **vereinbart** worden sein,
- zudem muss sich der Klauselverwender **verpflichtet** haben, seinen Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Schweigens **besonders hinzuweisen**,
- schließlich muss der erforderliche **Hinweis** dann auch tatsächlich und in einer **Form** gegeben werden, die unter normalen Umständen die **Kenntnisnahme** verbürgt.

Gibt der Klauselverwender den Hinweis, hat er sich aber dazu vertraglich nicht verpflichtet, tritt **keine Erklärungsfiktion** ein. Das Gleiche gilt auch bei einem unterbliebenen Hinweis auf eine vereinbarte Erklärungsfiktion (BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08).

5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle sind in alphabetischer Reihenfolge **nach Stichwörtern geordnet** einige der wichtigsten **Entscheidungen** zum Thema Betriebliche Übung - Gegenläufigkeit hinterlegt (wobei die **vor dem 18.03.2009** getroffenen Entscheidungen nur noch für die **alte Rechtslage** Gültigkeit beanspruchen, s. Gliederungspunkt 1.).

5.1 Jubiläumszuwendung

Eine betriebliche Übung entsteht dadurch, dass der Arbeitgeber allen Mitarbeitern **über zehn Jahre hinweg** nach zehnjähriger Betriebszugehörigkeit vorbehaltlos in gleich bleibender Höhe eine Jubiläumszuwendung zahlt. Die in diesem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer bekommen dann durch diese betriebliche Übung einen vertraglichen **Anspruch auf diese Sonderzahlung**. Verringert der Arbeitgeber im Anschluss daran generell die Höhe der Jubiläumszuwendung ab einem bestimmten Jahr und verlangt ein Mitarbeiter, der in demselben Jahr sein zehnjähriges Betriebsjubiläum begeht, die **Sonderzahlung in der vorherigen Höhe**, wird dadurch das Entstehen einer gegenläufigen betrieblichen Übung verhindert (BAG, 28.05.2008 - 10 AZR 274/07).

5.2 Neues Recht ab 01.01.2002

Wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern erklärt, dass die bisherige **betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Gratifikationszahlung** beendet und durch eine Leistung ersetzt wird, auf die **in Zukunft kein Rechtsanspruch** mehr besteht, und ist diese Erklärung als Änderungsangebot zu verstehen, liegt eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung im Sinn des § 305 Abs. 1 BGB vor. Die Annahme, durch eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme einer vom Arbeitgeber ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation werde die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gratifikationszahlung beendet, ist mit dem **Klauselverbot für fingierte Erklärungen** in § 308 Nr. 5 BGB nicht zu vereinbaren (BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08).

5.3 Rentnerweihnachtsgeld - 1

Soweit Ansprüche durch eine betriebliche Übung entstehen können, können sie durch eine gegenläufige Betriebsübung auch wieder genommen werden. Um Wirkung zu haben, muss von Seiten des Versorgungsschuldners jedoch ein eindeutiges verschlechterndes **Änderungsangebot** kommen. Dieses Änderungsangebot kann nicht darin gesehen werden, dass der Arbeitgeber wegen wirtschaftlicher Notlage bloß die dem Betriebsrentner erteilte Versorgungszusage widerruft (LAG Düsseldorf, 11.03.2004 - 11 Sa 1851/03).

5.4 Rentnerweihnachtsgeld - 2

Vertragliche Ansprüche von Arbeitnehmern, die auf Grund einer bisherigen betrieblichen Übung entstanden sind, können unter anderem dann durch eine gegenläufige oder abändernde neue betriebliche Übung eingeschränkt oder beseitigt werden, wenn diese Neuregelung zumindest stillschweigend Inhalt der Arbeitsverträge geworden ist. Das setzt voraus, dass der Arbeitgeber ein **Schweigen der Arbeitnehmer** oder Betriebsrentner auf die geänderte betriebliche Übung nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte als Annahme der geänderten betrieblichen Übung ansehen durfte, weil er davon ausgehen konnte, dass sein Mitarbeiter der **Änderung widersprechen** würde, wenn er mit ihr nicht einverstanden ist. Sagt der Arbeitgeber in einem Begleitschreiben, er werde *"wie schon bisher"* ein Rentnerweihnachtsgeld zahlen, beginnt er damit keine gegenläufige betriebliche Übung, sondern deutet eher darauf hin, dass sich an dem bisherigen Zustand nichts ändern wird - und das ist kein Änderungsangebot, das angenommen werden kann (BAG, 31.07.2007 - 3 AZR 189/06).

5.5 Sonderzahlung

Ist in einem Arbeitsvertrag durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag eine Sonderzahlung vereinbart, kann der Anspruch darauf nur durch **Kündigung oder Vertrag** verschlechtert, beseitigt oder unter Vorbehalt gestellt werden. Die Grundsätze einer gegenläufigen betrieblichen Übung sind nur in den Fällen anwendbar, in denen auch der Anspruch durch eine betriebliche Übung entstanden ist. Das wiederum ist nur der Fall, wenn es für die Gewährung der Leistung keine kollektiv- oder individualrechtliche Grundlage gibt (BAG, 24.11.2004 - 10 AZR 202/04).