

# Die betriebliche Übung

## I. Voraussetzungen

Gratifikationen sind grundsätzlich freiwillige Leistungen, die aber zur arbeitsvertraglichen Vergütung gerechnet werden (BAG AP Nr. 1, 4 zu § 611 BGB Gratifikation). Obwohl die Gratifikation freiwillig ist, kann sich nach den Grundsätzen der **betrieblichen Übung** ein Rechtsanspruch auf die Zahlung der Gratifikation ergeben. Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber **drei mal ununterbrochen** aufeinander folgend vorbehaltlos gezahlt hat. Dann kann der Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers die Zusage entnehmen, dieser wolle ihm die Gratifikation fortwährend gewähren. Will der Arbeitgeber die Bindung vermeiden, so muss er zum Ausdruck bringen, dass sie freiwillig und ohne Eingehung einer Rechtspflicht erfolgt (BAG NZA 1996, 1323; BAG NZA 1997, 1007, 1008).

Mangels Gleichförmigkeit entsteht keine betriebliche Übung, wenn der Arbeitgeber die Zahlungen jeweils in unterschiedlicher Höhe nach seinem Gutdünken leistet (Mertens/Schwartz DB 2001, 646, 647).

Ebenfalls keine betriebliche Übung entsteht wenn ein tarifungebunder Arbeitgeber in der Vergangenheit Löhne und Gehälter entsprechend der Tarifentwicklung erhöht. Die nicht vorhersehbare Dynamik der Lohnentwicklung und die hierdurch verursachten Personalkosten sprechen grundsätzlich gegen einen erkennbaren rechtsgeschäftlichen Willen des Arbeitgebers zu einer regelmäßigen Entgeltanhebung entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet.

Ob ein Anspruch bei einer wiederholten vorbehaltlosen Gewährung individueller Sozialleistungen (z.B. einer Jubiläumszuwendung) aus betrieblicher Übung entsteht, hängt von der Art, Dauer und Intensität der Leistungen ab. Hinsichtlich der Häufigkeit der erbrachten Leistungen kommt es auf die Zahl der Anwendungsfälle im Verhältnis zur Belegschaftsstärke an. Bei für den Arbeitnehmer weniger wichtigen Leistungen sind an die Zahl der Wiederholungen höhere Anforderungen zu stellen als bei bedeutsamen Leistungsinhalten (hierzu BAG NZA 2004, 1152; in diesem Fall hatte der Arbeitgeber über neun Quartale achtmal Jubiläumsgelder in jeweils identischer Höhe gezahlt. Bei einer Gesamtmitarbeiterzahl von 230 konnte jedoch keine betriebliche Übung entstehen).

## II. rechtliche Einordnung

### 1. Vertragstheorie

Nach h.L. und Rechtsprechung (BAG AP Nr. 2 und 6 zu § 611 Gratifikation) wird die betriebliche Übung **rechtsgeschäftlich** begründet. So könne man die Begriffe Rechtsgeschäft bzw. Willenserklärung ausweiten, indem man den subjektiven und objektiven Erklärungstatbestand minimalisierend auf ein schutzwürdiges Vertrauen des Erklärungsempfängers abstelle. Eine Willenserklärung könne auch in einem rein tatsächlichen Verhalten gesehen werden, wenn nur der Empfänger das Vorliegen einer Willenserklärung angenommen habe und annehmen durfte. Einer ausdrücklichen Annahmeerklärung bedürfe es wegen § 151 BGB nicht.

### 2. Vertrauenshaftungstheorie

Demgegenüber halten die Vertreter der Gegenmeinung (Canaris, Vertrauens-

haftung, 427 f.) am engen traditionellen Begriff der Willenserklärung fest. Sie begründen die betriebliche Übung mit einer **außerrechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung**, die nicht auf willentlicher Bindung beruhe, sondern mit dem normativen Einstehenmüssen für Vertrauenserweckung gerechtfertigt würde.

## II. Abgrenzung von der Gesamtzusage

### 1. Voraussetzungen der Gesamtzusage

Die Gesamtzusage ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitgeber einseitig gewisse Leistungen (Prämien, Gratifikationen, Ruhegelder) unter bestimmten Voraussetzungen der gesamten Belegschaft verspricht.

Problematisch ist die **rechtliche Einordnung** der Gesamtzusage, worauf die Ansprüche der Arbeitnehmer also rechtlich gestützt werden können.

- a) Teilweise wird vertreten, der Arbeitnehmer unterwerfe sich von vornherein allen Verbesserungen der allgemeinen Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber. Dem Arbeitgeber stehe damit ein **vertraglich begründetes**, dem **§ 315 BGB** unterworfenen **Gestaltungsrecht** zu (Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis 1966, 40 f.). Damit sei die Gesamtzusage ein anspruchserzeugender Tatbestand eigener Art.
- b) Andere begründen die rechtliche Anspruchsgrundlage aus dem **Vertragsprinzip**. Sie sehen in der Erklärung des Arbeitgebers ein Angebot und in dem Schweigen des Arbeitnehmers eine konkludente Annahmeerklärung (§ 151 BGB). Im Übrigen käme der Gleichbehandlungsgrundsatz zur Anwendung (Lieb, Arbeitsrecht, § 3 I 3 a)).

