

JOACHIM WENNING

Betriebliche Übung und Betriebsvereinbarung

Beiträge zum Arbeitsrecht

7

Mohr Siebeck

Beiträge zum Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Martina Benecke, Felix Hartmann,
Sudabeh Kamanabrou, Hartmut Oetker

7



Joachim Wenning

Betriebliche Übung und Betriebsvereinbarung

Mohr Siebeck

Joachim Wenning, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; 2011 Erste juristische Staatsprüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn; Rechtsreferendariat am Landgericht in Bonn; 2018 Zweite juristische Staatsprüfung und Promotion; seit 2019 Rechtsanwalt in Bonn.

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

ISBN 978-3-16-157584-6 / eISBN 978-3-16-157585-3

DOI 10.1628/978-3-16-157585-3

ISSN 2509-9973 / eISSN 2569-3840 (Beiträge zum Arbeitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Katharina
Philipp*

*Meinen Eltern
Karin und Ulrich*

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn im November 2018 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Ende Januar 2019 berücksichtigt. Die im Stadium der Drucklegung im Juni 2019 veröffentlichten Entscheidungsgründe der Urteile des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 30.1.2019 zu dem Aspekt der Betriebsvereinbarungsoffenheit sind eingearbeitet.

Entstanden ist die Arbeit während der Tätigkeit am Lehrstuhl meines Doktorvaters Herrn Professor Dr. Raimund Waltermann. Ihm gebührt nicht nur für die jahrelange Betreuung besonderer Dank. Er war Auslöser meiner Entscheidung, im Arbeitsrecht zu promovieren, und gab die Idee zu dem Thema. Für die vielen schönen Jahre am Lehrstuhl, die wissenschaftliche Freiheit und die nicht nur akademisch prägende Zusammenarbeit bin ich ihm sehr dankbar.

Herrn Professor Dr. Stefan Greiner möchte ich ganz herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die Anregungen danken, die Eingang in diese Arbeit gefunden haben. Für die unkomplizierte Förderung der Veröffentlichung durch die Gewährung eines Zuschusses zu den Druckkosten danke ich der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung.

Ich betrachte es als großes Glück und Privileg, dass ich am Lehrstuhl und am Institut mit Kolleginnen und Kollegen zusammenarbeiten durfte, die nicht nur den nötigen wissenschaftlichen Diskurs ermöglichten, sondern auch abseits der Wissenschaft zu guten Freunden wurden. Mein Dank für vielfältige Unterstützung gebührt daher Dr. Antonia Reitter, Dr. Martin Assenmacher, Dr. Johannes Fütterer, Dr. Daniel Krämer und Dr. Maria Kleinert, die außerdem mit der Korrektur der Druckfahnen viel Zeit und Mühe in diese Arbeit investiert hat. Dr. Stephan Seiwert, LL.M., hat nicht nur die Korrektur der Erstfassung auf sich genommen, sondern vor allem in unserer gemeinsamen Zeit am Lehrstuhl wie auch danach als Freund und wissenschaftlicher Gesprächspartner bereitgestanden. Ohne diesen unschätzbaren Austausch hätte die Arbeit nicht so werden können.

Großen Anteil hatten auch die Diskussionen in unserer regelmäßigen Doktorandenrunde bei Pizza und Wein: Dr. Lucyne Ghazarian, Dr. Verena Roder-Hießerich, Dr. Thekla Stollhof, Lisa Wüstefeld, Dominik Bitzenhofer,

Dr. Sonny Bornhauser, Dr. Christoph Corzelius und Dr. Alexander Koof. In der letzten arbeitsreichen Phase konnte ich stets auf Philipp Voigt und Marko Vraetz zählen.

Am meisten Geduld während der Promotion muss die eigene Familie aufbringen. Ohne ihren Zuspruch wäre all das nicht möglich gewesen. Besonders meine Eltern haben mich stets ermutigt und all die Jahre vorbehaltlos unterstützt. Sie waren Rückhalt und Antrieb zugleich. Meinen Eltern, meinen beiden Schwestern Maria und Sabine und meinen Schwiegereltern danke ich zudem für ihre Hilfe bei der Korrektur der Druckfahnen.

Der größte Dank gilt meiner Ehefrau Katharina für ihre liebevolle und geduldige Unterstützung. Von der ersten Idee bis zum letzten Satz hatte sie teil an der Entstehung der Arbeit. Sie hat für dieses zeitraubende Projekt über all die Jahre Verständnis aufgebracht und Freud' wie Leid geteilt. Ihr, unserem Sohn und meinen Eltern ist diese Arbeit gewidmet.

Bonn, im Juli 2019

Joachim Wenning

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Einleitung und Gang der Untersuchung	1

Erster Teil Grundlagen

<i>A. Rechtliche Bindung durch betriebliche Übung</i>	<i>5</i>
<i>B. Betriebliche Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung</i>	<i>32</i>

Zweiter Teil Verhinderung einer betrieblichen Übung durch Betriebsvereinbarung

<i>A. Vereinbarung einer Zusatzleistung durch Betriebsvereinbarung</i>	<i>81</i>
<i>B. Betrieblichen Übungen entgegenstehende Vorbehalte in Betriebsvereinbarungen</i>	<i>89</i>
<i>C. Zusammenfassung und Bewertung</i>	<i>189</i>

*Dritter Teil***Gestaltung einer bestehenden betrieblichen Übung
durch Betriebsvereinbarung**

<i>A. Terminologie und rechtsquellentheoretische Grundlagen</i>	196
<i>B. Perspektive des Betriebsverfassungsrechts.....</i>	235
<i>C. Perspektive des Arbeitsvertragsrechts.....</i>	326
Thesenartige Zusammenfassung und Untersuchungsergebnis.....	449
Literaturverzeichnis.....	461
Sachregister.....	477

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung und Gang der Untersuchung	1

Erster Teil Grundlagen

<i>A. Rechtliche Bindung durch betriebliche Übung</i>	<i>5</i>
I. „Betriebliche Übung“	5
II. Die tatsächlichen Umstände einer betrieblichen Übung	6
III. Geltungsgrund	8
1. Zukunftsbindung als „springender Punkt“	10
2. Ablehnung normativer Erklärungsmodelle	11
3. Fehlende Aussagekraft etwaigen Gewohnheitsrechts für die Untersuchung	13
4. Vertragslösung als vorzugswürdiges Erklärungsmodell	14
a) Vertrauenslösung	14
b) Vertragslösung	16
aa) Ständige Rechtsprechung des BAG	17
bb) Wissenschaftliches Schrifttum und eigene Position	18
IV. Bedeutung des „kollektiven Elements“	23
1. Terminologie: Betriebliche Übung und Individualübung	23
2. Begriff des „kollektiven Elements“ und seine rechtliche Relevanz	25
V. Blick auf die Gesamtzusage	30
VI. Zusammenfassung und Ausblick auf die weitere Untersuchung	31
<i>B. Betriebliche Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung</i>	<i>32</i>
I. Terminologie und Grundlagen	33
II. Reichweite betrieblicher Rechtsetzung	36
1. Grenzen der Regelungsbefugnis	37

a)	Umfassende Regelungsbefugnis	37
b)	Vertragsrechtsakzessorietät	40
c)	Günstigkeit als Schranke der Regelungsbefugnis.....	42
d)	Grundrechte und Gesetzesvorbehalt	45
e)	Grenzziehung ausschließlich durch Gemeinschaftsbezug auf Grundlage des Sozialstaatsprinzips.....	47
f)	Stellungnahme.....	49
aa)	Grenzen der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers als Grenzen betrieblicher Rechtsetzung? (Vertragsrechtsakzessorietät)	50
bb)	Günstigkeit als Grenze der Regelungsbefugnis?.....	56
(1)	Zweck der Betriebsverfassung.....	56
(2)	Ungeeignetheit des Kriteriums der Günstigkeit zur Begrenzung der Regelungsbefugnis.....	57
(a)	Arbeitsvertrag als Vergleichsgegenstand?	58
(b)	Dispositives Gesetzesrecht als Vergleichsgegenstand?	59
(3)	Zwischenergebnis.....	62
cc)	Bedeutung des Gesetzesvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie	62
(1)	Verfassungsrechtliche Begründung	62
(2)	Zur Kritik der rein zivilistischen Sicht	64
(3)	Ungenügende Grundlage unbegrenzter Regelungsbefugnis	65
(4)	Ungenügende Rechtfertigung durch das Sozialstaatsprinzip	67
(5)	Wesentlichkeitstheorie	72
g)	Zusammenschau und Folgen.....	73
aa)	Erkenntnisse zur betrieblichen Rechtsetzung.....	73
bb)	Folgerungen zur Reichweite der betrieblichen Regelungsbefugnis	74
2.	Tarifvorrang.....	77
III.	Betriebliche Mitbestimmung in Angelegenheiten betrieblicher Übungen.....	77
IV.	Ergebnis	79

Zweiter Teil
**Verhinderung einer betrieblichen Übung
 durch Betriebsvereinbarung**

