

# Wahrheit und Mythos

**DURCHBLICK.** Nicht alles, was nach betrieblicher Übung aussieht, lässt wirklich einen Rechtsanspruch entstehen. Wir klären über drei weit verbreitete Mythen auf.

Von **Tobias Grambow**

**D**ie betriebliche Übung wird gerne von Seiten der Arbeitnehmer bemüht, um Ansprüche durchzusetzen, die weder im Arbeitsvertrag noch in anwendbaren Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen geregelt sind. Für den Arbeitgeber kann es sich lohnen, genau zu prüfen, ob wirklich eine betriebliche Übung besteht.

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 eine Vergünstigung auf Dauer als vertraglicher Anspruch eingeräumt werden. Behält sich der Arbeitgeber ausdrücklich die Freiwilligkeit der Leistung vor und macht deutlich, dass auch aus einer wiederholten Gewährung keine Ansprüche abgeleitet werden können, scheidet eine betriebliche Übung aus.

## Mythos eins: Jedes Entgegenkommen kann zu betrieblichen Übung führen

Eine betriebliche Übung ist grundsätzlich für jeden Gegenstand vorstellbar, der auch arbeitsvertraglich in allgemeiner Form geregelt werden kann. Meistens wird es sich dabei um zusätzliche Geldleistungen handeln, zum Beispiel Weihnachtsgeld oder Jubiläumsgewährungen. Aber auch Regelungen bezüg-

lich der Arbeitszeit, sowie zum Verhalten am Arbeitsplatz können Gegenstand einer betrieblichen Übung sein. Allerdings muss das Entgegenkommen des Arbeitgebers hinreichend bestimmt sein.

Dies wird insbesondere dann schwierig, wenn statt eines aktiven Tuns des Arbeitgebers (zum Beispiel Zahlung eines Weihnachtsgeldes) ein Dulden oder Unterlassen im Raum steht, wie folgendes Beispiel zeigt (nachgebildet, LAG Nürnberg, Urteil vom 5.8.2015 - 2 Sa 132/15):

Im Betrieb hatte es sich eingebürgert, dass die Angestellten zum Rauchen ihren Arbeitsplatz verlassen ohne am Zeiterfassungsgerät aus- beziehungsweise einzustempeln. Die betroffenen Beschäftigten haben schätzungsweise täglich 60 bis 80 Minuten Arbeitszeit „verraucht“. Der Arbeitgeber hatte keine Kenntnis von Umfang und der Dauer der entgangenen Arbeitsleistung, was für die Mitarbeiter auch erkennbar war. Nachdem ihm dies bekannt wurde,



**Gerade um die Verpflichtung, Weihnachtsgeld zahlen zu müssen, ranken sich allerhand Mythen**

verlangte er von den Rauchern, Beginn und Ende der Zigarettenpausen durch Aus- beziehungsweise Einstempeln am Zeiterfassungsgerät zu erfassen. Die erfassten zusätzlichen Pausen wollte er dem einzelnen Arbeitnehmer künftig von der zu entlohnenden Arbeitszeit abziehen. Die Arbeitnehmer beriefen sich auf eine betriebliche Übung. Das Gericht sah dies anders. Denn das bisherige Dulden der bezahlten Raucherpausen durch den Arbeitgeber stellt kein hinreichend bestimmtes Leistungsangebot dar. Schließlich hatte er von dem Ausmaß der bezahlten Raucherpausen keine Kenntnis. Zudem konnten die Mitarbeiter angesichts des Ausmaßes der bezahlten Raucherpausen nicht darauf vertrauen, dass der Arbeitgeber auch künftig für 60 bis 80 Minuten eine Bezahlung ohne Arbeitsleistung gewähren wird.