### 2. Umdeutung einer nichtigen Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage

Betriebsvereinbarungen gelten gemäß § 77 IV 1 BetrVG unmittelbar und zwingend  
vgl. **Bl. 52**

Sie wirken ebenso wie Tarifnormen als „Gesetz des Betriebes“ unabdingbar auf das Arbeitsverhältnis ein, ohne allerdings dessen Bestandteil zu werden. Durch Betriebsvereinbarungen können grundsätzlich alle Arbeitsbedingungen geregelt werden, die auch Gegenstand eines Tarifvertrages sein können, sofern nicht die Regelungssperre des § 77 III 1 BetrVG eingreift.

Eine Betriebsvereinbarung, mit der ausschließlich die Erhöhung der bisherigen Vergütung und Weihnachtsgratifikation geregelt wird, ist wegen Verstoßes gegen § 77 III BetrVG nichtig, wenn entsprechende tarifliche Regelungen bestehen oder üblich sind. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist.

Die Erklärung des Arbeitgebers, die zu einer nichtigen Betriebsvereinbarung geführt hat, kann ausnahmsweise in eine Gesamtzusage umgedeutet werden, wenn besondere Umstände darauf schließen lassen, dass der Arbeitgeber sich unabhängig von der betriebsverfassungsrechtlichen Regelungsform binden wollte (BAG, MDR 1996, 938).

### III. Tarifvertrag als Anspruchsgrundlage für Gratifikation vgl. **Bl. 51**

Der Tarifvertrag ist nach § 1 TVG ein schriftlicher Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitgeberverband und einer Gewerkschaft zur Regelung von Rechten und Pflichten der Vertragsschließenden (schuldrechtlicher Teil) und zur Regelung von Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie von betriebli-

chen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen (normativer Teil).

Ein Tarifvertrag hat nach h.M. eine rechtliche Doppelnatur:

1. Er enthält einen **obligatorischen Teil** als gegenseitigen **schuldrechtlichen Vertrag**.

Der **schuldrechtliche Teil** regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien, z.B. die Friedenspflicht.

2. Er enthält zudem einen **normativen Teil**, der einen für Dritte rechtsverbindlichen zweiseitigen korporativen Normenvertrag darstellt, also Gesetz im materiellen Sinne ist.

Der **normative Teil** kann nach Maßgabe des § 4 I TVG den Inhalt eines Arbeitsvertrages regeln.

Der Tarifvertrag entfaltet Rechtswirkungen für Arbeitsverhältnisse nur, wenn

- a) der TV selbst rechtswirksam ist
- b) die zu regelnden Arbeitsverträge rechtswirksam sind
- c) die Parteien des Arbeitsvertrages tarifgebunden sind
- d) die Arbeitsverträge dem Geltungsbereich des TV in sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht unterfallen.

Zu beachten ist dabei auch das Günstigkeitsprinzip des § 4 III TVG, nach der die Festsetzungen des TV für den AN gleichsam Mindestbedingungen sind.

# Die Betriebsvereinbarung

Schriftliche Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat (= Betriebsverfassungsorgane) über Angelegenheiten, die zum Aufgabenbereich des Betriebsrats gehören.