<i>A. Vereinbarung einer Zusatzleistung durch Betriebsvereinbarung</i>	81
I. „Subsidiarität“ der betrieblichen Übung	81
II. Sonderfall der irrigen betrieblichen Übung	84
III. Schlussfolgerung und Bewertung	86
 <i>B. Betrieblichen Übungen entgegenstehende Vorbehalte in Betriebsvereinbarungen</i>	 89
I. Individualarbeitsrecht als Ausgangspunkt	91
1. Eingrenzung auf Freiwilligkeitsvorbehalt und Formerfordernisse	92
a) Ausgangspunkt	92
b) Ausgrenzung anderer „Flexibilisierungsklauseln“	92
2. Freiwilligkeitsvorbehalt	95
a) Grundsätzliche Wirkungsweise	96
b) Freiwilligkeitshinweis	98
aa) Abgrenzung vom Freiwilligkeitsvorbehalt	98
bb) Rechtliche Bedeutung und tatsächliche Voraussetzungen des Freiwilligkeitshinweises	99
cc) Betriebsverfassungsrechtliche Perspektive	102
c) „Konkreter Freiwilligkeitsvorbehalt“	103
aa) Abgrenzung	103
bb) Exkurs: Individualarbeitsrechtlicher Hintergrund	105
cc) Betriebsverfassungsrechtliche Perspektive und Bedeutung im Folgenden	108
d) Allgemeiner Freiwilligkeitsvorbehalt: Rechtsgeschäftliche Regelung oder nur tatsächliche Erklärung?	110
e) Fragen der Wirksamkeit des Freiwilligkeitsvorbehalts	116
aa) Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle von Freiwilligkeitsvorbehalten	116
bb) Rechtsfolgen eines wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalts	118
(1) Grundsatz: Verhinderung einer betrieblichen Übung	118
(2) Zweifel an der Wirkung und Unbeachtlichkeit wegen Zeitablaufs	119

(3) Bedeutung des Vorrangs der Individualabrede (§ 305b BGB).....	123
cc) Folgen der Unwirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts.....	124
3. Vertraglich vereinbartes Formerfordernis.....	126
4. Zusammenfassung und Ausgangspunkt für die betriebsverfassungsrechtliche Betrachtung.....	129
II. Wirksamkeit der Vorbehalte in Betriebsvereinbarungen.....	132
1. Betriebsautonomie.....	132
2. Regelungsbefugnis der Betriebsparteien.....	134
a) Ausgangspunkt und verfassungsrechtliche Grundlagen.....	134
b) Betrachtung des Freiwilligkeitsvorbehalts.....	137
aa) Schutzbereich.....	137
bb) Eingriff.....	137
cc) Geringe Intensität des Grundrechtseingriffs.....	141
(1) Grundrechtsrelevanz von Auslegungsregeln.....	142
(2) Geringe Reichweite des Freiwilligkeitsvorbehalts.....	142
(3) Gegenstand: Arbeitsentgelt.....	144
(4) Bedeutung der Disposition über Gesetzesrecht.....	145
(5) Verfahren und Organisation der Betriebsverfassung.....	146
dd) Hinreichende gesetzliche Grundlage.....	148
ee) Zwischenergebnis.....	150
c) Betrachtung des Formerfordernisses.....	151
aa) Ausgangspunkt.....	151
bb) Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum.....	152
cc) Wahrung des Gesetzesvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie.....	154
dd) Folgen und Ausblick: Reduzierung auf Freiwilligkeitsvorbehalt.....	157
3. Inhaltliche Rechtmäßigkeit.....	159
a) Vereinbarkeit mit dem BGB.....	160
aa) Abweichung vom Gesetzesrecht.....	160
bb) Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	161
(1) Übertragbarkeit einzelner Gesichtspunkte.....	161
(2) Verstoß gegen § 611a Abs. 2 BGB?.....	163
b) Verhältnismäßiger Eingriff in Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG.....	166
aa) Zweck.....	166
bb) Geeignetheit.....	166
cc) Erforderlichkeit.....	167
dd) Angemessenheit.....	170
(1) Vertragsfreiheit des Arbeitgebers.....	171

(2) Interesse des Arbeitnehmers an „natürlicher Auslegung“	172
(a) Abhängigkeit des Arbeitnehmers von monatlichem Einkommen	174
(b) Begrenzung nach dem Leistungsumfang	177
(3) Unerheblichkeit des Leistungszwecks	179
(4) Ergebnis	180
III. Exkurs: Kohärenz mit dem AGB-Recht?	182
IV. Wirkung der Vorbehalte trotz Günstigkeitsprinzip	184
V. Vorbehalte in einer Betriebsvereinbarung aus Sicht der Vertrauenshaftungslehre	187
C. Zusammenfassung und Bewertung	189

Dritter Teil

Gestaltung einer bestehenden betrieblichen Übung durch Betriebsvereinbarung

A. Terminologie und rechtsquellen-theoretische Grundlagen	196
I. Regelungskonflikt	196
1. Begriff der Regelung und des Regelungskonflikts	196
2. Regelungskollision	199
3. Regelungskonkurrenz	201
II. Auflösung von Regelungskollisionen	202
1. Kollisionsregeln für private Regelungen	202
a) Übertragung der allgemeinen Kollisionsregeln lex posterior und lex specialis	202
b) Grundsatz der lex superior	205
aa) Idee der einheitlichen Rangordnung in der staatlichen Rechtsordnung	205
bb) lex superior im allgemeinen Zivilrecht	210
cc) Aussagen für das kollektive Arbeitsrecht	212
c) Spezifisch arbeitsrechtliche Kollisionsregeln	215
aa) Günstigkeitsprinzip	215
bb) Ordnungs-, Leistungs- und Ablösungsprinzip?	218
d) Ausblick	221
2. Modi des Vorrangs	222
a) Geltungsvorrang	226
b) Anwendungsvorrang	227
III. Umgang mit Regelungskonkurrenzen	229
1. Ausgangspunkt und Differenzierung	229

2. Verdrängende Konkurrenz	231
a) Konkurrenzregeln	231
b) Folgerungen aus gegenseitiger Inhaltsbindung?	232
3. Echte Anspruchskonkurrenz	233
IV. Zusammenfassende Bewertung	234
<i>B. Perspektive des Betriebsverfassungsrechts</i>	235
I. Unmittelbare und zwingende Wirkung der Betriebsvereinbarung	236
1. Unmittelbare Geltung	236
2. Zwingende Wirkung	237
a) Zwingende Wirkung als Kollisionsregel	237
b) Bedeutung für die Regelungskonkurrenz?	238
3. Rechtsfolge der Kollisionsregel des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG	240
a) Geltungs- oder Anwendungsvorrang?	240
aa) Nichtigkeit aufgrund einer die Privatautonomie beschränkenden Kollisionsregel?	240
bb) Anwendungsvorrang als verfassungsrechtlich gebotene Auslegung	242
(1) Geltungsvorrang als unverhältnismäßiger Eingriff	243
(2) Rechtssicherheit als Argument für einen Geltungsvorrang?	247
cc) Zusammenfassung und Folgen des Anwendungsvorrangs	248
b) Keine Anwendung des § 134 BGB	251
II. Das Günstigkeitsprinzip	253
1. Günstigkeitsvergleich	253
a) Urteil des Großen Senats vom 16.9.1986 (Kollektiver Günstigkeitsvergleich)	254
b) Bewertung des kollektiven Günstigkeitsvergleichs	256
2. Rechtsfolge des Günstigkeitsprinzips	260
a) Fragestellung	260
b) Allgemeine Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum	262
c) Rechtsquellentheoretische Konsequenzen und Problemstellung	264
d) These vom Günstigkeitsprinzip als Modifikation des Geltungsbefehls für anspruchsbegründende Regelungen	265
aa) Geschichtlicher Ursprung des Günstigkeitsprinzips als Ausgangspunkt	265
bb) Bedeutung der Einstufung einer Regelung als Mindestregelung	266

cc) Das Günstigkeitsprinzip als Einschränkung der unmittelbaren Geltung der Betriebsvereinbarung	267
e) Günstigkeitsprinzip als Ausnahme der zwingenden Wirkung und Kollisionsregel.....	270
f) Zusammenfassung	271
III. Zwischenergebnis	272
IV. Ausnahmen vom Günstigkeitsprinzip?	272
1. Ausgangspunkt	272
2. Geltung des Günstigkeitsprinzips für bestehende Arbeitsvertragsregelungen	276
a) Konzeption Hromadkas	276
b) Stellungnahme.....	277
3. Ausnahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen	279
a) Leistungs- und Spezialitätsprinzip	281
b) Betriebliche Übung als „kollektive Ordnung“.....	282
c) „Vorrangkompetenz“ der Betriebsparteien für betriebseinheitliche Regelungen	285
d) Kein geringerer grundrechtlicher Bestandsschutz Allgemeiner Geschäftsbedingungen	287
e) Keine Rechtfertigung eines uneingeschränkten Vorrangs der Betriebsvereinbarung durch die Zwecke ihrer Normwirkung	291
4. Ausnahme der Gegenstände der Mitbestimmungsrechte gemäß § 87 BetrVG und Bedeutung der Ausgleichsfunktion	295
a) Grundlagen.....	295
b) Differenzierung zwischen umstrukturierender und verschlechternder Betriebsvereinbarung	297
c) Unzureichende gesetzliche Grundlage für die Ausnahme finanzieller Zusatzleistungen vom Günstigkeitsprinzip auch bei umstrukturierenden Betriebsvereinbarungen.....	299
aa) Betriebsverfassungsrechtliche Perspektive auf die umstrukturierende Betriebsvereinbarung.....	299
bb) Individualarbeitsrechtliche Perspektive auf die umstrukturierende Betriebsvereinbarung.....	300
cc) Verfassungsrechtliche Anforderungen und systematische Erwägungen.....	301
5. Individualvertragliche Regelungen zu Lasten Dritter	305
a) Grundlagen.....	305
b) § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG als ausreichend konkrete Grundlage für einen Drittschutz?	307
c) Fehlende Überzeugungskraft des Arguments der mittelbaren Belastungswirkung im Entgeltbereich.....	308
aa) Zweifel an der „Belastungswirkung“.....	308

