

Die betriebliche Übung

Constanze M. Merkelbach

Die betriebliche Übung

**Unter besonderer Betrachtung der Anwendbarkeit
von Tarifverträgen kraft betrieblicher Übung**

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar

Zugl.: Diss., 2018, Heinrich-Heine-Univ., Düsseldorf

D61

ISBN 978-3-96138-091-6

© 2018 Wissenschaftlicher Verlag Berlin

Olaf Gaudig & Peter Veit GbR

www.wvberlin.de / www.wvberlin.com

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung, auch einzelner Teile, ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für fotomechanische Vervielfältigung sowie Übernahme und Verarbeitung in EDV-Systemen.

Druck und Bindung: SDL – Digitaler Buchdruck, Berlin

Printed in Germany

€ 39,00

Meiner Mama

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im November 2016 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand im Februar 2018 statt.

Das Erstgutachten erfolgte durch meinen Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Feuerborn, das Zweitgutachten, durch Herrn Prof. Dr. Busche, bei denen ich mich für die Erstellung der Gutachten bedanken möchte.

Mein in tiefstem Herzen empfundener Dank gilt meiner Mutter für ihre Liebe, ihre Stärke, ihre Inspiration und all die Kraft, die sie mir immer gegeben hat. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Juli 2018

Constanze Mercedes Merkelbach

Gliederung

A. Einleitung	41
B. Die betriebliche Übung	45
I. Vorbemerkung	45
II. Betriebliche Übung	47
1. Überblick	47
2. Historische Entwicklung	51
a. Begriffsentwicklung	53
b. Entstehungsgeschichte der betrieblichen Übung.....	55
aa. Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 19. Januar 1938	56
bb. Betriebsübung als Rechtsquelle eigener Art	57
cc. Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Februar 1956	58
dd. Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16. September 1986	58
ee. Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes	58
3. Exkurs: Vergleichbare Erscheinungsformen der betrieblichen Übung in England und Frankreich	59
4. Dogmatische Begründung	60
a. Vertragstheorie	60
b. Kritik an der Vertragstheorie.....	61
aa. Kein äußerer Tatbestand	61
bb. Problematische Festlegung des Angebots beim „dritten Mal“	61
cc. Keine Einhaltung der Anfechtungsregeln	62
dd. Problematische Anwendung von § 151 Satz 1 BGB	62
c. Kritische Stellungnahme	63
d. Vertrauenseheorie	66
aa. Kritik an der Vertrauenseheorie	67
bb. Kritische Stellungnahme	68
e. Neue Ansätze von <i>Klaus Bepler</i> und <i>Martin Henssler</i>	69
aa. Das „flexible Konzept“ nach <i>Bepler</i>	70
bb. Kritische Stellungnahme zum Konzept <i>Beplers</i>	71
cc. Ein „eigenständiges arbeitsrechtliches Rechtsinstitut“ – das Konzept nach <i>Henssler</i>	73
dd. Kritische Stellungnahme zum Konzept <i>Hensslers</i>	75
f. Zusammenfassende Stellungnahme	77
g. Zwischenergebnis	78
5. Systematische Einordnung der betrieblichen Übung	79
a. Gesamtzusage	80
b. Arbeitsvertragliche Einheitsregelung	83
c. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.....	85