<b>I. Bestehen eines Arbeitsverhältnisses</b>
vgl. Blatt 37
<b>II. Anwendbarkeit der Betriebsvereinbarung auf das Arbeitsverhältnis</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <b>Räumlicher Geltungsbereich:</b> Nur die Betriebe des Unternehmens oder Konzerns, für die sie durch AG und BR, GesBR bzw. KonzernBR abgeschlossen worden sind.</li> <li>2. <b>Persönlicher Geltungsbereich:</b> alle auch später eingetretenen AN des Betriebs mit Ausnahme der leitenden Angestellten (§ 5 III BetrVG) und der ausgeschiedenen AN.</li> <li>3. <b>Zeitlicher Geltungsbereich:</b> Nachwirkung nur die zwingenden BV § 77 VI BetrVG</li> </ol>
<b>III. Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm</b>
<b>IV. Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung</b>
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <b>Einigung</b> zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat oder verbindlicher Spruch der Einigungsstelle</li> <li>2. <b>Schriftform</b> der Einigung nach § 77 II BetrVG</li> <li>3. <b>Bekanntgabe</b> der Betriebsvereinbarung (Ordnungsvorschrift)</li> <li>4. <b>Zulässiger Inhalt</b> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Grundsätzlich kann Inhalt einer Betriebsvereinbarung sein, was auch Inhalt eines Tarif- bzw. Arbeitsvertrag sein könnte, soweit nicht die zum Schutz der Tarifautonomie bestehende Regelungssperre nach §§ 77 III, 87 I S. 1 BetrVG eingreift           <ol style="list-style-type: none"> <li>aa) § 77 III BetrVG Regelungssperre zum Schutz der Tarifautonomie</li> <li>bb) Umfang der Regelungssperre des § 77 III BetrVG und Verhältnis zu § 87 I BetrVG               <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) Regelungssperre erstreckt sich auf materielle und formelle Arbeitsbedingungen: Betriebsvereinbarungen sind nach § 77 III BetrVG über alle Arbeitsbedingungen unzulässig, soweit eine tarifliche Regelung vorliegt oder üblich ist.</li> <li>(2) Bei der <b>erzwingbaren Mitbestimmung des BR in sozialen Angelegenheiten</b> nach § 87 I BetrVG geht die h.M. vom Anwendungsvorrang des § 87 I BetrVG vor § 77 III BetrVG (Vorrangtheorie). Danach schließt nur eine bestehende abschließende tarifliche oder gesetzliche Regelung das Mitbestimmungsrecht des BR aus. Die bloße Tarifüblichkeit bzw. das Vorliegen eines Tarifvertrages im Stadium der Nachwirkung reicht für den Ausschluss der Betriebsvereinbarung nicht aus.</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>b) Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen EG-Recht, Verfassung und zwingendes Gesetzesrecht; Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB, keine Inhaltskontrolle nach §§ 30 7 ff BGB nach § 310 IV BGB</li> <li>c) Verhältnis der Betriebsvereinbarung zur Gesamtzusage und betrieblichen Übung           <ol style="list-style-type: none"> <li>aa) Günstigkeitsprinzip, wenn es sich um keine freiwilligen Sozialleistungen mit kollektivem Bezug (Betriebsrente) handelt</li> <li>bb) Freiwillige Sozialleistungen mit kollektivem Bezug (str)               <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) es bleibt beim Günstigkeitsprinzip</li> <li>(2) Günstigkeitsprinzip ist aufgrund von Einheitsregelungen zu modifizieren, da durch den kollektive Bezug die Eigenart der geschützten Rechtsposition des AN gekennzeichnet wird, so dass die inhaltlichen Besonderheiten dieser Ansprüche den Vergleichsmaßstab bestimmen müssen (kollektiver Günstigkeitsvergleich: Die BV darf nicht für die ganze Belegschaft ungünstiger sein)</li> </ol> </li> </ol> </li> </ol> </li> </ol>

## Prüfung eines tariflichen Anspruchs

### I. Bestehen eines Arbeitsverhältnisses

vgl. Blatt 37

### II. Anwendbarkeit des Tarifvertrages auf das Arbeitsverhältnis

1. **Normative Wirkung** eines Tarifvertrages beschränkt sich auf die Arbeitsverhältnisse, die in seinen Geltungsbereich fallen
  - a) **Persönlicher Anwendungsbereich**
    - aa) Tarifgebundene Vertragsparteien § 3 I TVG (beiderseitige Tarifbindung)
    - bb) trotz fehlender Tarifbindung bei Allgemeinverbindlicherklärung § 5 TVG
  - b) **Zeitlicher Geltungsbereich**
    - aa) Beginn der normativen Wirkung eines TV richtet sich nach dem TV selbst, der regelmäßig den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens regelt. (Grundsätze der echten und unechten Rückwirkung von Gesetzen gilt hier auch)
    - bb) **Ende der normativen Wirkung eines TV richtet sich bei beiderseitiger Tarifgebundenheit nach Vertragsrecht, Nachwirkung gemäß § 4 V TVG beachten (jedoch keine zwingende Wirkung mehr)**
  - c) **Räumlicher Geltungsbereich:** das gesamte Tarifgebiet
  - d) **Sachlicher Geltungsbereich** (Industrietarif bestimmter Wirtschaftszweig) und Fachtarif (bestimmte berufliche Tätigkeit)
  - e) Tarifpluralität, wenn sich mehrere Tarifverträge überschneiden, Grundsatz der Tarifeinheit
2. **Vertragliche Vereinbarung**

### III. Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm

### IV. Wirksamkeit des Tarifvertrages

1. **§ 1 I TVG Vertrag**  
§§ 145 ff BGB
2. **§ 1 II TVG Schriftform**
3. **§ 2 TVG Tariffähigkeit**
  - a) AN: Gewerkschaften und deren Spitzenverbände
  - b) **AG:**  
**Vereinigungen von AG einschließlich der Innungen und Innungsverbände (§§ 54 III Nr. 1, 82 Nr. 3, 85 II HandwO), die Spitzenverbände sowie die einzelnen Arbeitgeber**
4. **Tarifzuständigkeit** (Satzung)
5. **Zulässiger Inhalt**
  - a) **Tarifautonomie begrenzt sich auf Regelungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen**
    - aa) § 1 I TVG: Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien (*schuldrechtlicher Teil*)
    - bb) § 1 I TVG Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können (*normativer Teil*)
      - (1) **Inhaltsnormen** z.B. Lohnhöhe, Lohnformen, Zulagen, Urlaub, Arbeitszeit, Nebentätigkeiten, Haftungsbeschränkungen
      - (2) **Abschlussnormen** z.B. Formvorschriften, Abschlussgebote, Abschlussverbote
      - (3) **Beendigungsnormen** z.B. Fragen der Befristung oder Kündigung von Arbeitsverhältnissen
      - (4) **Betriebsnormen** § 3 II TVG z.B. Torkontrolle, Klimaanlage
      - (5) **Betriebsverfassungsrechtliche Normen** § 3 II TVG z.B. §§ 3, 47 IV, 55 IV BetrVG
      - (6) **Normen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien** § 4 II TVG z.B. Pensionskassen, Erholungsheime, Ausbildungszentren
  - b) Tarifnormen dürfen nicht gegen höherrangiges Recht, also EG-Recht, Verfassung und zwingende Gesetze verstoßen (keine Billigkeits- und Zweckmäßigkeitkontrolle, keine Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff BGB (§ 310 IV BGB))

## Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Um eine willkürliche Differenzierung zwischen einzelnen Arbeitnehmern zu verhindern, muss eine unterschiedliche Behandlung stets **sachlich gerechtfertigt** sein.

### I. sachwidrige Benachteiligung von Teilzeitarbeitnehmern

Nach dem TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer nicht wegen der Teilzeit schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, wenn kein sachlicher Grund eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Eine Differenzierung ist dabei nur zulässig, wenn sie nicht wegen der unterschiedlichen Arbeitsmenge, sondern aus anderen Gründen, etwa wegen der Arbeitsleistung, Qualifikation, Berufserfahrung, unterschiedlicher Arbeitsplatzanforderungen oder der sozialen Lage erfolgt. Dabei ist zu beachten, dass die soziale Lage eine unterschiedliche Behandlung beispielsweise bei der Vergabe von Plätzen im Betriebskindergarten oder beim Essenszuschuss erlaubt. Für die Bemessung des Stundensatzes kann die soziale Lage dagegen nicht erheblich sein, denn ansonsten liefe die mit § 4 TzBfG bezweckte rechtliche Stärkung des Teilzeitarbeitsverhältnisses leer (BAG NZA 2002, 1211; BAG DB 1996, 1285).

### II. Diskriminierungsverbot

Ein Diskriminierungsverbot zwischen Frauen und Männer findet sich in Art. 3 II GG, der in §§ 611 a, 611 b, 612 III BGB seinen Niederschlag gefunden hat. § 612 III BGB ist hierbei eine spezielle Anspruchsgrundlage für den Bereich der Lohngleichheit von Männern und Frauen, der für eine Herleitung des Vergütungsanspruchs aus dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. aus Art. 3 II GG keinen Raum lässt.

Ein dem § 611 a BGB vergleichbares Diskriminierungsverbot enthält neuerdings auch § 81 II SGB IX für Schwerbehinderte.

Ganz generell gilt auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, welches in §§ 6 ff. AGG besondere Regelungen für den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung enthält.

Nach den Differenzierungsverboten des Art. 3 III S. 1 GG darf niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, wegen seiner Rasse, Sprache, Heimat und Glaubens und der religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Dies ergibt sich aus §§ 7, 1 AAG. In § 75 I BetrVG, § 67 I S. 1 PersVG und Art. 48 EWG-Vertrag findet das Differenzierungsverbot seine privatrechtliche Ausgestaltung.

Eine Benachteiligung nach dem Geschlecht nach § 611 a I BGB liegt auch dann vor, wenn in einem Motivbündel, das die Entscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht als eines von mehreren Kriterien enthalten gewesen ist (vgl. BAG NZA 2004, 540; BAG DB 1999, 384). Eine gegen § 611 b BGB verstoßende geschlechtsspezifische Stellenausschreibung begründet grundsätzlich die Vermutung, dass ein Arbeitnehmer wegen seines Geschlechts benachteiligt worden ist. Bedient sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten, z.B. der Bundesagentur und verletzt dieser die Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung, so ist dem Arbeitgeber dieses Verhalten in der Regel zuzurechnen.

**III. sachliche Differenzierungsgründe**

- Betriebszugehörigkeit
- Gehaltsstufen
- Alter
- soziale Verhältnisse
- gekündigte Arbeitnehmer, selbst wenn sie zum Zeitpunkt der Auszahlung noch dem Betrieb angehören (BAG AP Nr. 5, 52)
- Erziehungsurlaub (BAG DB 2000, 1717)
- Höhere Jahressonderzahlung für Angestellte, um sie stärker an das Unternehmen zu binden (BAG NJW 2003, 2333: ob die alsbaldige Offenlegung der Differenzierungsgründe gegenüber den übergangenen Beschäftigten Voraussetzung dafür ist, dass der Arbeitgeber sich ihnen gegenüber auf diese Gründe berufen darf, bleibt dabei unentschieden)
- Betriebsbindung

**Nicht aber**

- Teilzeitarbeitsverhältnisse (§ 4 TzBfG).
- Fernbleiben infolge häufiger Krankheit, da der Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht hat (LAG Mannheim, RdA 49, 349)
- Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten (BAG NZA 2004, 431)
- Gehaltsgruppendifferenzierung nach Ost- und Westwohnsitz (BAG (15.5.2001- 1 AZR 672/00)

Beachte bei einer Sondervergütung allerdings, dass nach § 4 a EntgeltFG eine anteilige Kürzung auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit zulässig ist. Die Höchstgrenze der Kürzung beträgt ein Viertel des Arbeitsentgeltes, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt.