bb) Fehlende Überzeugungskraft der Argumentationsfigur des Dotierungsrahmens	312
6. Mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers.....	316
7. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Mitbestimmung?	320
8. Zweifelhafte Argumentationsfigur des kollektiven Elements der betrieblichen Übung.....	323
9. Zusammenfassende Würdigung der Auffassungen zur Einschränkung des Günstigkeitsprinzips	324
V. Zusammenfassung der betriebsverfassungsrechtlichen Perspektive und Lösung nach Fallgruppen.....	325
<i>C. Perspektive des Arbeitsvertragsrechts.....</i>	<i>326</i>
I. Individualvertragliche Gestaltungsrechte und Betriebsvereinbarung.....	327
1. Ausübung eines Gestaltungsrechts durch Abschluss der Betriebsvereinbarung	327
2. Der betrieblichen Übung immanentes Gestaltungsrecht	330
a) Ausgangspunkt	330
b) Widerrufsrecht aufgrund bedingter Willenserklärung?	333
aa) Darstellung	333
bb) Stellungnahme	334
(1) Dogmatische Zweifel	334
(a) Figur des „versprechensimmanenten Änderungsrechts“	334
(b) Zweifelhafte Implikationen des „versprechensimmanenten Änderungsrechts“	336
(2) Kein geringerer Bestandsschutz freiwilliger Zusatzleistungen	339
c) Konkludenter Widerrufsvorbehalt?.....	342
aa) Abhängigkeit von der Wirtschaftslage	343
bb) Formlosigkeit und Freiwilligkeit der Zusatzleistung	345
cc) Notwendigkeit der Flexibilisierung	346
dd) Keine genügenden Anhaltspunkte zur Begründung eines Widerrufsvorbehalts.....	348
d) Vertrauenshaftungslehre	349
II. „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ und betriebliche Übung	351
1. Begriffliches	352
2. Bestimmung des Regelungsgehalts vertraglicher Öffnungsklauseln	354
a) Grundlegender Charakter und Tatbestand von Öffnungsklauseln	354

b)	Rechtsgeschäftliche Betrachtung der Rechtsfolge und Qualifikation als Bedingung im Sinn des § 158 BGB	355
c)	Rechtsfolge der Öffnungsklausel aus rechtsquellentheoretischer Perspektive	357
aa)	Ausgangspunkt.....	357
bb)	Übertragung der rechtsquellentheoretischen Konzeption auf die rechtsgeschäftliche Öffnungsklausel	358
(1)	Geltungsvorrang als auflösende Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB	358
(2)	Anwendungsvorrang als aufschiebend bedingte aufschiebende Bedingung gemäß § 158 Abs. 1 BGB	358
cc)	Bestimmung der Rechtsfolge der Öffnungsklausel	361
d)	Abbedingung des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG.....	363
aa)	Abweichungen einer Öffnungsklausel von § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG	363
bb)	Würdigung der Öffnungsklausel als Disposition über § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG	366
cc)	Zur abweichenden Auffassung: § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG sei nicht einschlägig	368
e)	Betriebsverfassungsrechtliche Perspektive: Keine Einräumung zusätzlicher „Kompetenzen“ der Betriebsparteien.....	370
f)	Zusammenfassung	371
3.	Vereinbarung arbeitsvertraglicher Öffnungsklauseln.....	372
a)	Fragen der Auslegung	373
b)	Regelungen im schriftlichen Arbeitsvertrag.....	375
aa)	Öffnungsklauseln	375
bb)	Bezugnahmen	377
c)	Öffnungsklauseln aus den Begleitumständen.....	380
aa)	Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen	381
(1)	Urteil des Ersten Senats des BAG vom 5.3.2013 – 1 AZR 417/12	381
(2)	Kritik	383
(a)	Bedeutung des Kriteriums „kollektiver Bezug“	383
(b)	Verhältnis der Entscheidung zur Rechtsprechung anderer Senate des BAG.....	384
(c)	Urteil des Vierten Senats des BAG vom 11.4.2018 – 4 AZR 119/17	386

(d) Unzulässiges Auslegungskriterium der fehlenden Flexibilität des Formularvertrags.....	388
(e) Gleichstellung des formularmäßigen Arbeitsvertrags mit der Betriebsvereinbarung.....	391
bb) Generelle Betriebsvereinbarungsoffenheit bei kollektiven Bezugssystemen?.....	394
cc) Beteiligung des Betriebsrats.....	396
(1) Rechtsprechung.....	396
(2) Betriebsvereinbarungsoffenheit betrieblicher Übungen bei Beteiligung des Betriebsrats?	397
(3) Exkurs zur betriebsvereinbarungsoffenen Gesamtzusage	399
d) Zusammenfassung	402
4. Wirksamkeit arbeitsvertraglicher Öffnungsklauseln.....	402
a) Verstoß gegen das TzBfG?	402
b) Dispositivität des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG.....	404
aa) Disposition durch Arbeitsvertrag	404
bb) Exkurs: Disposition durch Betriebsvereinbarung	406
c) Wirksamkeit formularvertraglicher Öffnungsklauseln	408
aa) Verbot überraschender Klauseln und Transparenzgebot.....	408
bb) Unangemessene Benachteiligung	410
(1) Vorfragen zur Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB	410
(2) § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG als gesetzliches Leitbild des Betriebsverfassungsrechts und des kollektiven Arbeitsrechts	410
(3) Interessenabwägung	412
(a) Ausgangspunkt	412
(b) Unangemessenheit einer globalen Öffnungsklausel	414
(c) Annäherung: Öffnungsklausel zu einzelnen Arbeitsvertragsinhalten.....	416
(aa) Öffnungsklauseln mit Geltungsvorrang als Rechtsfolge	416
(bb) Öffnungsklauseln mit Anwendungsvorrang als Rechtsfolge	418
(d) Angemessenheit einer spezifischen Öffnungsklausel für betriebliche Übungen in Anlehnung an den Freiwilligkeitsvorbehalt	420
5. Sondergebiet der betrieblichen Altersversorgung: Jeweiligkeitsklausel als allgemeiner Änderungsvorbehalt einer betrieblichen Übung	422

a) Rechtsprechung des Dritten Senats	423
b) Regelungsgehalt der Jeweiligkeitsklausel	426
aa) Dynamische Inbezugnahme von Versorgungsrichtlinien und einseitiges Änderungsrecht des Arbeitgebers	426
bb) Begriffsbildung und Kategorisierung: Nur ein gewöhnlicher Fall konkludenter Betriebsvereinbarungsoffenheit?	428
cc) Jeweiligkeitsklausel als Sonderänderungsrecht formulärmäßiger Versorgungszusagen	430
c) Tatsächliche Besonderheiten der betrieblichen Altersversorgung	432
d) Auslegung von Versorgungszusagen	435
aa) Blick auf ausdrückliche Jeweiligkeitsklauseln	436
bb) Versorgungszusagen auf Grundlage einer betrieblichen Übung: Auslegung oder Rechtsfortbildung?	437
e) Wirksamkeit der arbeitsvertraglichen Jeweiligkeitsklausel	441
f) Zusammenfassung	445
III. Zusammenfassung der Perspektive des Arbeitsvertragsrechts	445
Thesenartige Zusammenfassung und Untersuchungsergebnis	449
Erster Teil: Grundlagen	449
Zweiter Teil: Verhinderung einer betrieblichen Übung durch Betriebsvereinbarung	450
Dritter Teil: Gestaltung einer bestehenden betrieblichen Übung durch Betriebsvereinbarung	454
Untersuchungsergebnis	460
Literaturverzeichnis	461
Sachregister	477

Einleitung und Gang der Untersuchung

Zwischen der Freiheit des Einzelnen und der Gleichheit und Solidarität der Gemeinschaft vollführt das Arbeitsrecht seit seiner Entstehung eine Gratwanderung. Zwischen den Polen des Liberalismus und des Sozialismus liegt die heutige Arbeitsrechtsordnung einer sozialen und freiheitlichen Marktwirtschaft. Die Übertragung rechtsetzender Befugnisse auf Kollektive ist in einem liberalen Rechtsstaat eine Besonderheit, die das Arbeitsrecht prägt. In Ziel und Wirkung ist sie paradox: Die Betriebsverfassung dient dem Schutz individueller Freiheit vor einseitiger Gestaltungsmacht und bedroht sie zugleich, indem sie die Interessen des Einzelnen kollektiven Interessen unterordnet. Wo individuelle Freiheit endet und kollektive Solidarität beginnt, mit anderen Worten die Grenze zwischen Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung, ist seit jeher Mittelpunkt der Forschung.

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Grenze in den letzten Jahren zu Gunsten der Betriebsparteien verschoben: Allgemeine Geschäftsbedingungen mit „kollektivem Bezug“ seien so auszulegen, dass sie unter dem Vorbehalt einer – auch die Arbeitnehmer belastenden – Betriebsvereinbarung stünden.¹ Selbiges gelte für arbeitsvertraglich geregelte Betriebsrenten; sie seien offen für Änderungen durch Betriebsvereinbarung, als wären sie selbst Betriebsvereinbarungen.² Das Verhältnis der Rechtsquellen Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung wird dadurch neu bestimmt.³ Grundlage dieser Neubestimmung ist jedoch nicht eine Gesetzesänderung, sondern eine gewandelte Auslegung des Arbeitsvertrags. Bereits daran wird deutlich, dass sich die Grenze zwischen Individual- und Kollektivvereinbarung aus zwei Perspektiven betrachten lässt: aus der Sicht des staatlichen kollektiven Arbeitsrechts und aus der Sicht des vertraglichen Individualarbeitsrechts. Wie weit reicht betriebliche Rechtsetzung? Wo endet die Rechtsbindung des Individualvertrags?