6.	Entstehen der betrieblichen Übung.....	86
a.	Gegenstand	87
b.	Geltungsbereich	88
aa.	Persönlicher Geltungsbereich	88
bb.	Räumlicher Geltungsbereich	94
c.	Gleichförmiges Verhalten	94
d.	Rückschluss auf einen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers	99
e.	Kollektives Element	100
f.	Keine sonstige Anspruchsgrundlage	100
7.	AGB-Kontrolle	101
8.	Sonderfall: „Irrtümliche betriebliche Übung“	102
9.	Verhinderung und Beendigung der betrieblichen Übung.....	109
a.	Schriftformklausel	110
aa.	Einfache Schriftformklausel.....	111
bb.	Doppelte Schriftformklausel	112
b.	Freiwilligkeitsvorbehalt.....	116
aa.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 30. Juli 2008	117
bb.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 8. Dezember 2010 ..	118
cc.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom	
 14. September 2011.....	119	
dd.	Formulierung und Wirkung.....	125
ee.	Keine Bindung an § 315 BGB.....	126
ff.	AGB-Kontrolle.....	127
c.	Widerrufsvorbehalt und Widerruf.....	127
d.	Gegenläufige betriebliche Übung.....	130
aa.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26. März 1997	132
bb.	Kritische Stellungnahme.....	135
cc.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 4. Mai 1999.....	137
dd.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24. November 2004	137
ee.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18. März 2009	138
ff.	Kritische Stellungnahme.....	140
gg.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 25. November 2009	145
e.	Vertragliche Vereinbarung	145
f.	Anfechtung	146
aa.	Anfechtung nach der Vertragstheorie	147
bb.	Anfechtungserklärung	152
cc.	Anfechtungsgegner	153
dd.	Anfechtungsfrist	155
ee.	Anfechtungswirkung	156
g.	Wegfall der Geschäftsgrundlage	157
h.	Änderungskündigung	158
i.	Änderungsvereinbarung	158
j.	Ablösung durch Betriebsvereinbarung.....	159
10.	Betriebliche Übung bei der betrieblichen Altersversorgung	174
a.	Entstehung der betrieblichen Übung	176

b.	Beginn der Wirkung der betrieblichen Übung	178
c.	Verhinderung, Änderung und Beendigung der betrieblichen Übung ..	183
11.	Betriebliche Übung im Öffentlichen Dienst.....	184
a.	Gegenstand	184
b.	Historische Entwicklung	185
c.	Sonderregeln für Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes.....	188
aa.	Grundsätzlicher Normvollzug	188
bb.	Tarifvertragliche Schriftformgebote	190
cc.	Kritische Stellungnahme	191
d.	Öffentliche Unternehmen privatrechtlicher Rechtsform.....	199
e.	Kirchliche Einrichtungen	201
C.	Die Anwendbarkeit von Tarifverträgen kraft betrieblicher Übung.....	205
I.	Problemaufriss	205
II.	Rechtsprechung zu Bezugnahmeklauseln	206
1.	Bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	207
a.	Statische Verweisung	208
b.	Dynamische Verweisung.....	209
aa.	Kleine dynamische Verweisung	210
bb.	Große dynamische Verweisung	210
cc.	Gleichstellungsabrede	210
2.	Kritik an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.....	212
3.	Ankündigung einer Rechtsprechungsänderung	215
4.	Kritische Stellungnahme zur angekündigten Rechtsprechungsänderung	218
5.	Umsetzung der angekündigten Rechtsprechungsänderung	221
6.	Aktuelle Rechtsprechungsentwicklungen.....	223
III.	Anwendbarkeit von Tarifverträgen kraft betrieblicher Übung.....	224
1.	Betriebliche Übung als Grundlage einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme..	224
a.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 15. Februar 1965.....	225
b.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 1. März 1972	226
c.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Januar 1999.....	226
d.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 17. April 2002.....	228
e.	Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24. Februar 2016.....	229
f.	Herrschende Literatur	230
g.	Kritische Stellungnahme	230
aa.	Schriftformgebot gemäß § 1 Abs. 2 TVG	230
bb.	Nachweispflicht gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 NachwG	232
cc.	Rechtsgeschäftslehre	233
dd.	Praxistauglichkeit	233
2.	Umfang und Reichweite der Tarifbindung	234
a.	Umfang der Bezugnahme	235
aa.	Bezugnahme auf einzelne Tarifbestimmungen	236

bb.	Auslegung	240
(1)	Nicht tarifgebundener Arbeitgeber.....	241
(2)	Tarifgebundener Arbeitgeber	242
(3)	Kritische Stellungnahme	242
(4)	Eigener Lösungsansatz	247
b.	Reichweite der Bezugnahme	249
aa.	Nicht tarifgebundener Arbeitgeber	249
bb.	Tarifgebundener Arbeitgeber	250
cc.	Kritische Stellungnahme	253
dd.	Eigener Lösungsansatz	256