**6. Fall:  
Die Weihnachtsgratifikation**

A ist Arbeitgeber eines großen Bochumer Kaufhauses. Allen 50 Arbeitnehmern zahlte er in den Jahren 2002 - 2004 eine Weihnachtsgratifikation in Höhe von 500,00 €, ohne dass er hierüber irgendwelche schriftlichen oder mündlichen Abmachungen getroffen hatte. Im Jahre 2005 geht der Umsatz erheblich zurück. Aufgrund dessen wird eine Entlassung von 5 Arbeitnehmern geplant. Auch die Weihnachtsgratifikation wird deshalb im Jahre 2005 in voller Höhe nur noch an Betriebszugehörige, die mindestens 10 Jahre im Betrieb beschäftigt sind, ausbezahlt, was B auch erkennbar war. An die restlichen Arbeitnehmer zahlt er eine Weihnachtsgratifikation in Höhe von 200,00 € mit der Begründung, die Zahlung von 500,00 € an alle Arbeitnehmer sei für ihn nicht tragbar.

Arbeitnehmer B, der nur 200,00 € erhalten hat, klagt gegen den Arbeitgeber auf Zahlung weiterer 300,00 €.

Hat B gegen A einen Anspruch in oben genannter Höhe?

**Variante:**

Wie ist der Fall zu behandeln, wenn B am 31.12.2005 zum 31.03.2006 kündigt und A die Rückzahlung der Weihnachtsgratifikation (200,00 €) verlangt, da im Arbeitsvertrag vereinbart worden sei, dass Weihnachtsgratifikationen zurückzuzahlen sind, wenn der Arbeitnehmer bis zum 31.03. des Folgejahres ausscheidet?



<b><u>Lösung:</u></b>	<b>6. Fall: Die Weihnachtsgratifikation</b>
<b><u>Probleme:</u></b>	<b>betriebliche Übung; Rechtsnatur; Beseitigung der betrieblichen Übung; Gleichbehandlungsgrundsatz; Rückzahlungsklauseln für Gratifikationen</b>
<b><u>Blatt:</u></b>	
<b>Die betriebliche Übung</b>	<b>48-50</b>
<b>Die Betriebsvereinbarung</b>	<b>52</b>
<b>Prüfung eines tariflichen Anspruchs</b>	<b>51</b>
<b>Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz</b>	<b>53/54</b>

I. B könnte gegen A einen Anspruch auf Zahlung von 300,00 € aus **§ 611 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag** haben.

### 1. Ausdrückliche Vereinbarung

Zwischen A und B wurde ein Arbeitsvertrag nach § 611 BGB geschlossen.

In diesem Vertrag wurde allerdings die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation nicht vereinbart. Auch aus einer gesetzlichen Bestimmung ist der Anspruch des B nicht zu entnehmen.

### 2. Betriebliche Übung

vgl. Blatt 48-50: Die betriebliche Übung

B könnte allerdings dadurch, dass A in den vergangenen drei Jahren jährlich eine Weihnachtsgratifikation ausbezahlt hat, einen Rechtsanspruch auf Zahlung der gleichen Gratifikation erlangt haben. Dies hängt von dem Rechtscharakter der Gratifikation und dem Grundsatz der Gleichbehandlung ab.

#### a) Gratifikation

**Gratifikationen sind Sonderzuwendungen des Arbeitgebers aus besonderem Anlass zur Anerkennung der geleisteten Dienste und um die Verbundenheit des Arbeitnehmers zum Betrieb zu stärken (Palandt-Putzo, § 611 Rdnr. 81).**

Gratifikationen sind grundsätzlich freiwillige Leistungen, die aber zur arbeitsvertraglichen Vergütung gerechnet werden (BAG AP Nr. 1, 4 zu § 611 BGB Gratifikation). Obwohl die Gratifikation freiwillig ist, kann sich nach den Grundsätzen der **betrieblichen Übung** ein Rechtsanspruch auf die Zahlung der Gratifikation ergeben. Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber dreimal ununterbrochen aufeinander folgend vorbehaltlos gezahlt hat. Dann kann der Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers die Zusage entnehmen, dieser wolle ihm die Gratifikation fortwährend gewähren. Will der Arbeitgeber die Bindung vermeiden, so muss er zum Ausdruck bringen, dass sie freiwillig und ohne Eingehung einer Rechtspflicht erfolgt (BAG NZA 1996, 1323; BAG NZA 1997, 1007, 1008).