Diese Erwägungen lassen sich auch auf die Duldung der privaten Nutzung des dienstlichen Telefons und Internets sowie des privaten Handys am Arbeitsplatz und Ähnliches übertragen. Hier kommt noch zusätzlich der Umstand zum Tragen, dass bloße Annehmlichkeiten, die nicht unmittelbar die wirtschaftliche Lage des Arbeitnehmers verbessern, in der Regel nicht Gegenstand einer betrieblichen Übung werden.

### Mythos zwei: Dreimalige Gewährung begründet eine betriebliche Übung

Wohl am bekanntesten ist die vermeintliche Regel: wird eine Leistung drei Mal gewährt, entsteht daraus eine betriebliche Übung. Richtig ist daran, dass es der regelmäßigen Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers bedarf, um eine betriebliche Übung zu begründen. Dabei existiert jedoch grundsätzlich keine Regel, ab welcher Anzahl von Wiederholungen der Arbeitnehmer darauf vertrauen können soll, dass die Leistung auf Dauer gewährt werden soll.

Dies zeigt das nächste Beispiel: Ein Betrieb mit 230 Beschäftigten hatte in den Jahren 2000 und 2002 insgesamt

acht Mitarbeitern „der ersten Stunde“ anlässlich ihres 25-jährigen Dienstjubiläums eine Jubiläumsgewährung in Höhe von jeweils 600 Euro gewährt. 2001 feierte kein Arbeitnehmer des Betriebes ein Dienstjubiläum. Ein weiterer Arbeitnehmer, der im Jahr 2002 ebenfalls 25 Jahre im Betrieb arbeitete, forderte daraufhin „seine“ Jubiläumsgewährung. Er meinte, es bestünde ein Anspruch aus betrieblicher Übung. Auch hier hat das Gericht (BAG, Urteil vom 28.7.2004 - 10 AZR 19/04) einen solchen Anspruch nicht gesehen. Zwar ist die Leistung hinreichend bestimmt und wurde sogar insgesamt acht Mal gewährt. Unerheblich ist auch, dass der betreffende Arbeitnehmer selbst bisher noch nicht in die Übung einbezogen worden ist. Allerdings hat sich aus den vorherigen Zuwendungen an Jubilare kein zurechenbarer, objektiver Bindungswille des Arbeitgebers ergeben.

---

### Bloße Annehmlichkeiten, die nicht unmittelbar die wirtschaftliche Lage des Arbeitnehmers verbessern, werden meist nicht Gegenstand einer betrieblichen Übung.

---

Dafür müsste die Zuwendung so häufig erfolgt sein, dass die Arbeitnehmer berechtigter Weise von ihrer Weiterführung ausgehen durften.

Bei der Frage wie viele Wiederholungen es bedarf, ist die Zahl der Anwendungsfälle im Verhältnis zur Belegschaft in Betracht zu ziehen. Außerdem kommt es auf die Bedeutung der Leistung für die Arbeitnehmer an. Im vorliegenden Fall war die Leistung von eher geringer Intensität. Daher genügt allein die achtmalige Gewährung bei einer Gesamtbelegschaft

von 230 Arbeitnehmern nicht. Die Mitarbeiter durften diesem Entgegenkommen ihres Arbeitgebers kein Angebot auf die dauerhafte Gewährung einer Jubiläumsgewährung entnehmen.

Die berühmte Regel der dreimaligen Wiederholung hat dennoch ihre Berechtigung. Entstanden ist sie in den Fällen, in denen drei Mal vorbehaltlos eine jährliche Gratifikation (zum Beispiel Weihnachtsgeld) an die Belegschaft ausgeschüttet wird, ohne auf die Freiwilligkeit hinzuweisen.