¹ BAG 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, NZA 2013, 916; bestätigt durch BAG 24.10.2017 – 1 AZR 846/15, ZTR 2018, 221; BAG 30.1.2019 – 5 AZR 450/17, Juris.

² BAG 23.2.2016 – 3 AZR 960/13, NZA 2016, 642 Rn. 29 ff.; BAG 23.2.2016 – 3 AZR 44/14, NZA 2016, 961 Rn. 46 ff.

³ *Waltermann*, RdA 2016, 296 (302), spricht von einer „Veränderung der Rechtsquellenarchitektur des Arbeitsrechts“.

Für die *betriebliche Übung* ist diese Grenzziehung seit Jahrzehnten dem Wandel der Rechtsprechung unterworfen. Sie steht als besondere Spielart *pars pro toto* für Arbeitsvertragsbedingungen, die Bestandteil einer Vielzahl von Arbeitsverträgen sind. Anhand dieses individualarbeitsrechtlichen Phänomens soll im Folgenden das Verhältnis der Betriebsvereinbarung zum Arbeitsvertrag untersucht werden. Die betriebliche Übung bietet Anlass, sich sowohl mit der Frage auseinanderzusetzen, was zu regeln die Betriebsparteien in der Lage sind, als auch mit dem Verhältnis bestehender arbeitsvertraglicher zu betrieblichen Regelungen. Die Demonstration der Grenzen betrieblicher Rechtsetzung am Beispiel der betrieblichen Übung führt zu einer Zweiteilung der Untersuchung: Inwiefern eine Betriebsvereinbarung im Vorfeld einer betrieblichen Übung Einfluss auf deren Entstehung nehmen und sie möglicherweise verhindern kann, wurde bislang wissenschaftlich nicht untersucht, hängt aber im Wesentlichen von der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien ab. Arbeitsrechtliches „Evergreen“⁴ wiederum ist die Frage der Änderung oder Beendigung einer betrieblichen Übung durch Betriebsvereinbarung. Für die Beantwortung bietet die Rechtsquellenlehre wichtiges Handwerkszeug, das nicht nur bei der Bestimmung des *gesetzlich* vorgesehenen Verhältnisses einer betrieblichen zu einer vertraglichen Regelung weiterhilft, sondern auch bei möglichen *privatautonom* Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen.

Widmet man sich der Untersuchung des Verhältnisses der betrieblichen Übung zur Betriebsvereinbarung, stellt man schnell fest, dass bereits die beiden Gestaltungsmittel an sich klare Konturen im Einzelnen vermissen lassen. Die darauf aufbauende Folgefrage des Verhältnisses der beiden zueinander bedarf daher zunächst einer Versicherung der Grundlagen (Erster Teil). Dabei soll jedoch nicht erneut der Geltungsgrund der betrieblichen Übung aufgearbeitet werden. Den zu dieser Frage über Jahrzehnte ausgetauschten Argumenten dürfte kaum etwas hinzuzufügen sein. Vielmehr soll ein Ausgangspunkt für die Zwecke dieser Untersuchung formuliert werden, wobei von der jüngsten breit angelegten Untersuchung *Christian Pickers*⁵ ausgegangen werden kann. Wichtiger und von steter Aktualität ist die Frage der Reichweite betrieblicher Rechtsetzung. Ebenso wie bei der betrieblichen Übung folgt die Rechtsprechung einer konsequenten Linie in konsequenter Opposition zu großen Teilen des Schrifttums. Zuletzt hat *Sebastian Kolbe*⁶ sich diesem Thema ausführlich gewidmet.

Die weiteren Teile folgen der angedeuteten Unterscheidung zwischen der Situation im Vorfeld einer betrieblichen Übung und der Situation einer beste-

⁴ Raab, FS Lindacher, 2017, S. 301 (333).

⁵ Betriebliche Übung, 2011.

⁶ Mitbestimmung, 2013.

henden betrieblichen Übung. Es handelt sich um einen Unterschied in der zeitlichen Abfolge: Wird zuerst eine Betriebsvereinbarung getroffen, stellt sich die Frage, inwiefern sie die Entstehung betrieblicher Übungen gestalten kann (Zweiter Teil). Da diese Frage bisher nur im Individualarbeitsrecht gestellt wurde, soll vom dortigen Kenntnisstand (insbesondere von dem terminologischen) ausgegangen werden, soweit er der Untersuchung auf betrieblicher Ebene nützt. Dort kommt es dann primär auf die Anwendung der herausgearbeiteten Grenzen der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien an, und inwiefern sie Vorbehalte vereinbaren können, die der Entstehung betrieblicher Übungen entgegenstehen.

Entsteht hingegen zuerst eine betriebliche Übung und kommt es erst im Lauf der Zeit zu einer Betriebsvereinbarung, die die Übung (um-)gestalten soll (Dritter Teil), stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsquellen Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung zueinander. Von den Erkenntnissen der Rechtsquellenlehre ausgehend, lässt sich dieses Verhältnis nach den Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes bestimmen. An die Stelle dieser staatlichen, heteronomen Bestimmungen über das Verhältnis von Arbeitsvertrag zu Betriebsvereinbarung können die Vertragsparteien autonome Regelungen setzen. Dies ist Kern der Rechtsprechung der letzten Jahre: Durch die arbeitsvertragliche Gestaltung der Betriebsvereinbarungsoffenheit regeln die Arbeitsvertragsparteien das Verhältnis des Arbeitsvertrags zu einer Betriebsvereinbarung autonom und abweichend vom Gesetz. *Andreas Habermann* hat diese Zusammenhänge jüngst untersucht⁷ und in dem Zug eine Neuausrichtung des staatlicherseits vorgesehenen Günstigkeitsprinzips vorgeschlagen.

Ziel der Untersuchung ist die Aufklärung der Gestaltungsmöglichkeiten, die den Betriebsparteien im Hinblick auf die betriebliche Übung offenstehen. Konkret soll es darum gehen, wie eine Betriebsvereinbarung die rechtliche Bindung durch betriebliche Übung gestalten kann – im Vorfeld wie im Anschluss an die Entstehung einer betrieblichen Übung. Aus Sicht der Praxis lassen sich die Forschungsfragen auch dahin formulieren, ob und wie die Betriebsparteien die *Entstehung* einer betrieblichen Übung *verhindern* (Zweiter Teil) und eine *bestehende* betriebliche Übung *verändern* oder sogar *beenden* können (Dritter Teil). Methodisch handelt es sich zuvorderst um eine rechtsdogmatische Untersuchung. Die historische Perspektive ermöglicht allerdings gerade im Hinblick auf den Dritten Teil die Einordnung der Entwicklung der Rechtsprechung der letzten Jahre und Jahrzehnte vom Ordnungsprinzip über das Ablösungsprinzip und das Günstigkeitsprinzip zur flächendeckenden Betriebsvereinbarungsoffenheit. Andere Methoden werden – soweit sie Erkenntnisgewinn im vorliegenden Zusammenhang liefern – zur Argumentation im Einzelnen herangezogen.

⁷ Allgemeine Arbeitsbedingungen, 2017.

Erster Teil

Grundlagen

A. Rechtliche Bindung durch betriebliche Übung

I. „Betriebliche Übung“

Anschaulicher Ausgangspunkt soll die vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung wiederholte Formel zur „betrieblichen Übung“ sein, in der die Vorstellungen des Gerichts und die des ihm folgendenden Teils der Literatur zum begrifflichen Verständnis der betrieblichen Übung deutlich werden:

„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 eingeräumt werden.“¹

Demnach handelt es sich bei der betrieblichen Übung um ein – den noch zu formulierenden Tatbestand verwirklichendes – tatsächliches Verhalten des Arbeitgebers, das zu einer rechtlichen Verpflichtung führt. Das BAG spricht nur dann von einer betrieblichen Übung, wenn der Tatbestand erfüllt und mithin eine rechtliche Bindung des Arbeitgebers für die Zukunft eingetreten ist. Diese Terminologie wird im Folgenden zugrunde gelegt. „Betriebliche Übung“ soll also sowohl das tatbestandsmäßige Verhalten des Arbeitgebers als auch die daraus resultierende rechtliche Bindung selbst bezeichnen. Relevant ist dabei stets nur die Bindung an eine Leistung des Arbeitgebers *zu Gunsten*² der Arbeitnehmer. Das ist seit jeher der Grundtatbestand der be-

¹ So die Formel des insbesondere für Gratifikationen und Sondervergütungen zuständigen Zehnten Senats: BAG 18.1.2012 – 10 AZR 670/10, NZA 2012, 499 Rn. 18; BAG 29.8.2012 – 10 AZR 571/11, NZA 2013, 40 Rn. 18 f.; ebenso der Neunte Senat: BAG 17.11.2015 – 9 AZR 547/14, NZA 2016, 308 Rn. 16. Zuletzt in der Sache ausf., aber nicht mit wortgleicher Definition BAG 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992. Der für Fragen der betrieblichen Altersversorgung zuständige Dritte Senat formuliert leicht abgewandelt, aber in den einzelnen Tatbestandsmerkmalen übereinstimmend, vgl. BAG 11.11.2014 – 3 AZR 849/11, Rn. 53 f.