*Mangels Gleichförmigkeit entsteht keine betriebliche Übung, wenn der Arbeitgeber die Zahlungen jeweils in unterschiedlicher Höhe nach seinem Gutdünken leistet (Mertens/Schwartz DB 2001, 646, 647).*

*Ebenfalls keine betriebliche Übung entsteht wenn ein tarifgebunder Arbeitgeber in der Vergangenheit Löhne und Gehälter entsprechend der Tarifentwicklung erhöht. Die nicht*

*vorhersehbare Dynamik der Lohnentwicklung und die hierdurch verursachten Personalkosten sprechen grundsätzlich gegen einen erkennbaren rechtsgeschäftlichen Willen des Arbeitgebers zu einer regelmäßigen Entgeltanhebung entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet.*

*Ob ein Anspruch bei einer wiederholten vorbehaltlosen Gewährung individueller Sozialleistungen (z.B. einer Jubiläumsgeldzahlung) aus betrieblicher Übung entsteht, hängt von der Art, Dauer und Intensität der Leistungen ab. Hinsichtlich der Häufigkeit der erbrachten Leistungen kommt es auf die Zahl der Anwendungsfälle im Verhältnis zur Belegschaftsstärke an. Bei für den Arbeitnehmer weniger wichtigen Leistungen sind an die Zahl der Wiederholungen höhere Anforderungen zu stellen als bei bedeutsamen Leistungsinhalten (hierzu BAG NZA 2004, 1152 = NJW 2004, 3652 = RÜ 2004, 630, in diesem Fall hatte der Arbeitgeber über neun Quartale achtmal Jubiläumsgelder in jeweils identischer Höhe gezahlt. Bei einer Gesamtmitarbeiterzahl von 230 konnte jedoch keine betriebliche Übung entstehen).*

Fraglich ist allerdings, woraus sich ein solcher Anspruch rechtlich ergibt. Dies ist umstritten.

### a) Vertragstheorie

Nach h.L. (Hueck-Nipperdey I, 150 ff.) und Rechtsprechung (BAG AP Nr. 2 und 6 zu § 611 Gratifikation) wird die betriebliche Übung **rechtsgeschäftlich** begründet. So könne man die Begriffe Rechtsgeschäft bzw. Willenserklärung ausweiten, indem man den subjektiven und objektiven Erklärungstatbestand minimalisierend auf ein schutzwürdiges Vertrauen des Erklärungsempfängers abstelle. Eine Willenserklärung könne auch in einem rein tatsächlichen Verhalten gesehen werden, wenn nur der Empfänger das Vorliegen einer Willenserklärung angenommen habe und annehmen durfte. Einer ausdrücklichen Annahmeerklärung bedürfe es wegen § 151 BGB nicht.

Nach dieser Auffassung hat B folglich durch die dreijährige ununterbrochene Zahlung der Weihnachtsgratifikation einen Rechtsanspruch auf die Weihnachtsgratifikation erworben.

### bb) Vertrauenshaftungstheorie

Demgegenüber halten die Vertreter der Gegenmeinung (Canaris, Vertrauenshaftung, 427 f.) am engen traditionellen Begriff der Willenserklärung fest. Sie begründen die betriebliche Übung mit einer **außerrechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung**, die nicht auf willentlicher Bindung beruhe, sondern mit dem normativen Einstehenmüssen für Vertrauenserweckung gerechtfertigt würde.

Auch nach dieser Auffassung ist grundsätzlich ein Anspruch des B auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation entstanden.

### cc) Stellungnahme

Welcher Auffassung zu folgen ist, kann an dieser Stelle dahinstehen, da nach beiden Auffassungen zunächst zum selben Ergebnis kommen und B durch die dreijährige ununterbrochene Zahlung der Weihnachtsgratifikation einen Rechtsanspruch auf die Weihnachtsgratifikation erworben hat.

### b) Beseitigung des Rechtsanspruchs

Problematisch ist jedoch, ob die betriebliche Übung für B durch die Äußerung des A, eine Zahlung von 500,00 € an alle Arbeitnehmer sei für ihn nicht tragbar, wieder beseitigt worden ist.

Die betriebliche Übung wirkt im Gegensatz zur Betriebsvereinbarung nicht normativ.

**vgl. Blatt 52: Die Betriebsvereinbarung**

Nach der **Vertragstheorie** kommt jedoch **nur** eine **Vertragsänderung** in Betracht, während nach der Vertrauenslehre ein einseitiger Widerruf möglich ist. Insofern ist an dieser Stelle zu fragen, welcher Auffassung zu folgen ist.

Die Vertragstheorie vermag nicht zu überzeugen. Nur so ist gewährleistet, dass es sich bei der Rechtsgeschäftslehre und der Vertrauenshaftung um zwei verschiedene Verpflichtungsgründe handelt, mögen sie sich im Hinblick auf diejenigen Vertrauenselemente, die auch bei der Auslegung von Willenserklärungen zu beachten sind, auch nicht mit letzter Klarheit voneinander trennen lassen. Beruht jedoch der Anspruch auf Zahlung der Weihnachtsgratifikation nicht auf einer vertraglichen Grundlage, sondern auf einer normativen Vertrauenszurechnung, so kommt ein Widerruf nicht in Betracht.