Bis vor kurzem hatte das BAG in solchen Fällen jedoch zusätzlich verlangt, dass die Höhe der geleisteten Gratifikation über die Jahre gleich bleibt. Zahlte der Arbeitgeber zum Beispiel jährlich ein Weihnachtsgeld in unterschiedlicher Höhe, so sollte dies ein Indiz dafür sein, dass er sich vorbehalten wolle, jedes Jahr neu über die Zuwendung zu entscheiden. Somit fehle es an der regelmäßigen, gleichförmigen Wiederholung. Von dieser klaren Linie ist das BAG jedoch nun in einem aktuellen Fall abgerückt (Urteil vom 13.5.2015 - 10 AZR 266/14): Der Arbeitgeber hatte in den Jahren 2007 bis 2009 eine Sonderzahlung in jeweils unterschiedlicher Höhe gewährt. Der klagende Arbeitnehmer verlangte diese Sonderzahlung auch für das Jahr 2010. Das BAG gab dem Arbeitnehmer recht. Maßgeblich ist, ob sich der Arbeitgeber mit der Sonderzahlung für die Zukunft verpflichtet hat. Nach Ansicht des BAG soll aus der ungleichen Höhe der Zuwendung in der Regel lediglich folgen, dass der Arbeitgeber die konkrete Höhe der Sonderzahlung jedes Jahr einseitig nach billigem Ermessen festsetzen darf. Der Arbeitnehmer hat also einen Anspruch auf Sonderzahlung, deren Höhe vom Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzulegen ist.

### Mythos drei: Dreimalige Verweigerung löst betriebliche Übung auf

Auch die Frage, wann eine betriebliche Übung erlischt, lässt sich nicht pauschal beantworten. So wurde früher angenom-

---

## Zur Änderung einer betrieblichen Übung bedarf es einer Änderung des Arbeitsvertrags. Schweigt der Mitarbeiter, reicht das meist nicht als Zustimmung.

---

men, allein die dreimalige Verweigerung einer Leistung genüge, um die betriebliche Übung entfallen zu lassen, sofern der Arbeitnehmer nicht widerspricht. Das BAG folgt dieser Überlegung einer gegenläufigen betrieblichen Übung seit ein paar Jahren nicht mehr. Zur Änderung einer bisherigen Übung bedarf es vielmehr eines entsprechenden, erkennbaren Angebotes auf Änderung des Arbeitsvertrages, soweit es die Ansprüche aus betrieblicher Übung betrifft. Dieses Angebot führt aber nur dann zu einer Vertragsänderung, wenn es von dem Mitarbeiter angenommen wird. Schweigen genügt hierfür regelmäßig nicht, so dass der Mitarbeiter nicht einmal widersprechen braucht. Das gilt zumindest dann, wenn die Änderung sich nicht sofort für den Arbeitnehmer negativ auswirkt (zum Beispiel Fortgewährung eines Weihnachtsgeldes, nun aber mit Freiwilligkeitsvorbehalt).

Dass nicht in jeder bloßen Verweigerung der Leistung seitens des Arbeitgebers ein solches Angebot zu sehen ist, zeigt das folgende Beispiel: In einem Betrieb wurde zunächst jahrelang ein Weihnachtsgeld ohne weitere Hinweise an die Mitarbeiter gezahlt. Nach einem Wechsel der Geschäftsführung wurde diese Praxis zwar sechs Jahre lang weitergeführt. Allerdings wurde vom Arbeitgeber nun stets durch Rundschreiben darauf hingewiesen, dass es sich um eine freiwillige Leistung handele. Als die Geschäftsführung die Leistung unter Berufung auf den Freiwilligkeitsvorbehalt einstellte, verlangten die Mitarbeiter deren Fortgewährung. Hier haben die Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf Gewährung des Weihnachtsgeldes

in voller Höhe. Will der Arbeitgeber eine Leistung für die Zukunft nicht mehr gewähren, so geht dies nur, wenn der Arbeitgeber den Mitarbeitern zu verstehen gibt, dass die betriebliche Übung geändert werden soll. Das ist hier der Fall. Allerdings führt dieses Angebot nur dann zu einer Änderung der betrieblichen Übung (hier Aufnahme des Freiwilligkeitsvorbehalts), wenn es von den Mitarbeitern angenommen wird. Da in dem Beispielsfall bis zur tatsächlichen Einstellung der Zahlung keine unmittelbaren negativen Auswirkungen für die Mitarbeiter eingetreten waren, stellt deren Schweigen auf die Erklärungen des Arbeitgebers, sich nun die Freiwilligkeit des Weihnachtsgeldes vorzubehalten, keine Annahme dieses Angebotes dar.