² Die gegenläufige oder negative betriebliche Übung ist spätestens seit der Entscheidung des BAG vom 18.3.2009 – 10 AZR 281/08, NZA 2009, 601, obsolet. In früheren Untersuchungen wurde sie häufig als Kehrseite der betrieblichen Übung angesehen und teilweise primär vom Gedanken der Symmetrie geleitet bejaht (*Maties*, Gegenläufige

trieblichen Übung unabhängig von ihrer dogmatischen Einordnung oder ihren weiteren Voraussetzungen im Einzelnen.

II. Die tatsächlichen Umstände einer betrieblichen Übung

Dass die tatsächlichen Umstände, die einer betrieblichen Übung zugrunde liegen, zu einer rechtlichen Bindung des Arbeitgebers für die Zukunft führen, wird heute von keiner Seite in Frage gestellt.³ Der Streit um den Geltungsgrund, sprich die dogmatische Einordnung der Bindung, wirkt sich auf *Tatbestandsseite* (deutlicher hingegen im Hinblick auf die Folgefragen) ausschließlich auf die Terminologie der Tatbestandsmerkmale aus, also auf die juristische Umschreibung der tatsächlichen Umstände als Willenserklärung des Arbeitgebers oder als Vertrauenstatbestand verbunden mit schutzwürdigem Vertrauen des Arbeitnehmers. Die tatsächlichen Begebenheiten sind dieselben. Tatbestandsmäßig ist stets die regelmäßige Erbringung einer Leistung durch den Arbeitgeber an die Arbeitnehmer des Betriebs. Die Leistung muss freiwillig erfolgen, d.h. nicht in Erfüllung bereits aus anderweitigen Rechtsgrundlagen bestehender Pflichten⁴; gleichzeitig darf kein Freiwilligkeitshinweis erklärt werden oder (wirksamer) Freiwilligkeitsvorbehalt bestehen⁵. Für eine Zukunftsbindung müssen außerdem – als positive Tatbestandsvoraussetzung – genügend Anhaltspunkte vorliegen. Wann das der Fall ist, wird anhand eines Kriterienkatalogs geprüft, innerhalb dessen ein Mehr des einen das Weniger eines anderen Kriteriums auszugleichen vermag. Abzustellen ist zum ersten auf den Zeitraum, über den hinweg die Leistung erbracht wurde, bzw. in Relation damit die Anzahl der bisher erbrachten Leistungen.⁶ Zum

Übung, 2003, 159 ff.; zu Recht krit. gegenüber diesem Argument *Thüsing*, NZA 2005, 718 [719]; differenzierter aber teilweise ebenso *Seiter*, Betriebsübung, 1967, 113 ff.). Zu Recht hat das BAG sich von der negativen betrieblichen Übung im genannten Urteil verabschiedet. Sie soll daher im Folgenden nicht mehr Gegenstand sein.

³ *Chr. Picker*, Betriebliche Übung, 2011, S. 187 f. Vgl. aber als Ausdruck einer zunehmend kritischen Sichtweise: *A. Schneider*, NZA 2016, 590 (594). Näher m. Nachw. unten Fn. 15 (S. 9).

⁴ Dazu ausf. unten Zweiter Teil, A.I. (S. 81 ff.).

⁵ Dazu und insbes. zur Terminologie unten Zweiter Teil, B.I.2. (S. 95 ff.).

⁶ Bei dem klassischen Fall der jährlich gezahlten Weihnachtsg Gratifikation hat sich das BAG auf eine dreimalige Zahlung festgelegt (stellv. BAG 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, NZA 2012, 81 Rn. 12). Ansonsten entscheidet es nach dem Einzelfall, ob aus Sicht der Arbeitnehmer die Dauer der Leistung bereits für die Erkennbarkeit eines Bindungswillens des Arbeitgebers für die Zukunft genügt (vgl. BAG 5.2.1971 – 3 AZR 28/70, NJW 1971, 1422; BAG 28.5.2008 – 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941; BAG 15.5.2012 – 3 AZR 610/11, NZA 2012, 1279 Rn. 58). Eine betriebliche Übung aufgrund einer einmaligen Zahlung kommt nach diesem Verständnis nicht in Betracht. Insofern abweichend allein *Chr. Picker*, Betriebliche Übung, 2011, S. 230 f., der eine gewisse Bindung für die Zukunft bereits nach der ersten Leistung bejaht. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Dauer und die Zahl

zweiten kommt es dem BAG auf Umstände an, die unter dem Begriff der Intensität der Leistung zusammengefasst werden können: Zu berücksichtigen sind die Häufigkeit der Leistung (einmal oder mehrfach im Jahr) sowie ihre Bedeutung für die Lebensführung der Arbeitnehmer.⁷ Sodann ist der Umfang der finanziellen Leistung erheblich, sie darf keine bloße Gefälligkeit sein, sondern muss „materiell ins Gewicht fallen[...]“⁸.

Dabei verdient der letzte Punkt Hervorhebung: Je mehr man auf die Erheblichkeit der „Leistung“ verzichtet und die betriebliche Übung auch auf passives Verhalten (Duldung privater Internetnutzung) erstreckt, desto mehr gerät die unternehmerische Freiheit und Flexibilität, die gerade in alltäglichen Abläufen zwingend notwendig ist, in Gefahr. *Chr. Picker* weist auf diese Problematik zu Recht hin und scheidet mit überzeugender Begründung bestimmte Gegenstände aus dem gewöhnlich universell verstandenen „Gestaltungsmittel“ der betrieblichen Übung aus.⁹ Das überzeugt ebenso wie die von *Raimund Waltermann* angemahnte Zurückhaltung bei der Annahme einer betrieblichen Übung¹⁰. Die folgende Untersuchung beschränkt sich daher auf die betrieblichen Übungen, die finanzielle Zusatzleistungen zum Gegenstand haben, d.h. insbesondere, aber nicht ausschließlich Weihnachtsgratifikationen, Urlaubsgeld, Jubiläumszahlungen sowie Ruhegeld. Finanzielle Zusatzleistungen sind die Keimzelle der betrieblichen Übung und nur sie sollten – mit dem Effekt der Steigerung der Rechtssicherheit – für eine Bindung aus betrieblicher Übung in Betracht kommen.¹¹

der Wiederholungen der Leistung auch bei ihm Bedeutung erlangen: Je länger die Übung andauert und je häufiger die Leistungen erbracht werden, desto gewichtiger müssten – so *Chr. Picker* – die Gründe sein, damit der Arbeitgeber von seinem Widerrufsrecht, das er annimmt (dazu näher und krit. unten Dritter Teil, C.I.2.b., S. 333 ff.), Gebrauch machen könne (a.a.O., S. 241 ff., 428 f.). Anknüpfungspunkt sei das billige Ermessen gemäß § 315 Abs. 1 BGB (a.a.O., S. 424).

⁷ BAG 28.5.2008 – 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941 Rn. 15 ff., 18; BAG 15.5.2012 – 3 AZR 610/11, NZA 2012, 1279 Rn. 58. Zu allem ausf. m. zahlr. w. Nachw. *Hromadka*, NZA 1984, 241 (244 f.); *Chr. Picker*, *Betriebliche Übung*, 2011, S. 38 ff.; für Nachw. aus der Rspr. *ErfK/Preis*, § 611a BGB Rn. 220b.

⁸ BAG 12.1.1994 – 5 AZR 41/93 (*Wäldchestag*), NZA 1994, 694 (695); BAG 21.1.1997 – 1 AZR 572/96, NZA 1997, 1009 (1012 f.). Ebenso schon BAG 17.9.1970 – 5 AZR 539/69, NJW 1971, 163 (2. Ls.: „Ein Vertrauenstatbestand zugunsten der Arbeitnehmer kann bei materiellen Zuwendungen eher angenommen werden als bei Gewährung zusätzlicher freier Tage oder Stunden aus besonderem Anlaß.“). Bestätigend BAG 16.4.1997 – 10 AZR 705/96, NZA 1998, 423 (424); LAG Nürnberg 5.8.2015 – 2 Sa 132/15, BB 2015, 2622 (Zulassungsbeschwerde vom BAG zurückgewiesen).

⁹ *Chr. Picker*, *Betriebliche Übung*, 2011, S. 211 ff., 266 ff., 283 ff. Ebenso BAG 21.1.1997 – 1 AZR 572/96, NZA 1997, 1009 (1012 f.).

¹⁰ *Waltermann*, RdA 2006, 257 (263); *ders.*, FS Schilken, 2015, S. 139 (148). Ebenso *Mikosch*, FS Düwell, 2011, S. 115 (127 ff.); *Preis/Genenger*, JbArbR 47 (2010), S. 93 (106 ff.).

III. Geltungsgrund

Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird die Frage des Geltungsgrunds der betrieblichen Übung häufig unter dem Aspekt betrachtet, welche Lösung das Phänomen der betrieblichen Übung „am besten“ erklären kann.¹² Nähme man diese Formulierung beim Wort, träte ein beachtlicher Umstand zutage: Die betriebliche Übung schiene nicht abgeleitet aus der (heutigen) Rechtsordnung. Viel mehr hätte es den Anschein, dass die rechtswissenschaftliche Literatur ihre Aufgabe darin sähe, in der Rechtsordnung eine Erklärung für die *Tatsache* „betriebliche Übung“ zu finden.¹³ Ihre Existenz, ihr Tatbestand und ihre Rechtsfolgen würden als gegeben angenommen und wären nicht mehr in Frage zu stellen.¹⁴ Die betriebliche Übung in ihrer durch die Rechtsprechung des BAG hergebrachten Ausgestaltung ähnelte dann eher einem naturwissenschaftlichen Vorgang, den man beobachten, aber (noch?) nicht erklären könnte. Diese Vorgehensweise ist das genaue Gegenteil methodischer Rechtsfindung. Eine rechtliche Bindung kann nur aus der Rechtsordnung heraus erklärt werden. Ausgangspunkt müsste also die ergebnisoffene Frage sein, ob durch die regelmäßige Erbringung freiwilliger Leistungen durch den Arbeitgeber zu Gunsten der Arbeitnehmer eine dauerhafte Bindung für die Zukunft auf

¹¹ Die übrigen in der Vergangenheit thematisierten Gegenstände (Tarifbindung durch betriebliche Übung, Einschränkung des Kündigungsrechts oder des Weisungsrechts des Arbeitgebers, Anspruch auf private Internetnutzung, auf Parkplätze oder auf bezahlte Urlaubstage [Rosenmontag, Wäldchestag]) werfen zudem für die vorliegende Untersuchung keine spezifischen Sonderprobleme auf. Die hier gefundenen Ergebnisse gelten weitestgehend auch für betriebliche Übungen zu diesen anderen sachlichen Gegenständen, wenn man denn eine betriebliche Übung für möglich hält. Abweichungen ergeben sich lediglich bei der Tarifbindung im Hinblick auf die Frage der Regelungsbefugnis durch Betriebsvereinbarung. Im Übrigen ergeben sich bei anderen Gegenständen als finanzielle Zusatzleistungen Besonderheiten eher auf der Tatbestandsseite der betrieblichen Übung, also bei der Frage, ob überhaupt eine betriebliche Übung entsteht. Diese vielfältigen Probleme herauszustellen, ist aber nicht Ziel der Untersuchung. Dazu ausf. in ähnlicher Stoßrichtung *Mikosch*, FS Düwell, 2011, S. 115 (127 ff.); *Chr. Picker*, Betriebliche Übung, 2011, 268 ff., 380 ff.

¹² Etwa *Maties*, Gegenläufige Übung, 2003, S. 74 ff., insbes. 109 f.: Die Vertrauens-
 theorie entspreche „am ehesten der Realität“. Siehe zu diesem Befund auch *Gamillscheg*, FS
 Hilger/Stumpf, 1983, S. 227: „Jede dieser Theorien [Vertrag, Vertrauen und Norm, JW]
 empfiehlt sich mehr durch die Mängel der anderen als durch die eigenen Vorzüge.“ Ähn-
 lich *Singer*, ZfA 1993, 487 (512); *Waltermann*, RdA 2006, 257.

¹³ Ähnlich *Chr. Picker*, Betriebliche Übung, 2011, S. 187; *Waltermann*, RdA 2006, 257.

¹⁴ So etwa ausdrücklich die Argumentation von *Gamillscheg*, FS Hilger/Stumpf, 1983,
 S. 227 (247): „Sie [die Anerkennung der betrieblichen Übung als betriebliches Gewohn-
 heitsrecht, JW] erklärt bruchlos die Überführung der Übung in eine Betriebsvereinbarung“. Die Frage der Richtigkeit dieser Prämisse stellt er nicht. Ähnlich deutlich *Maties*, Gegen-
 läufige Übung, 2003, S. 24. Denselben Befund hat auch *Hromadka* schon früh herausge-
 stellt, NZA 1984, 241 (242).

Grundlage der geltenden Rechtsordnung eintreten kann. Sieht man für eine Bindung keine Grundlage, müsste die Verneinung einer Bindung aus betrieblicher Übung die Konsequenz sein. Indes ziehen diese Konsequenz nicht einmal die größten Zweifler schuldrechtlicher Erklärungsmodelle der betrieblichen Übung.¹⁵

Untersucht man die Frage der rechtlichen Bindung aus einer betrieblichen Übung, steht man vor einer der ältesten nach wie vor umstrittenen Fragen des Arbeitsrechts.¹⁶ Seit jeher führt die große Praxisrelevanz der betrieblichen Übung zu einer unübersehbaren Fülle an Entscheidungen und Beiträgen aus der Literatur¹⁷. Das Ziel der vorliegenden Untersuchung ist jedoch nicht die

¹⁵ *Chr. Picker*, Betriebliche Übung, 2011, S. 187 f. Neuerdings aber krit. *A. Schneider*, NZA 2016, 590 (594). In der Vergangenheit hatte allein *E. Wolf* eine Bindung aus den tatsächlichen Umständen hinter einer betrieblichen Übung für die Zukunft konsequenterweise abgelehnt, da er keine Grundlage für eine Verpflichtung erkennen konnte (Forschungsgutachten, 1967, S. 373; *ders.*, JZ 1971, 273 [274 f.; 279]). Außer der Vertragslösung konnte er andere Herleitungen schon im Grundsatz nicht anerkennen (Forschungsgutachten, 1967, S. 291 ff., 297 f., 343 ff.); aufgrund seines willentheoretischen Ansatzes bei der Auslegung von Willenserklärungen und der Ablehnung jeder Berücksichtigung normativer Erwägungen (a.a.O., S. 244 ff., 250, 252 ff.) verneint er allerdings ebenso eine Willenserklärung des Arbeitgebers in klassischen Fällen der betrieblichen Übung (a.a.O., S. 291). Zuvorderst *Preis* bezweifelt zwar das „Institut der betrieblichen Übung“ (ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn. 220 und ff., insbes. 220c), allerdings nur in seiner dogmatischen Eigenständigkeit. Vielmehr seien alle Fälle der „betrieblichen Übung“ durch (richtige) Anwendung der allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre oder des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu lösen (vgl. *Preis*, a.a.O.; *Preis/Genenger*, JbArbR 47 [2010], S. 93 [98 ff., insbes. 116, *passim*]; *Preis/Sagan*, NZA 2012, 697 [703]; zust. *Braun*, Betriebliche Übung, 2017, S. 169 ff.; ausf. auch *Freh*, Betriebliche Übung, 2015, *passim*; kritischer aber nunmehr *A. Schneider* [geb. *Genenger*], a.a.O.). Gegen eine rechtliche Bindung infolge des der betrieblichen Übung zugrundeliegenden Arbeitgeberverhaltens spricht sich also auch er nicht aus (vgl. auch *Wank*, NZA-Beil. 2011, 126 [129 f.]), wobei zuzugeben ist, dass *Preis* eine rechtsgeschäftliche Begründung bei Leistungen, die jedem Arbeitnehmer nur einmal erbracht werden, nicht für möglich hält, sondern auf den (nicht auf rechtsgeschäftlichen Erklärungen beruhenden) Gleichbehandlungsgrundsatz abstellt; zudem fordert er explizit, außerhalb der Tatbestände des Rechtsgeschäfts oder der Gleichbehandlung eine Bindung aus „betrieblicher Übung“ abzulehnen (*Preis/Genenger*, a.a.O., S. 111). Fraglich ist dann nur, ob es Fälle der „betrieblichen Übung“ außerhalb der Rechtsgeschäftslehre tatsächlich gibt, wo also die Grenzen zu ziehen sind.

¹⁶ Zur Historie umf. und vertieft *Chr. Picker*, Betriebliche Übung, 2011, S. 5 ff.

¹⁷ Um nur die Monographien der letzten Jahre zu nennen: *Braun*, Betriebliche Übung, 2017; *Erarslan*, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge durch betriebliche Übung im Lichte der Vertragstheorie des Bundesarbeitsgerichts, 2017; *Freh*, Betriebliche Übung, 2015; *Hennig*, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, 2009; *Hoffmann*, Betriebliche Übung und AGB-Kontrolle, 2009; *Kürten*, Tatbestand und Rechtsfolgen von wiederholten Verhaltensweisen in vertraglichen Dauerschuldverhältnissen, 2014; *Lange*, Vertragliche Entgeltansprüche aus betrieblicher Übung, 2016; *Jaekel*, „Tarifbindung“ durch be-

umfassende Aufarbeitung der Meinungsvielfalt und Klärung der Frage des Geltungsgrunds oder gar aller Fragen der betrieblichen Übung. *Chr. Picker* hat dies 2011 umfassend und in vielerlei Hinsicht¹⁸ überzeugend geleistet. Die vorliegende Untersuchung legt den Schwerpunkt auf die nachgelagerte Frage der Qualität der Rechtsbindung der betrieblichen Übung im Zusammenhang mit der Betriebsvereinbarung und geht dabei von der Vertragslösung aus. Soweit die Beantwortung der dabei im Fokus stehenden Fragen von der dogmatischen Verortung der betrieblichen Übung abhängt, soll an der entsprechenden Stelle auf die sich daraus ergebenden Besonderheiten eingegangen werden. Einleitend sei daher nur in aller Kürze der in dieser Untersuchung vertretene und im Folgenden zugrunde gelegte Standpunkt herausgearbeitet.

Zunächst bedarf die hinter der betrieblichen Übung stehende Fragestellung allerdings einer Zuspitzung: Nicht der dogmatische Umgang mit einer einzelnen Zusatzleistung durch den Arbeitgeber ist problematisch, sondern allein die Bindung für die Zukunft (1.). Auf welcher Grundlage eine solche zu begründen ist, ist Gegenstand der altbekannten Diskussion. Dabei haben sich normative Theorien zu Recht nicht durchgesetzt (2.); in den in dieser Untersuchung gegenständlichen Folgefragen nicht hilfreich sind wiederum gewohnheitsrechtliche Argumentationen (3.). Es bleiben die schuldrechtlichen Erklärungsmodelle der Vertrags- und der Vertrauenslösung (4.), auf die in gebotener Kürze einzugehen ist.

1. Zukunftsbindung als „springender Punkt“

Widmet man sich der Diskussion um die betriebliche Übung, sind zwei Gesichtspunkte zu unterscheiden: die jeweilige Einzelleistung des Arbeitgebers und zukünftige Leistungen bzw. die Verpflichtung dazu.¹⁹ Der Kern des Meinungsstreits um die betriebliche Übung ist die Zukunftsbindung des Arbeitgebers, d.h. die arbeitsvertragliche Verpflichtung, die Leistung in der Zukunft weiterhin und dauerhaft erbringen zu müssen. Diese Verpflichtung wird – zumindest nach der Rechtsprechung – erst in Folge mehrerer Leistungen über einen Zeitraum hinweg begründet. Anders ist die Situation im Hinblick auf die einzelnen Leistungen: Mit der Erbringung einer Leistung handelt der Arbeitgeber rechtsgeschäftlich; mit der tatsächlichen Leistungsgewährung erklärt er zugleich, dass der Arbeitnehmer diese Leistung behalten darf. Er

triebliche Übung, 2010; *Merkelbach*, Die betriebliche Übung, 2018; *Chr. Picker*, Betriebliche Übung, 2011; *Seitz*, Wann entsteht eine betriebliche Übung?, 2009. Ferner zum Freiwilligkeitsvorbehalt als Gestaltungsmittel im Hinblick auf die betriebliche Übung: *Jensen*, Freiwilligkeitsvorbehalt, 2010; *Quink*, Freiwilligkeitsvorbehalt, 2010.

¹⁸ Zu Einschränkungen noch unten Dritter Teil, C.I.2.b. (S. 333 ff.).

¹⁹ BAG 13.5.2015 – 10 AZR 266/14, NZA 2015, 992 Rn. 11, 19.

Sachregister

- Ablösung 223 f.
Ablösungsprinzip 218 ff.
Aktstyp 33 f., 61 f., 73, 213
Allgemeine Geschäftsbedingungen
– Auslegung 373 ff.
– Ausnahme vom Günstigkeitsprinzip 287 ff.
– *siehe auch* Kollektives Element
– konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit von AGB 381 ff.
Altersgrenze 28, 49, 60, 381 f., 383 f., 407 f. (Fn. 916)
Anerkennungsmonopol des Staates 12, 63
– *siehe auch* Geltungsbefehl
Angelegenheiten, soziale 133
Anspruchskonkurrenz (echte) 230 f., 233 f., 240, 269
Anwendbarkeit verbindlicher Regelungen 58 f., 225 f., 227
Anwendungsvorrang 225, 227 ff.
– *siehe auch* Günstigkeitsprinzip
– *siehe auch* Öffnungsklausel
– *siehe auch* zwingende Wirkung
Arbeitsvertragsfreiheit 63, 134 f., 171 f., 217 f., 243 ff., 301 ff., 305
– Eingriff durch Freiwilligkeitsvorbehalt 137 ff., 172 f.
– Grundrechtsschutz des Rechtsverkehrs 138 ff.
– *siehe auch* Privatautonomie
– Schutzbereich 137
Auslegungsregel, vertragliche 113 ff.
Autonomie 35, 241
– *siehe* Arbeitsvertragsfreiheit
– *siehe* Betriebsautonomie
– *siehe* Privatautonomie
– *siehe* Tarifautonomie
Bedingung 355 ff., 402 f.
– auflösende 335 f., 358
– aufschiebende 358 ff.
– *siehe auch* Öffnungsklausel
Befristung 101, 335 f., 402 f.
– *siehe auch* Teilbefristung
Berufsfreiheit 46, 134 ff., 176
– *siehe auch* Arbeitsvertragsfreiheit
Betriebliche Altersversorgung 348, 422 ff.
– *siehe auch* Jeweiligkeitsklausel
Betriebliche Übung
– Anfechtung 331 (Fn. 573)
– Begriff 5 f.
– *siehe* betriebliche Altersversorgung
– *siehe* Betriebsvereinbarungsoffenheit
– *siehe* Formerfordernis
– *siehe* Freiwilligkeitshinweis und -vorbehalt
– Geltungsgrund 8 ff.
– Gewohnheitsrecht 13 ff.
– *siehe* Individualübung
– „irriges“/„irrtümliche“ 84 ff.
– „Kollektive Ordnung“ 282 ff.
– „Konkludente Mehrwertzusage“ 19 f., 333
– *siehe* Kollektives Element
– neu eintretende Arbeitnehmer 194 f.
– Sachgegenstände 7
– „Subsidiarität“ 82 ff., 397 ff.
– Vertragslösung 16 ff.
– Vertrauenslösung *siehe* Vertrauenshaftung
– Voraussetzungen 6 f.
– Wegfall der Geschäftsgrundlage 331
– Widerrufsrecht 22, 333 ff., 342 ff.
– Zukunftsbindung (Rechtsfolge) 10 f.
Betriebsautonomie 33 ff., 36, 73, 212 ff.

- im Hinblick auf Freiwilligkeitsvorbehalte und Formerfordernisse 132 f.
- *siehe auch* Vorrangkompetenz
- Betriebsvereinbarung 33
- Ausübung individualvertraglicher Gestaltungsrechte 327 ff.
- *siehe* Betriebsautonomie
- *siehe* Geltungsbefehl
- Grenzen der Rechtsetzung 33 ff.
- *siehe* Günstigkeitsprinzip
- *siehe* Nachwirkung
- Rechtmäßigkeit 35, 159 f., 182 ff., 241
- *siehe* Regelungsbefugnis
- *siehe* Geltung, unmittelbare
- umstrukturierende 255, 297 f., 303 f.
- Verhältnis zum Arbeitsvertrag 272, 367 f.
- *siehe* Zweck der Betriebsverfassung
- *siehe* zwingende Wirkung
- Betriebsvereinbarungsoffenheit 259
- aufgrund kollektiven Bezugs 394 ff.
- Begriff 352 f.
- konkludente 380 ff.
- *siehe auch* Öffnungsklausel
- und Beteiligung des Betriebsrats 396 ff.
- von AGB 381 ff.
- Bezugnahme Klausel
- in der betrieblichen Altersversorgung *siehe* Jeweiligkeitsklausel
- und Öffnungsklausel 377 ff., 387
- Binnenschranken 35
- *siehe* Betriebsvereinbarung, Rechtmäßigkeit

- Dauerschuldverhältnis 20 f., 95, 97, 99 ff., 121, 247, 334 f., 337
- Delegation 33, 47 f., 68 f., 214
- derogat 223, 226, 227
- Derogation *siehe* Geltungsvorrang
- Dotierungsrahmen 306 f., 312 ff., 395 f.
- *siehe auch* „Topf“

- Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen 26 f., 193, 219, 413, 430 f., 432, 434 f.
- *siehe auch* Kollektives Element

- zur Begründung von Ausnahmen des Günstigkeitsprinzips 282 f., 285 ff., 288, 291 ff.
- zur Begründung konkludenter Betriebsvereinbarungsoffenheit 382 ff., 387 ff.

- Flexibilisierung/Flexibilität 7, 55, 87 f., 170 ff., 192, 299, 340 ff., 346 ff., 350 f., 388 ff., 393, 412 f., 416, 432
- *siehe auch* Zweck der Betriebsverfassung
- Flexibilisierungsklauseln 92 ff., 178, 192, 372, 412 f., 416 ff.
- *siehe* Formerfordernis
- *siehe* Freiwilligkeitsvorbehalt
- *siehe* Öffnungsklausel
- *siehe* Teilbefristung
- *siehe* Widerrufsvorbehalt
- Formerfordernis (Schrift-/Textform)
- einfaches/doppeltes 127 ff.
- in der Betriebsvereinbarung 151 ff.
- Freiwilligkeitshinweis
- Begriff und Abgrenzung 98 f., 172
- dogmatische Einordnung 99 ff.
- Voraussetzungen 101 f.
- Freiwilligkeitsvorbehalt
- Abgrenzung zum Freiwilligkeitshinweis 98 f., 172
- aus Sicht der Vertrauenshaftungslehre 187 ff.
- *siehe* Auslegungsregel
- Dogmatische Einordnung und Wirkungsweise 96 ff., 110 ff.
- Grenzen für betriebliche Vorbehalte 172 ff.
- Grundrechtseingriff durch betriebliche Vorbehalte 137 ff.
- in der Betriebsvereinbarung 137 ff.
- konkreter ~ 103 ff.
- Rechtsfolgen 118 ff.
- Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) 122 f., 182
- und Öffnungsklausel 420 ff.
- Wesentlichkeit des Grundrechtseingriffs eines betrieblichen ~ 141 ff.
- Zeitablauf 121 f.

- Fremdbestimmungsordnung 50 f., 56, 61, 67, 147, 182 f., 287, 290, 299, 304, 323, 405, 413, 415, 418
- Geltung 58 f., 225 f., 227 f.
- unmittelbare ~ der Betriebsvereinbarung 236 f., *siehe auch* Günstigkeitsprinzip
- Geltungsbefehl, staatlicher 12, 34, 56, 63, 74, 79, 123, 237 f., 265 ff., 366 f., 411
- Dispositivität 404 ff.
 - *siehe auch* Geltung, unmittelbare
 - *siehe auch* Zwingende Wirkung
- Geltungsvorrang 225, 226 ff.
- der Betriebsvereinbarung? 240 ff.
 - *siehe auch* Öffnungsklausel
- Gesamtzusage 30 f., 87, 93 f., 254 ff., 283 ff., 423 f., 439
- *siehe* Betriebliche Altersversorgung
 - und Betriebsvereinbarungsoffenheit bei Beteiligung des Betriebsrats 398 f., 399 ff.
 - und Freiwilligkeitsvorbehalt 116, 142 f.
 - und Formerfordernis 154
- Gesetzesvorbehalt
- grundrechtlicher 46 f., 62 ff.
 - demokratischer ~/Allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes 67 f.
 - *siehe auch* Wesentlichkeitstheorie
- Gestaltungsrecht 327 ff., 347 f.
- Gleichbehandlungsgrundsatz 30, 310, 395
- Günstigkeitsprinzip
- als Einschränkung der unmittelbaren Geltung bzw. des staatlichen Geltungsbefehls 260 ff.
 - als gesetzliches Leitbild im Sinn des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB 410 ff.
 - als Grenze der betrieblichen Rechtssetzung *siehe* Regelungsbefugnis
 - als Kollisionsregel 262 ff., 270 f.
 - Anwendungsvorrang als Rechtsfolge? 262 ff.
 - Ausnahmen 272 ff.
 - Dispositivität 404 ff.
 - dogmatische Herleitung 215 ff., 246 f., 303
 - Geltung für bestehende Arbeitsvertragsregelungen 276 ff.
 - *siehe auch* Günstigkeitsvergleich
 - historisch Betrachtung 265 f.
- Günstigkeitsvergleich 253 f.
- *siehe auch* kollektiver ~
- Individualübung 23 f., 275
- Jeweiligkeitsklausel (betriebliche Altersversorgung) 422 ff.
- Abgrenzung zur Öffnungsklausel 428 ff.
 - Auslegung 435 ff.
 - Begriff 425, 430
 - Entwicklung der Rechtsprechung des Dritten Senats des BAG 423 ff.
 - Regelungsgehalt 426 ff.
 - Wirksamkeit 441 ff.
- Kollektiver Günstigkeitsvergleich 253 ff., 298, 386
- Kollektives Element
- als Anlass für Einschränkungen des Günstigkeitsprinzips 323 ff.
 - Begriff 23 ff.
 - *siehe auch* Dotierungsrahmen
 - Grenze der betrieblichen Regelungsbefugnis 70 ff.
 - in der Rechtsprechung 25 ff.
 - „Kollektive Ordnung“ 282 ff.
 - Kollektives Bezugssystem/Kollektiver Bezug 27 f., 255, 383 f., 394 ff.
 - und Betriebsvereinbarungsoffenheit 383 f., 394 ff.
- Kollision *siehe* Regelungskollision
- Kollisionsregel 202
- allgemeine/ungeschriebene 202 ff., 235
 - Rechtsfolge auch für Regelungskonkurrenz? 232 f.
- Konflikt *siehe* Regelungskonflikt
- Konfliktregel 354 f.
- Konkurrenz *siehe* Regelungskonkurrenz
- Konkurrenzregel 231 f.
- Rechtsfolge der verdrängenden Konkurrenz 230 ff.
 - vertragliche ~ (Öffnungsklausel) 364

- Leistungsprinzip 218 ff., 281 f.
- lex posterior derogat legi priori 202 f., 219, 222, 226
- lex specialis derogat legi generali 202 f., 221 f., 227
- lex superior derogat legi inferiori 205 ff., 219, 222
- im Arbeitsrecht? 212 ff.
- Mitbestimmungsrecht gemäß § 87
- Abs. 1 Nr. 10 BetrVG 77 ff.
- als Grundlage für Grundrechtseingriffe 148 ff.
 - Ausnahme vom Günstigkeitsprinzip 295 ff.
 - Beeinträchtigung durch die Wirkung des Günstigkeitsprinzips? 320 ff.
 - *siehe* Dotierungsrahmen
 - Reichweite: Lohnhöhe 78
- Mitbestimmungswidrigkeit 316 ff.
- Nachwirkung der Betriebsvereinbarung 79, 244 ff.
- Normvollzugswille *siehe* Betriebliche Übung, „Subsidiarität“
- Öffnungsklausel
- AGB-Kontrolle formularvertraglicher ~n 408 ff.
 - ausdrücklich im Vertrag geregelte ~ (Formulierungen) 375 ff.
 - Begriff 353
 - *siehe auch* Betriebsvereinbarungsoffenheit
 - Disposition über § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG 363 ff.
 - Einordnung/Qualifikation als Bedingung 355 ff.
 - für betriebliche Übungen 420 ff.
 - globale ~ 414 ff.
 - im Tarifvertrag gemäß § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG 214
 - in der betrieblichen Altersversorgung *siehe* Jeweiligkeitsklausel
 - konkludente ~ 380 ff.
 - Rechtsfolge: Anwendungs-/Geltungsvorrang 357 ff., 365 f., 416 ff.
 - und Bezugnahmen 377 ff.
 - und Freiwilligkeitsvorbehalt 420 ff.
- vertragliche Konfliktregel 354 f., 363 ff.
 - Wirksamkeit 402 ff.
- Ordnungsprinzip 218 ff., 391
- Privatautonomie 212 ff., 241, 303
- *siehe auch* Arbeitsvertragsfreiheit
 - und Allgemeine Geschäftsbedingungen 287 ff.
- Rangordnung *siehe* lex superior
- Rechtsquelle 196 ff.
- Rechtsquellentheorie/-lehre 194, 196 ff.
- Perspektive auf die Öffnungsklausel 357 ff., 371 f.
- Regelung 198
- Regelungsbefugnis der Betriebsparteien 74 f., 134 ff.
- Begriff 33 ff.
 - dispositives Gesetzesrecht 59 ff., 160 f.
 - *siehe* Gesetzesvorbehalt
 - Günstigkeit als Grenze 42 ff., 56 ff.
 - Kollektiver Bezug als Grenze *siehe* Kollektives Element
 - Sozialstaatsprinzip 47 ff., 67 ff.
 - umfassende ~ 37 ff., 65 ff.
 - Vertragsrechtsakzessorietät 40 ff., 50 ff.
 - *siehe* Wesentlichkeitstheorie
- Regelungskompetenz, umfassende 36
- *siehe auch* Regelungsbefugnis, umfassende
- Regelungskollision
- Auflösung von ~en 202 ff.
 - Begriff 199 ff.
 - *siehe auch* Kollisionsregel
- Regelungskonflikt 198 f., 354 f.
- *siehe auch* Konfliktregel
- Regelungskonkurrenz
- alternative 230
 - *siehe auch* Anspruchskonkurrenz
 - Begriff 199, 201 f.
 - *siehe auch* Konkurrenzregel
 - kumulative 230
 - Umgang mit ~en 229 ff.
 - verdrängende 230 ff., 364
- Sozialstaatsprinzip 291, 303 f.

- *siehe auch* Regelungsbefugnis
- Spezialitätsprinzip 219, 281 f.
- Staatlicher Geltungsbefehl *siehe* Geltungsbefehl
- Stufenbau der Rechtsordnung 205 f.
- Stufentheorie (Art. 12 Abs. 1 GG) 135 f.
- Suspendierung/Suspension *siehe* Anwendungsvorrang

- Tarifaufonomie 212 ff.
- Tarifvorrang 77, 233, 238 f.
- Teilbefristung 95, 100 f., 178, 417 f.
- „Topf“-Theorie 78, 306 f.
- *siehe auch* Dotierungsrahmen
- Transparenzgebot 104, 106, 125, 162, 168
- zu formularvertraglichen Öffnungsklauseln 388, 408 ff.

- Übung, betriebliche *siehe* Betriebliche Übung
- Umstrukturierende Betriebsvereinbarung *siehe* Betriebsvereinbarung
- Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) 20 f., 88, 338, 349, 362, 383 f., 390
- Unmittelbare Geltung *siehe* Geltung

- Verbandstheorie 50 f.
- Verdrängung 223 f.
- Versorgungszusage *siehe* Betriebliche Altersversorgung und Jeweiligkeitsklausel
- Versteinerung 343
- *siehe auch* Flexibilisierung
- Vertragsfreiheit *siehe* Arbeitsvertragsfreiheit
- Vertragslösung *siehe* Betriebliche Übung
- Vertragsrechtsakzessorietät *siehe* Regelungsbefugnis

- Vertrauenshaftung 14 ff., 187 ff.
- Widerrufsrecht 350 f.
- Vorrang bei kollidierenden Regelungen 222 f.
- „Vorrangkompetenz“ der Betriebsparteien gegenüber der Privatautonomie 285 ff.

- Wesentlichkeitstheorie 45 ff., 48, 62 ff., 72 f., 135 f.
- *siehe auch* Gesetzesvorbehalt
- zum Freiwilligkeitsvorbehalt in der Betriebsvereinbarung 141 ff.
- zum Formerfordernis in der Betriebsvereinbarung 154 ff.
- Widerrufsvorbehalt 93 f., 164 f., 178, 417 f.
- *siehe auch* Betriebliche Übung, Widerrufsrecht
- konkludenter ~ 342 ff.
- *siehe auch* Vertrauenshaftung
- Wirkung, zwingende gemäß § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG *siehe* Zwingende Wirkung

- Zeitkollisionsregel *siehe* lex posterior
- Zugang, rechtsgeschäftlicher 329 f.
- Zweck der Betriebsverfassung 75 f., 291 ff., 299
- Ausgleich der Arbeitnehmerinteressen 57, 293
- einheitliche Ordnung 292 f.
- Flexibilisierung 54 f., 293 ff., 321, 341 f.
- Schutz der Arbeitnehmer 56 f., 292
- Zwingende Wirkung gemäß § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG 237 ff.
- Rechtsfolge: Anwendungsvorrang 240 ff.