Für die Beseitigung der betrieblichen Übung sind daher nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie bei einer echten rechtsgeschäftlichen Zusage. Deshalb ist ein einseitiges Widerrufsrecht zulässig. Voraussetzung ist allerdings, dass die Aufwendungen für die Gratifikationen die Grenze der zumutbaren Belastung des Unternehmens übersteigen (BAG AP Nr. 7 zu § 322 ZPO). Dies liegt dann vor, wenn dem Arbeitgeber aufgrund der eingetretenen Entwicklung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) das Festhalten an der Bindung nicht mehr zuzumuten ist (Zöllner/Loritz § 6 I 7)

Im Unternehmen des A ging im Jahre 2005 der Umsatz erheblich zurück. Aufgrund dessen wurde sogar eine Entlassung von 5 Arbeitnehmern geplant. Es war dem Arbeitgeber deshalb nicht zumutbar, allen Arbeitnehmern die Gratifikation in voller Höhe auszus zahlen.

*Gibt der Arbeitgeber über einen Zeitraum von drei Jahren zu erkennen, dass er eine betriebliche Übung anders zu handhaben gedenkt als bisher, so wird die alte betriebliche Übung einvernehmlich entsprechend geändert, wenn die Arbeitnehmer der neuen Handhabung über diesen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widersprechen (BAG NZA 1997, 1007; BAG DB 1999, 1907).*

### c) **Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz**

**vgl. Blatt 53/54: Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz**

Allerdings zahlt A weiterhin die zuvor ausgekehrten 500,00 € an solche Arbeitnehmer, die länger als 10 Jahre in seinem Unternehmen beschäftigt sind. Dies könnte gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen.

Um eine willkürliche Differenzierung zwischen einzelnen Arbeitnehmern zu verhindern, muss eine unterschiedliche Behandlung stets **sachlich gerechtfertigt** sein.

Die Auszahlung an die Arbeitnehmer, die bereits 10 Jahre dem Betrieb angehörten, stellte einen objektiv sachgerechten Grund zur Differenzierung dar, da die Arbeitnehmer dem Betrieb nach langer Zeit besonders verbun-

den sind. Die Differenzierung bedeutete keine willkürliche Handhabung.

#### d) **Erkennbarkeit des Differenzierungsgrundes**

Möglicherweise ist es A gleichwohl verwehrt, sich auf die sachliche Berechtigung für die Benachteiligung des B zu berufen, wenn der Differenzierungsgrund nicht erkennbar war oder A ihn ihm gegenüber nicht rechtzeitig offen gelegt hat.

Nach der Rechtsprechung des 3. und 5. Senats des BAG muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmern die für sie ohne Weiteres erkennbare Gründe für eine Ungleichbehandlung spätestens dann mitteilen, wenn ein von der Vergünstigung ausgeschlossener Arbeitnehmer Gleichbehandlung verlangt. Nicht erkennbare und nicht rechtzeitig offen gelegte Differenzierungsgründe werden danach nicht als sachliche Unterscheidungsmerkmale anerkannt, um zu verhindern, dass eine willkürlich getroffene Unterscheidung durch das Nachschieben von Sachgründen nachträglich gerechtfertigt wird (BAGE 33, 57; 88, 23, 28; offengelassen vom 10. Senat des BAG NZA 2004 = NJW 2004, 3652; krit. dazu Lieb, ZfA 1996, 319, 333).

Die Frage kann aber offen bleiben, da B der Auftragsrückgang und der Differenzierungsgrund bekannt waren. Dem Ziel des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, sicherzustellen, dass alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer erkennen können, gleichermaßen nach Recht und Billigkeit behandelt zu werden, war damit Genüge getan.

B hat folglich keinen Anspruch auf Zahlung weiterer 300,00 € aus § 611 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag.

#### Variante:

- I. Ein Anspruch des B auf Rückzahlung der Weihnachtsgratifikation könnte sich aus der **Vereinbarung im Arbeitsvertrag** ergeben. Voraussetzung ist allerdings, dass die Rückzahlungsklausel wirksam ist.

Hierfür ist auf Sinn und Zweck der Zahlung von Gratifikationen zurückzugreifen:

Durch Zahlung einer Gratifikation soll eine Anerkennung der geleisteten Dienste erfolgen und die Verbundenheit des Arbeitnehmers zum Betrieb gestärkt werden. Die Gratifikation hat daher Bedeutung für die **Vergangenheit und die Zukunft**. Da uneingeschränkte Rückzahlungsklauseln das Interesse des Arbeitnehmers stark gefährden, hat das BAG (AP Nr. 54, 57 zu § 611 BGB Gratifikationen, BB 93, 1809) folgende Grenzen aufgestellt:

1. Ursprünglich war die Rückforderung nur bei einer **Kündigung seitens des Arbeitnehmers** zulässig (BAG AP Gratifikation Nr. 84, 86). Diese Ansicht hat das BAG in neuerer Rechtsprechung aufgegeben (BAG NZA 1993, 353). Habe die Gratifikation einen Mischcharakter, d.h. solle sowohl geleistete Arbeit belohnt als auch künftige Betriebstreue erzielt werden, seien diese Voraussetzungen als gleichwertig zu betrachten und es könne damit bei Wegfall einer der beiden Voraussetzungen die Rückzahlung von beiden Seiten gefordert werden. Eine Berufung auf § 162 BGB wäre hiernach wohl nur noch zulässig, wenn der AG kündigt, gerade um die Rückzahlung zu erlangen.

Ist die Gratifikation im Tarifvertrag vereinbart, sind nur tarifvertragliche Rückzahlungsklauseln zulässig (BAG AP Gratifikation Nr. 54, 57).

vgl. **Blatt 51: Prüfung eines tariflichen Anspruchs**

2. Bei Gratifikationen bis zu **250,00 €** sind Rückzahlungsklauseln **unzulässig** (BAG NJW 1983, 67; Palandt, § 611 Rdnr. 90).
3. Bei Gratifikationen **über 250,00 €, aber unter einem Monatsverdienst** kann die Rückzahlung vereinbart werden, wenn das Arbeitsverhältnis durch Kündigung des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers bis zum 31.03. des Folgejahres endet.
4. Bei Gratifikationen von einem **vollen Monatsverdienst** kann die Rückzahlung vereinbart werden, wenn der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber **bis zum 31.03.** des Folgejahres kündigt (BAGE 13, 129).
5. Bei Gratifikationen von **mehr als einem Monatsverdienst** kann eine Rückzahlung bei einer Kündigung des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers bis zum **30.06.**, bei **zwei Monatsverdiensten** bei Staffelung **bis zu ½ Monatsverdienst bis zum 30.09.** des Folgejahres vereinbart werden (BAG AP Gratifikation Nr. 69), d.h. werden zwei Monatsgehälter als Gratifikation gezahlt, kann vereinbart werden, dass bei Ausscheiden bis zum 31.03. 1,5 Monatsgehälter, bei Ausscheiden bis 30.06. ein Monatsgehalt und bei Ausscheiden bis 30.09. ein halbes Monatsgehalt zurückzuzahlen sind.

Da die Gratifikation 200,00 € betrug, ist die Rückzahlungsklausel unwirksam und A kann nicht von B die Rückzahlung aus der Vereinbarung verlangen.

- II. A könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der Gratifikation nach **§ 812 I 1 1. Alt. BGB** haben.

B hat durch eine bewusste und zweckgerichtete Zuwendung des A in Höhe von 200,00 € einen Vermögensvorteil und damit etwas durch Leistung erlangt.

Diese Leistung erfolgte ohne Rechtsgrund, wenn die Unwirksamkeit der Rückzahlungsvereinbarung gemäß § 139 BGB auch die Unwirksamkeit der Zahlungsverpflichtung des A zur Folge hat. Die Teilnichtigkeit der Gratifikationsvereinbarung hinsichtlich der Rückzahlungsverpflichtung führt jedoch nicht zur Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB, weil durch die uneingeschränkte Anwendung des § 139 BGB im Arbeitsrecht die anerkannte Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ausgehöhlt würde (Schaub, § 31 Rdnr. 11 ff. m.w.N.). Die Gratifikationsvereinbarung ist daher insoweit wirksam, als sie den Zahlungsanspruch des B begründet.

Da die B die Gratifikation mit Rechtsgrund erlangte, scheidet auch ein Anspruch des A aus § 812 I 1 1. Alt. BGB auf Rückzahlung der Gratifikation aus.

A hat gegen B keinen Anspruch auf Rückzahlung der Weihnachtsgratifikation.

### **Rückforderung von Ausbildungskosten**

*Eine einzelvertragliche Abrede über die Erstattung von Ausbildungskosten, die den Arbeitnehmer auch bei einer vorzeitigen Kündigung des Arbeitgebers zur Rückzahlung verpflichtet, kann nur dann den Anforderungen einer gerichtlichen Inhaltskontrolle am Maßstab des § 242 BGB genügen, wenn der Arbeitnehmer die Kündigungsentscheidung und damit das Fehlschlagen der Bildungsinvestition des Arbeitgebers durch ein vertragswidriges Verhalten veranlasst hat (BAG NJW 20004, 3059).*

#### **Im Übrigen:**

- keine Verpflichtung, wenn die Chancen des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt nicht erhöht werden
- bei einer Ausbildungsdauer bis zu 2 Monaten grundsätzlich Bindung von 1 Jahr
- bei einer Ausbildungsdauer bis zu 1 Jahr ohne Arbeitsverpflichtung: Bindung bis zu 3 Jahren
- bei Ausbildungsdauer über 1 Jahr Bindung bis zu 5 Jahren.

**Wiederholungsfragen zu Fall 6**

1. Was versteht man unter betrieblicher Übung?
2. Wovon ist die betriebliche Übung abzugrenzen?
3. Was ist eine Betriebsvereinbarung?
4. Kann eine Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage umgedeutet werden?
5. Was sind Tarifverträge?
6. Was wissen Sie zur Rechtsnatur der betrieblichen Übung?
7. Unter welcher Voraussetzung kann eine betriebliche Übung widerrufen werden?
8. Was versteht man unter dem Gleichbehandlungsgrundsatz?
9. Sind Rückzahlungsklauseln bezüglich einer gewährten Gratifikation zulässig?