Zur Verdeutlichung noch ein anderes Beispiel: In einem Betrieb wird seit vielen Jahren allen Beschäftigten Weihnachtsgeld auf Grundlage einer betrieblichen Übung gewährt. Ab dem Jahr 2012 stellte der Arbeitgeber die Zahlungen ein. Als auch 2015 kein Weihnachtsgeld gezahlt werden sollte, verlangte ein Arbeitnehmer die Zahlung von Weihnachtsgeld. Hier fehlt es bereits an einem Änderungsangebot. Erfüllt der Arbeitgeber bestimmte Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis ohne weitere Erklärungen nicht, liegt hierin kein Angebot auf eine Vertragsänderung. Der Mitarbeiter hat also Anspruch auf Weihnachtsgeld.

Ein drittes Beispiel (in Anlehnung an BAG, Urteil vom 25.11.2009 - 10 AZR 779/08): In einem Betrieb wird seit vielen Jahren allen Beschäftigten Weihnachtsgeld auf Grundlage einer betrieblichen Übung gewährt. Im Jahr 2012 hatte der Arbeitgeber den Mitarbeitern mitgeteilt, dass es künftig kein Weihnachtsgeld mehr gebe. Der Arbeitgeber zahlte dementsprechend in den Jahren 2012, 2013 und 2014 kein Weihnachtsgeld. Auch hier sollte ab 2015 kein Weihnachtsgeld mehr gezahlt werden, der Arbeitgeber hatte dazu ein Änderungsangebot abgegeben. Da die Arbeitnehmer sofort erkennen können, dass sich

die Änderung der betrieblichen Übung (Einstellung der Zahlung) unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirkt, müssen sie, wenn sie das Änderungsangebot nicht annehmen wollen, sofort reagieren. Schweigen führt hier zur Beendigung der betrieblichen Übung.

Einen Sonderfall bildet die Ablösung einer betrieblichen Übung durch eine Betriebsvereinbarung. Das BAG nimmt an, dass betriebliche Übungen als allgemein geltende Arbeitsbedingung mit kollektivem Bezug durch Betriebsvereinbarungen ersetzt werden können. Auf diese Weise könnte also beispielsweise - wenn der Betriebsrat zustimmt - ein bislang auf betrieblicher Übung gegründeter Anspruch auf Weihnachtsgeld durch eine Betriebsvereinbarung über ein geringeres Weihnachtsgeld ersetzt werden.

### Doppelschriftformklausel als Ausweg muss richtig formuliert sein

Angesichts der Entwicklungen erscheint es ratsam, bereits die Entstehung einer betrieblichen Übung zu vermeiden. Wirkames Mittel dafür kann - neben einem ausdrücklich erklärten Freiwilligkeitsvorbehalt - die doppelte Schriftformklausel im Arbeitsvertrag sein. In ihr wird zunächst vereinbart, dass Änderungen des Arbeitsverhältnisses der Schriftform bedürfen. Zusätzlich muss sie bestimmen, dass auch eine Änderung dieses Schriftformerfordernisses nur schriftlich zulässig ist. Aber auch hier ist Vorsicht geboten. Die Klausel darf beim Arbeitnehmer nicht den Eindruck erwecken, jede Form von mündlicher Abrede sei unwirksam. Nimmt die doppelte Schriftformklausel Individualabreden nicht aus, ist sie insgesamt unwirksam und kann das Entstehen einer betrieblichen Übung nicht verhindern. ■



**TOBIAS GRAMBOW** ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht bei der Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB.