

Entstehungsvoraussetzungen und Rechtsnatur der »betrieblichen Übung«*

JAKOB A. EGGER

Abstract

Die sog »betriebliche Übung« stellt eine praktisch sowie theoretisch durchaus bedeutsame Erscheinung im Arbeitsrecht dar. Der vorliegende Beitrag widmet sich sowohl der Entstehung, der Rechtsnatur als auch den rechtlichen Möglichkeiten zur Verhinderung oder Beendigung einer betrieblichen Übung und bietet damit eine fundierte Darstellung dieses arbeitsrechtlichen Rechtsinstituts.

Schlagworte

Betriebliche Übung, Entstehung, Konkludenz, Rechtsnatur, Verhinderung

Rechtsquellen

§§ 860, 860a, 863, 864, 869, 879, 883, 884, 914, 915, 1029, 1486 ABGB; § 105 ArbVG; §§ 242, 305 deutsches BGB; § 6 BPG

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	276
	A. Das Phänomen »betriebliche Übung«	276
	B. Die »betriebliche Übung« als rechtliches Problem	276
	C. Gang der Untersuchung	277
II.	Die Entstehung einer »betrieblichen Übung«	277
	A. Die herrschende Auffassung	277
	1. Regelmäßige wiederkehrende Leistung	279
	2. Bestimmte Leistung	279
	3. Gesamtheit der Arbeitnehmer	280
	4. Schlüssiges Angebot des Arbeitgebers – Vertrauen der Arbeitnehmer	280
	B. Weitere Theorien zur Entstehung der betrieblichen Übung	292
	1. Die Vertrauenshaftungstheorie	292
	2. Die Auslobungstheorie	292
	3. Die Theorie des konditional einseitigen Versprechens	293
	4. Die »betriebliche Übung« als echte Verkehrssitte	295
	C. Verhinderung des Entstehens einer »betrieblichen Übung«	297
	1. Vorbehalt bei Gewährung der Leistung	297
	2. Erklärungen gegenüber neu eintretenden Arbeitnehmern	303
	D. Beendigung oder Adaption einer »betrieblichen Übung«	306
	E. Conclusio	308

* Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine aktualisierte Fassung zentraler Teile der an der Universität Innsbruck approbierten rechtswissenschaftlichen Diplomarbeit des Verfassers.

I. Einleitung

A. Das Phänomen »betriebliche Übung«

Als »betriebliche Übung« wird von der hL die regelmäßige faktische Wiederholung gleichmäßiger Verhaltensweisen (Leistungen) durch den Arbeitgeber in einem Betrieb gegenüber der gesamten Belegschaft oder Teilen davon ohne ausdrückliche Vereinbarung bezeichnet.¹ Wie bereits aus dem Wesen dieser Begrifflichkeit hervorgeht, spielt neben weiteren Faktoren das Element der Dauer bzw der Frequenz der Leistung eine vielfach entscheidende Rolle, ob konkret eine Betriebsübung im Raum steht oder nicht. Die betriebliche Übung stellt an sich ein rein faktisches arbeitsrechtliches Phänomen dar, welches im Wege der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre des ABGB unter bestimmten Voraussetzungen für die betroffenen Parteien auch rechtliche Relevanz erlangt. Mit der betrieblichen Übung beschreitet das Arbeitsrecht bei der Verpflichtungskraft derselben einen Sonderweg, welcher allerdings auch bei wegweisenden Vertretern des Zivilrechts wie *F. Bydliniski*² Zustimmung fand. Derartige Übungen betreffen in der Regel die gesamte Belegschaft oder doch zumindest eine Gruppe von Arbeitnehmern, sie sind also ein generelles Verhalten des Arbeitgebers, für das sich die Bezeichnung der »betrieblichen Übung« eingebürgert hat. Allerdings kann sich eine entsprechende Übung ebenso auf einen einzigen oder einzelne Arbeitnehmer beziehen. In diesem Fall handelt es sich dann um eine Individualübung, welche im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nur cursorisch behandelt wird.³

Im Allgemeinen sind sowohl den einzelnen Arbeitnehmer begünstigende, belastende als auch neutrale (bzw gemischte) Verhaltensweisen als Inhalt einer betrieblichen Übung denkbar. In der Praxis spielen freilich primär die Leistungen begünstigenden Inhalts eine zentrale Rolle, wobei diese sich dadurch auszeichnen, dass den Arbeitnehmern zusätzliche Leistungen zuteilwerden, ohne dass der Arbeitgeber zu deren Erbringung – zunächst – verpflichtet wäre.⁴ Es handelt sich sohin in den meisten Fällen um freiwillige Leistungen des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer, wie beispielsweise zusätzliche Entgelte wie Sonderzahlungen oder Betriebspensionen oder auch bezahlten Freizeiten wie Zusatzurlaub

und diverse Sozialleistungen.⁵ Aus praktischen Erwägungen wird in der nachfolgenden Untersuchung das Hauptaugenmerk auf die arbeitnehmerbegünstigende betriebliche Übung gerichtet, ohne die belastende und die neutrale betriebliche Übung zu vernachlässigen, welche an passender Stelle behandelt werden.

B. Die »betriebliche Übung« als rechtliches Problem

Die betriebliche Übung ist ein in der Arbeitswelt seit geraumer Zeit häufig anzutreffendes Phänomen und beschäftigt sowohl Lehre als auch Rechtsprechung durch ihre durchaus beachtliche praktische Bedeutung eingehend. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Zahl der Gerichtsentscheidungen zu dieser Thematik, sowie an den Bemerkungen von *Schauer*⁶ und *Rebhahn*⁷ am Beginn ihrer jeweiligen Abhandlungen, zwischen deren Erscheinungszeitpunkten ein Zeitraum von über 25 Jahren liegt, welche der betrieblichen Übung den Status eines arbeitsrechtlichen Dauerthemas zumessen. Trotz dieser Sachlage ist der Gesetzgeber der betrieblichen Übung bislang weitestgehend ausgewichen.⁸

Dieses Faktum bringt bis heute gewisse Probleme mit sich. Denn während über die für den Einzelnen anspruchsbegründende Wirkung der betrieblichen Übung über weite Strecken Einigkeit herrscht, wird die Frage nach der rechtsdogmatischen Natur derselben alles andere als einhellig beantwortet. Bis in die jüngste Zeit werden neben den »traditionellen« Theorien zur betrieblichen Übung immer wieder neue Lösungsansätze präsentiert, die versuchen, dieses arbeitsrechtliche Phänomen in einen möglichst stimmigen dogmatischen Rahmen zu fassen (vgl II.B.). Dies auch deshalb, weil durch die Eigenheit des Wesens der betrieblichen Übung in den konkreten Einzelfällen immer wieder Schwachstellen des einen oder anderen Lösungsansatzes bei gewissen Fallkonstellationen erblickt werden bzw zu erblicken geglaubt werden. Die betriebliche Übung stellt durch ihre vielfältigen Erscheinungsformen nämlich gewissermaßen ein »arbeitsrechtliches Chamäleon« dar, was das Vorhaben, die betriebliche Übung rechtsdogmatisch konsistent zu erfassen, zusätzlich erschwert. Je nach rechtlicher Beurteilung können sich im Bereich des Entstehens einer Verbindlichkeit durch betriebliche Übung, aber auch bei der Beendigung einer solchen, Unterschiede ergeben. Der juristischen Qualifikation des Phänomens Betriebsübung kommt deshalb eine nicht

1 S zB *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) §§ 861–864a ABGB Rz 81; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 6/219 mwN; *Reissner*, Lern- und Übungsbuch Arbeitsrecht⁶ (2020) 219 f; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht: Ein systematischer Grundriss⁴ (2008) 56.

2 Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 20 ff.

3 S *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 220; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I: Gestalter und Gestaltungsmittel¹⁰ (2017) 321 f; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 55.

4 *Vinzenz*, Die betriebliche Übung, JAP 2012/2013/25, 226.

5 Vgl *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 219 f; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 321; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 55.

6 Gedanken zu Betriebsübung und Vertrauensschutz im Arbeitsrecht, ZAS 1987, 73.

7 Betriebliche Übung und Auslobung – Zur Zulässigkeit einseitiger Versprechen nach ABGB, JBl 2013, 284.

8 *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 321; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 55.

zu unterschätzende Bedeutung zu. Eine weitere der betrieblichen Übung immanente Problematik liegt in den gegenläufigen Interessenlagen der betroffenen Parteien, also von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Denn die Begünstigung des einen Teils bringt als Reflexwirkung zwangsläufig die Schlechterstellung des anderen mit sich. Klarerweise ist der durch die betriebliche Übung (eventuell erst in Zukunft) Belastete an der Beseitigung derselben bzw an der Verhinderung des Entstehens einer solchen interessiert. In der Regel wird diese Rolle dem Arbeitgeber zukommen. Unter anderem aufgrund der typischen Unterlegenheit und der daraus resultierenden Abhängigkeit des Arbeitnehmers sowie der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers wurden im Bereich des Arbeitsrechts für die gegenläufigen Interessen im Falle einer schlüssigen Verbindlichkeit gewisse Adaptionen bezüglich des Maßstabes der Konkludenz entwickelt, um einen bestmöglichen Interessenausgleich zu schaffen.⁹ Dass derartige Ansätze nicht unumstritten sind, liegt auf der Hand.

C. Gang der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist eine umfassende rechtsdogmatische Darstellung des arbeitsrechtlichen Phänomens der betrieblichen Übung, ohne dabei den Bezug zur Praxis zu verlieren. Um dieses Ziel zu erreichen, ist folgende Vorgangsweise geboten:

Zunächst wird das Entstehen einer betrieblichen Übung erläutert. Hierbei orientiert sich die Untersuchung an der hA in Lehre und Rsp, der Rechtsgeschäftstheorie (vgl II.A.). Insbesondere werden hier die einzelnen Voraussetzungen für die Verbindlichkeit einer betrieblichen Übung ausführlich beleuchtet, wobei die Konkludenz im Zusammenhang mit der Betriebsübung einen Kernbereich der Arbeit darstellt, da diese gewissermaßen das »Herzstück« derselben bildet und die genaue Ausprägung ihrer Grenzen zu den umstrittensten Themen im Zusammenhang mit der betrieblichen Übung gehört. Zur Veranschaulichung der zuvor darzulegenden Diskussion in der Literatur wird ferner eine Entscheidung des OGH besprochen.

Im Anschluss daran werden die sonstigen vertretenen Theorien zur Entstehung der betrieblichen Übung analysiert und entsprechend gewürdigt (vgl II.B.).

Abschließend ist festzustellen, welche Möglichkeiten zur Verhinderung, Beendigung, oder Adaption einer betrieblichen Übung die Rechtsordnung bietet. Diese

rechtlichen Optionen bilden aufgrund der praktischen Relevanz für das Phänomen der betrieblichen Übung ebenso einen wesentlichen Punkt der Arbeit (vgl II.C. und II.D.).

II. Die Entstehung einer »betrieblichen Übung«

An dieser Stelle kann einleitend vorausgeschickt werden, dass es unabhängig von der konkret vertretenen Ansicht in Österreich ganz klar außer Frage steht, dass Betriebsübungen keinen Rechtsnormcharakter besitzen.¹⁰ Damit stellt sich nunmehr die Frage, wie die regelmäßige faktische Wiederholung gleichmäßiger Verhaltensweisen rechtlich erheblich werden kann. Fraglich ist damit, welcher Umstände es bedarf, damit eine »betriebliche Übung« entstehen kann und in der Folge eine rechtliche Bindung sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer gegeben ist.

A. Die herrschende Auffassung

Die in Österreich herrschende Theorie für die rechtsdogmatische Einordnung der betrieblichen Übung ist die **Vertrags- bzw Rechtsgeschäftstheorie**, nach der sich die Verbindlichkeit derselben laut stRsp aus der Interpretation der regelmäßigen faktischen gleichförmigen Verhaltensweise des Arbeitgebers als konkludentes Vertragsänderungsangebot und des Arbeitnehmerverhaltens als schlüssige Annahme ergibt. Es kommt also zu einer konkludenten Änderung des Einzelarbeitsvertrages nach Maßgabe des § 863 ABGB. In der vorbehaltlosen, regelmäßigen Leistung des Arbeitgebers ist somit ein stillschweigendes Angebot zu erblicken, das durch den Arbeitnehmer gleichfalls schlüssig angenommen wird. Die betriebliche Übung wird im Ergebnis ganz im Rahmen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre angesiedelt und mit deren Hilfe erklärt.¹¹

Auf die Erfordernisse für einen solchen konkludenten Vertragsschluss, also die Existenz eines schlüssigen Angebots sowie die gleichfalls schlüssige Annahme, wird im Anschluss ausführlich eingegangen (vgl II.A.4.).

Aufgrund dieser dogmatischen Ansiedelung kommt der dem ABGB zugrunde liegenden Vertrauenslehre überragende Bedeutung zu.

⁹ Vgl zB F. Bydlinski, Privatautonomie 20ff; dens, Willens- und Wissenserklärungen im Arbeitsrecht (Teil I), ZAS 1976/3, 83 (91); Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 108; Kerschner, Vertrauen auf Wissenserklärung, DRdA 1986, 40 (43); Schwarz, Zum rechtlichen Wesen einer Betriebsübung, DRdA 1987, 298 (300ff).

¹⁰ Schrank/Mazal, Arbeitsrecht⁴ 56; Vinzenz, JAP 2012/2013/25, 226.
¹¹ Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 82 mwN; Spielbüchler in Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 252; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/219; Reissner, Arbeitsrecht⁶ 219f; Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht³ (2016) 181; Kietäbl, Arbeitsrecht I¹⁰ 322f; Schrank/Mazal, Arbeitsrecht⁴ 56; RIS-Justiz RS0014539; RIS-Justiz RS0014543.

Nach dieser den Verkehrsschutz stark betonenden Theorie ist bei einer Erklärung nicht primär auf den Willen des Erklärenden abzustellen, sondern vielmehr darauf, wie ein redlicher Erklärungsempfänger diese bei sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände verstehen dürfte (sog normative Auslegung). Maßgebend ist also grundsätzlich der Empfängerhorizont. In diesem Kontext wird die Einschränkung, dass der Erklärungsempfänger auch wirklich so verstanden und vertraut hat, vor allem von *F. Bydliński*¹² betont. Die Vertrauentheorie solle nämlich nicht den »Verkehr« als Abstraktum schlechthin, sondern das Vertrauen eines konkreten Erklärungsempfängers schützen.¹³ Die daraus entstandenen Problemstellungen und Kontroversen werden ebenfalls im an passender Stelle noch eingehend vertieft, weshalb hier nicht weiter darauf eingegangen wird (vgl II.A.4.f.).

Im Ergebnis werden bei der Vertrags- oder Rechtsgeschäftstheorie also die Einzelverträge der Arbeitnehmer abgeändert und es entstehen individuelle Ansprüche (*in concreto* Rechte als auch *in eventu* Pflichten für den Arbeitnehmer) nebeneinander. Betrachtet man diese dogmatischen Grundlegungen, wird der einheitliche Vorgang der betrieblichen Übung mit dem gleichzeitigen Entstehen von identischen individuellen Ansprüchen für mehrere Arbeitnehmer gelöst. Die herrschende Auffassung löst somit die Probleme der betrieblichen Übung nach dem auch für Individualübungen entwickelten Muster, wodurch sich zeigt, dass eine entsprechende Übung sich auch auf einen einzigen oder einzelne Arbeitnehmer beziehen kann.¹⁴ *Reissner*¹⁵ vertritt in diesem Zusammenhang abweichend von der hL die Auffassung, man müsste anstelle von »betrieblicher Übung« von »individueller Übung« sprechen.

Als logische Konsequenz der rechtlichen Fundierung der Betriebsübung in § 863 ABGB, also im allge-

meinen Vertragsrecht, kann Inhalt einer betrieblichen Übung prinzipiell alles sein, was gültig in einem Einzelvertrag vereinbart werden kann.¹⁶ Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die »Vertragsangelegenheit« nicht dem Weisungsrecht unterliegt.¹⁷ In der Praxis sind vor allem – aufgrund des umfassenden Entgeltbegriffs im Arbeitsrecht – zusätzliche Entgelte relevant, wie beispielsweise Remunerationen, Prämien, sog freiwillige Sozialleistungen, Pensionsleistungen, im Rahmen von betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen erbrachte entgeltwerte Leistungen und sonstige allgemeine Vergünstigungen oder Sonderzahlungen, aber auch bezahlte Zusatzurlaube sowie ganz oder teilweise freie Tage.¹⁸ In diesem Zusammenhang spielt auch die sogleich zu behandelnde Unterscheidung zwischen »entgeltnahen« und »entgeltfernen« Leistungen als spezielles Phänomen bei betrieblichen Übungen eine Rolle.¹⁹

Im Allgemeinen sind durch diese von der hL und Rechtsprechung vorgenommene rechtsdogmatische Einordnung sowohl den Arbeitnehmer begünstigende, belastende als auch neutrale Verhaltensweisen als Inhalte einer betrieblichen Übung denkbar. In der Praxis spielen freilich primär die Leistungen begünstigenden Inhalts eine zentrale Rolle, wobei diese sich dadurch auszeichnen, dass dem Arbeitnehmer zusätzliche Leistungen zuteilwerden, ohne dass der Arbeitgeber zu deren Erbringung (zunächst) verpflichtet wäre.²⁰

Mit der Vertrags- bzw Rechtsgeschäftstheorie ist es möglich, sämtliche betriebliche Übungen, die in einem umfassenden Spektrum – bildlich gesprochen – in allen Farben und Formen vorkommen können und auch vorkommen, dogmatisch sauber zu erklären und konsistent unter § 863 ABGB zu subsumieren, weshalb es mE zutreffend ist, dass dieser Ansatz in Österreich von hL und Rechtsprechung zur Lösung einschlägiger Sachverhalte herangezogen wird.

Vor diesem Hintergrund ist es nur zweckmäßig, wenn dieser Ansatz hier tiefgreifend bearbeitet und dargestellt wird. Aus dieser Erwägung heraus werden im Folgenden die einzelnen Voraussetzungen für die Verbindlichkeit einer betrieblichen Übung gründlich erörtert. Der OGH hat für diese Voraussetzungen folgende Formel entwickelt, die die Charakteristika der betrieblichen Übung klar hervorbringt: »Begründet der Arbeitgeber durch regelmäßige, vorbehaltlose Gewährung bestimmter Leistungen an die Gesamtheit seiner Arbeitnehmer eine betriebliche Übung, die seinen Willen, sich diesbezüglich

12 Privatautonomie 5 ff.

13 S zB *Rummel* in *ders/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 1, 14 (Stand: 1.11.2014, rdb.at); *Wiebe* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} § 863 ABGB Rz 3, 10 (Stand: 1.1.2018, rdb.at).

14 Vgl *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 81 f; *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 220; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/219; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 323.

15 Arbeitsrecht⁶ 220; *ders* in *ders* (Hrsg), Kommentar zum Angestelltengesetz² (2015) § 6 Rz 34; *ders*, Ausgewählte Fragen zur Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern, in *Wachter/Burger* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2013 (2013) 131 (157 f). Unter (bloßer) Betrachtung der Rechtsfolgen ist diese Begrifflichkeit jedenfalls klarer als die geläufige der »betrieblichen Übung«, allerdings verklärt diese Begriffsbildung den Blick darauf, dass die gesetzte Verhaltensweise eben nicht nur gegenüber einem Individuum, sondern gegenüber einer (gewissen) Mehrzahl von Arbeitnehmern gesetzt wird. Darüber hinaus würde durch die ähnliche Bezeichnung die begriffliche Abgrenzung zur Individualübung doch in einem gewissen Maße verwischen und das wesentliche Kriterium der Kollektivität verschleiern.

16 *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 332; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226.

17 *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 56; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 333.

18 *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht³ 180 f mwN; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 56; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 332 f.

19 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 88; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226 f.

20 *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226.

auch für die Zukunft zu verpflichten, unzweideutig zum Ausdruck bringt, so wird diese Übung durch die – gleichfalls schlüssige (§ 863 ABGB) – Zustimmung der Arbeitnehmer zum Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge.«²¹

1. Regelmäßige wiederkehrende Leistung

Die Leistungen durch den Arbeitgeber müssen regelmäßig, dh in periodischen Abständen, gewährt werden, zwischen den einzelnen Auszahlungen sollte jeweils der gleiche Zeitraum liegen.²² Ob es sich dabei um Tage, Wochen, Monate oder sogar Jahre handelt, ist für die Regelmäßigkeit irrelevant, hat aber Bedeutung für die Einordnung, wann eine Leistung als wiederkehrend angesehen wird.²³

Der Begriff »wiederkehrend« soll zum Ausdruck bringen, dass eine einmalige Leistung nicht ausreicht, um eine betriebliche Übung zu begründen. Vielmehr muss es zu wiederholten Zuwendungen an die Arbeitnehmer kommen. Entscheidend ist, ab wann der Arbeitnehmer iSd § 863 ABGB darauf vertrauen darf, dass er die gewährte Zahlung oÄ auch weiterhin erhalten wird, also ab wann ein verbindliches Angebot anzunehmen ist. Maßgebend ist der sog Empfängerhorizont, es kommt darauf an, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung aus objektiver Sicht verstehen darf.²⁴

Ausschlaggebend für die erforderliche Anzahl der Wiederholungen ist die Größe des Zeitfensters, das zwischen diesen liegt. Nach hL reicht bei einmal jährlich gewährten Leistungen im Regelfall die zwei- bis dreimalige vorbehaltlose Auszahlung aus, bei Leistungen, die in kürzeren Perioden, beispielweise täglich oder wöchentlich, anfallen, wird nach einigen Wochen bis wenigen Monaten vorbehaltloser Zuwendung ein Anspruch im Wege von § 863 ABGB entstehen. Allerdings gibt es keine allgemeine Formel, ab wann eine Leistung oft genug gewährt wurde, damit von einer konkludenten Anspruchsbegründung ausgegangen werden kann, es ist vielmehr auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls abzustellen.²⁵

2. Bestimmte Leistung

Eine betriebliche Übung kann nur entstehen, wenn die wiederholt gewährte Leistung auch iSd § 869 ABGB be-

stimmt ist. Bestimmt ist eine Erklärung bzw eine Leistung dann, wenn die wesentlichen Rechtsfolgen, die der Erklärende anstrebt, dieser entnehmbar und die gesetzlichen Mindestanforderungen des Rechtsgeschäftstyps erfüllt sind. Entspricht das konkrete Angebot diesen Voraussetzungen nicht, kommt kein rechtsverbindlicher Anspruch zustande.²⁶ Damit wird der von *F. Bydliński*²⁷ vertretenen »gemäßigten Rechtsfolgentheorie« gefolgt, welche fordert, dass der erschließbare Wille bzw das vorgenommene Verhalten zumindest einen wenn auch allgemeinen Bezug auf die Ebene des Rechts beinhaltet. Vom vertrauensrechtlichen Standpunkt des österreichischen Rechts ist die negative Formulierung des OGH heranzuziehen, wonach beim Erklärenden das Bewusstsein, dass Rechte oder Rechtsverhältnisse begründet werden, nicht »erkennbar fehlen« darf. Dadurch wird auch gleichzeitig ausgedrückt, dass es auch in dieser Beziehung nicht unbedingt auf die wirkliche Bewusstseinslage des Erklärenden ankommt, vielmehr ist entscheidend, ob der Erklärungsempfänger bei sorgfältiger Würdigung aller Umstände einen rechtsgeschäftlichen Willen annehmen darf. Ansonsten läge eine bloße Gefälligkeitszusage vor, bei welcher gegebenenfalls Deliktsfolgen ausgelöst werden könnten.²⁸ Bei periodischen Zahlungen in gleicher Höhe ist dies unproblematisch, bei der wiederholten Gewährung von Leistungen kommt es für die ausreichende Bestimmtheit darauf an, ob sich im Arbeitgeberverhalten die Bestimmtheit in Form einer erkennbaren Gleichförmigkeit iSd § 869 ABGB feststellen lässt. Ausschlaggebend ist hier die Existenz eines erkennbaren generalisierenden Prinzips als Grundlage für die Berechnung der Leistung. Ist keine grundlegende Regel vorhanden, kann mangels Bestimmbarkeit kein übungsbedingter Vertragsanspruch auf eine bestimmte Leistung entstehen. Allerdings soll nach neuerer Rechtsprechung²⁹ bereits die variierende Höhe an der Verbindlichkeit des Angebots zweifeln lassen.³⁰

Dies spricht deutlich gegen die teils vertretene Mindermeinung, dass auch ein Anspruch »dem Grunde nach« entstehen kann, falls ein generalisierendes Prinzip nicht vorhanden sein sollte.³¹

Überhaupt werden bei konkludenten Willenserklärungen höhere Anforderungen an die Bestimmtheit

21 OGH 4.9.2002, 9 Ob A 24/02y, ASoK 2003, 206 = Arb 12.271.

22 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 81; *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 219; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 58.

23 *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 227.

24 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 89f; *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 219; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht³ 181f; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I^o 326 f.

25 Vgl *Reissner* in *ders*, Angestelltengesetz² § 6 Rz 33; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 89; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht³ 182; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I^o 326 f; *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht: Eine Gesamtdarstellung für die Praxis des Arbeitgebers (2017) 143.

26 *Rummel* in *ders/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁴ § 869 ABGB Rz 8 (Stand: 1.11.2014, rdb.at).

27 Privatautonomie 5 ff.

28 *Rummel* in *ders/Lukas*, ABGB⁴ § 869 ABGB Rz 9.

29 Vgl zB OGH 4.12.2002, 9 Ob A 176/02a, ZAS 2004/50, 291 (*Melzer-Azodanloo*) = *ecolex*, 2003/147, 351 (*Majoros*) = ARD 5406/1/2003. Vgl aber bereits *F. Bydliński*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969) 91; sowie *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 89 mwN; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I^o 327; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 58; *Schrank*, Arbeitsrecht 143 f.

30 *Kietaibl*, Arbeitsrecht I^o 327; OGH 4.12.2002, 9 Ob A 176/02a, ZAS 2004/50, 291 (*Melzer-Azodanloo*) = *ecolex*, 2003/147, 351 (*Majoros*) = ARD 5406/1/2003.

gestellt, denn auch hier darf kein vernünftiger Grund bestehen, der an einem rechtlichen Bindungswillen des Erklärenden zweifeln ließe.³² Das zivilrechtliche Bestimmtheitsgebot fordert im Zusammenhang mit einer betrieblichen Übung gerade, dass aus dem in eventu als konkludentes Angebot zu qualifizierendem Verhalten hervorgehen muss, welche Leistung der Arbeitgeber konkret an den Arbeitnehmer erbringen will. Dementsprechend hat der OGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2002 im Ergebnis das Verhalten des Arbeitgebers nicht als hinreichend bestimmtes konkludentes Angebot qualifiziert.³³

In einer Gesamtschau der soeben dargelegten Judikatur und der neueren Rechtsprechung bezüglich der Verbindlichkeit des Angebots bei variierender Höhe hat der OGH³⁴ klar postuliert, dass zumindest ein generalisierendes Grundprinzip als Mindeststandard vorhanden sein muss, damit ein gewisses Verhalten als hinreichend bestimmtes konkludentes Angebot qualifiziert und somit annahmefähig für die Arbeitnehmer werden kann.

3. Gesamtheit der Arbeitnehmer

Adressat der Betriebsübung kann definitionsgemäß nur eine Gruppe von gewisser Größe, die Mehrheit oder die Gesamtheit der Arbeitnehmer sein. Wird die Leistung hingegen nur einzelnen oder wenigen Arbeitnehmern gewährt, handelt es sich um eine sog Individualübung. Außerdem wirkt das schlüssige Angebot einer betrieblichen Übung auch gegenüber jenen Arbeitnehmern, die erst später aus der schlüssigen Vereinbarung anspruchsberechtigt werden. Die Betriebsübung wird also auch Bestandteil der Einzelverträge von Arbeitnehmern, welche nicht sogleich in den Genuss der Leistung kommen, wie zB später eintretende neue Arbeitnehmer. Darüber hinaus kann die Gewährung sogar Angehörigen des Arbeitnehmers zu Gute kommen, wenn dies der Natur der Leistung entspricht (zB Witwenpension oder Todesfallabfertigung). Problemstellungen, die deshalb entstehen, weil der Mehrheit der Arbeitnehmer gewisse Sonderleistungen zuteilwerden, während einige andere Arbeitnehmer diese nicht erhalten, sind üblicherweise im Rahmen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu lösen.³⁵

4. Schlüssiges Angebot des Arbeitgebers – Vertrauen der Arbeitnehmer

Das Vertrauen des Arbeitnehmers, dass er die Leistung auch in Zukunft weiterhin erhalten wird, ist ein weiteres wesentliches Kriterium für die betriebliche Übung.³⁶

Aus der Beschaffenheit der betrieblichen Übung als regelmäßige faktische Wiederholung gleichmäßiger Verhaltensweisen durch den Arbeitgeber stellt sich an dieser Stelle insbesondere die Frage, ab wann die Arbeitnehmer überhaupt von einem konkludenten Angebot des Arbeitgebers ausgehen dürfen, welches in weiterer Folge annahmefähig ist und zu einer konkludenten Vertragsänderung führen kann.³⁷ Hierbei ist zuerst die Konkludenz des allgemeinen Zivilrechts zu behandeln, um Unterschiede mit der Konkludenz des Arbeitsrechts in seinem Wesen als Sonderprivatrecht extrahieren zu können und zu diskutieren, bevor im Anschluss die Voraussetzungen für eine gültige Annahme des Angebots durch den Arbeitnehmer behandelt werden, was insbesondere vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung³⁸ im Bereich des Arbeitsrechts geboten erscheint.

Im allgemeinen Zivilrecht wird für die Schlüssigkeit eines Verhaltens hinblickend auf einen rechtsgeschäftlichen Willen von § 863 ABGB ein strenger Maßstab angelegt.³⁹ Prinzipiell können sich konkludente Willenserklärungen sowohl aus einem Handeln mit entsprechender Erklärungsbedeutung als auch aus »bloßem Schweigen« ergeben.⁴⁰ Während die Rechtsprechung früher teils dazu tendierte, sorglos mit der Bejahung von konkludenten Willenserklärungen umzugehen, wird nun, insbesondere nach berechtigten Mahnungen von *F. Bydlinski*⁴¹, das Vorliegen von konkludenten Erklärungen um einiges zurückhaltender angenommen. So ist heutzutage nur eine »in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise« erfolgte Handlung als konkludente Erklärung zu qualifizieren.⁴² Nach den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre kann man deshalb aus wiederholten zusätzlichen Leistungen nicht auf den Willen schließen, sich für die weitere Gewährung dieser Leistungen in der Zukunft verpflichtet zu wollen.⁴³ Da man bei schlüssigen Willenserklärungen weder auf den Wortlaut noch wirklich stichhaltig auf den wahren Willen abstellen kann, ist in Abs 2 des § 863 ABGB die Heranziehung von Gewohnheiten und Gebräuchen

32 *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I: Allgemeiner Teil⁷ (2016) Rz 4/6.

33 OGH 4.12.2002, 9 Ob A 176/02a, ZAS 2004/50, 291 (*Melzer-Azodanloo*) = *ecolex*, 2003/147, 351 (*Majoros*) = ARD 5406/1/2003; *Mair*, Das zivilrechtliche Bestimmtheitsgebot im arbeitsvertraglichen Kontext, JAP 2014/2015/21, 227 (228 f).

34 Vgl zB OGH 22.6.1995, 8 Ob A 220/95, DRdA 1996/13, 148 (*Resch*) = ZAS 1995/21, 190 (*Tomandl*) = *ecolex* 1995, 745 (*Mazal*).

35 *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 227 f; *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 91, 98 mwN; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/220; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 56.

36 *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 219.

37 *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 219; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226; *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 81; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/219 mwN.

38 Vgl zB OGH 10.7.1997, 8 Ob A 145/97z, Arb 11.631 = RdW 1998, 90.

39 *Rummel* in *ders/Lukas*, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 25.

40 *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 863 ABGB Rz 17.

41 Privatautonomie 10 ff.

42 *Rummel* in *ders/Lukas*, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 25.

43 S etwa *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 87.

des redlichen Verkehrs zur Auslegung hinsichtlich des Inhalts bzw der Annahme der Erklärungen normiert.⁴⁴ Aufgrund dieser Auslegungsmaxime ergeben sich teils für verschiedene Rechtsbereiche spezielle Maßstäbe, zB im Unternehmensrecht der sog Handelsbrauch, weshalb nun zu eruieren ist, ob für die Konkludenz im Bereich des Arbeitsrechts ebenso vom allgemeinen Zivilrecht abweichende Standards herrschen. Pointiert gesagt orientiert man sich im allgemeinen Zivilrecht also augenscheinlich stark am Normtext des § 863 ABGB, wodurch konkludente Willenserklärungen nur dann bejaht werden, wenn der Empfänger am Bindungswillen »keinen vernünftigen Grund (...) zu zweifeln« hat.

a. Konkludente Offerten im Arbeitsrecht – Erklärungssitte

Da für nicht speziell geregelte Bereiche subsidiär das allgemeine Zivilrecht anzuwenden ist, in welches das Arbeitsrecht als Sonderprivatrecht – bildlich gesprochen – eingebettet ist,⁴⁵ ist grundsätzlich das bereits oben Ausgeführte auch für dieses Sachgebiet gültig.

Wie bereits oben erwähnt kann im Allgemeinen selbst bei wiederholter »freiwilliger«, dh, das bislang Geschuldete übersteigender, Leistung normalerweise nicht auf einen Bindungswillen des Erklärenden für die Zukunft geschlossen werden.⁴⁶ Im Unterschied zum allgemeinen Zivilrecht wird im Arbeitsrecht allerdings seit längerem unstreitig eine Erklärungssitte iSd § 863 Abs 2 (und § 914) ABGB als gegeben erachtet, wonach ein Arbeitgeber, der sich durch wiederkehrende »freiwillige« Leistungen für die Zukunft nicht binden will, einen entsprechenden Vorbehalt zu erklären hat, da es ansonsten für den Arbeitnehmer gem § 863 ABGB »keinen vernünftigen Grund« gebe, am Erklärungscharakter der betrieblichen Übung zu zweifeln.⁴⁷

Sehr überzeugend und lebensnah wird diese Verkehrssitte von *F. Bydlinski*⁴⁸ folgendermaßen begründet: Der Arbeitnehmer passe seine Lebensführung an die ihm regelmäßig aus seinem Arbeitsverhältnis zufließenden Bezüge an. Auch ist es unzweifelhaft ein typischer Fall, dass diese Bezüge vom Arbeitnehmer für den Zweck der Lebensführung vollständig verbraucht würden. Dass diese Annahme auch von der Rechtsprechung anerkannt sei, lasse sich mit einem Hinweis auf das »Judikat 33« neu belegen, welches statuiert, dass eine Rückforderung von unrichtig berechneten oder irrtümlich

zu viel geleisteten Entgeltzahlungen ausgeschlossen ist, sollte der Arbeitnehmer diese im guten Glauben empfangen und verbraucht haben. Begründet wird dieses Judikat äquivalent zu der eben behaupteten Annahme damit, dass jeder Mehrbezug des Arbeitnehmers regelmäßig eine Mehrausgabe zur Folge habe.⁴⁹ Genau selbiges würde bei zusätzlichen Bezügen durch regelmäßige Leistungen des Arbeitgebers der Fall sein. Blicke dieser Mehrbetrag (bzw anderweitige Leistung), mit dem der Arbeitnehmer rechnet, aus, könne dies zu erheblichen Störungen, nämlich materiellen und immateriellen Vertrauensschäden, führen. Der Arbeitgeber sei sich dieses Umstandes bewusst und würde auch unter diesen Gegebenheiten damit rechnen, dass sich der Arbeitnehmer auch dort wie soeben beschrieben verhalten würde, wenn ihm diese Leistungen nicht verbindlich zugesagt wurden. Da ihm der Arbeitnehmer nicht als Fremder gegenüberstehe, sondern als Mensch, der für ihn seine Arbeitskraft einsetzt und sich bemüht, eine bestmögliche Arbeitsleistung abzurufen, wodurch der Arbeitgeber zu tunlicher Fürsorge gegenüber diesem verpflichtet sei, würde sich der Arbeitgeber nicht einfach damit zufrieden geben, dass der Arbeitnehmer dann eben auf eigenes Risiko mit dem Erhalt bzw Eingang der betreffenden Beträge rechne. Vielmehr sei anzunehmen, dass er sich im Falle einer unverbindlichen Gewährung in aller Regel für verpflichtet erachten würde, den Arbeitnehmer ausdrücklich auf dieses Risiko hinzuweisen, wenn er sich selbst – aus welchen Beweggründen auch immer – freie Hand bei der Entscheidung vorbehalten wolle, ob etwas gewährt wird oder nicht. Aufgrund der Tatsache, dass der Hinweis auf die Freiwilligkeit einer Leistung dem Arbeitgeber praktisch überhaupt keine Mühe bereite, müsse dies umso mehr gelten.⁵⁰

Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass eine Einzelvertragsänderung nicht eintreten kann, wenn ein tauglicher Vorbehalt des Arbeitgebers existiert. Dieser verhindert das Entstehen des Vertrauens des Arbeitnehmers in Bezug auf den weiteren zukünftigen Erhalt der Leistung, welches für das Zustandekommen einer betrieblichen Übung zwingend notwendig ist. Dies gilt auch für einen später neu eintretenden Arbeitnehmer, der ansonsten im Allgemeinen damit rechnen darf, dass er die unter bestimmten Voraussetzungen gewährten Leistungen erhält, sobald er diese Voraussetzungen erfüllt.⁵¹

In Betracht kommen hierbei eine auflösende bzw aufschiebende Bedingung,⁵² ein Änderungsvorbehalt,

44 Rummel in *ders/Lukas*, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 54; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁵ § 863 ABGB Rz 18.

45 *Binder*, Die Verzahnung von Arbeits- und Zivilrecht, ZAS 2008/24, 162 (163 mwN).

46 *F. Bydlinski*, ZAS 1976/3, 91.

47 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 87.

48 Privatautonomie 22.

49 *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 225.

50 *F. Bydlinski*, Privatautonomie 22.

51 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 98; *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 222; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 227 f.

52 OGH 15.9.2004, 9 Ob A 54/04p, ZAS 2006/34, 235 (*Reissner*) = ARD 5603/10/2005; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 96.

vor allem in Form eines Widerrufsvorbehalts, oder ein Unverbindlichkeitsvorbehalt.⁵³ Auf die soeben angeführten Rechtsinstrumente zur Beendigung, Adaption oder Verhinderung einer betrieblichen Übung wird danach noch spezifisch eingegangen (s 2.3 und 3.).

b. »Entgeltnahe« und »entgeltferne« Leistungen

Ein weiteres Spezifikum des Arbeitsrechts im Bereich der Konkludenz ist die in der Sphäre des Entgelts angesiedelte Unterscheidung von »entgeltnahen« und »entgeltfernen« Leistungen in der Rechtsprechung, die sich in einem differenzierten Maßstab bei der Bejahung eines konkludenten Angebots niederschlägt. Erstere umfassen die Leistung von Entgelt in seinen vielfältigen Formen sowie Leistungen, die wie Entgelt dem einzelnen Arbeitnehmer klar zufließen und aufgrund dessen leicht individualisierbar sind. Bei entgeltnahen Leistungen wird von der Rechtsprechung⁵⁴ an das Vorhandensein eines schlüssigen Angebots ein eher großzügiger Maßstab angelegt und dies leichter bejaht.⁵⁵

Hingegen wird von der Rechtsprechung⁵⁶ bei »entgeltfernen« Leistungen, das sind beispielweise Leistungen wie Zuschüsse zu Theater- und Konzertabonnements, der Herausgabe einer Werkszeitung, Mietzinszuschüsse für Werkwohnungen oder durch den Arbeitgeber verteilte Regiekarten, ein strengerer Maßstab für die Annahme der Existenz eines schlüssigen Vertragsangebots angelegt.⁵⁷

Wie bereits eingangs erwähnt, ist der Begriff »entgeltferne« Leistungen nicht aus dem Gesetz entnommen, sondern wurde durch die Literatur und Rechtsprechung geprägt. Der OGH⁵⁸ verwendet diesen Ausdruck in einer Entscheidung vom 6.4.1994 das erste Mal im Kontext mit Ermäßigungen bei der Benützung städtischer Einrichtungen durch die Stadtgemeinde als Arbeitgeber.⁵⁹ Verwiesen wurde hierbei auf *Spielbüchler*,⁶⁰ der den Standpunkt vertritt, dass bei solchen »entgeltfernen Begünstigungen« wie den oben erwähnten kaum eine individuelle Verbindlichkeit entstehen könne.

Diese Position hat der OGH⁶¹ in späteren Entscheidungen wiederholt bestätigt.⁶²

Nach der Judikatur⁶³ sind die wesentlichen Kriterien für das Vorliegen einer solchen »entgeltfernen Leistung«, dass kein enger bzw nur ein ganz loser Zusammenhang mit der Arbeitsleistung besteht, andere nicht auf das Arbeitsverhältnis bezogene Ziele (wie beispielsweise soziale, kulturelle oder gesundheitliche) bei der Leistungserbringung im Vordergrund stehen und die Gewährung der Leistung auch an andere Personengruppen außer den Arbeitnehmern erfolgt.⁶⁴ Aufgrund dieser Umstände soll der einzelne Arbeitnehmer laut Rechtsprechung⁶⁵ nicht ohne weiteres davon ausgehen können, dass der Arbeitgeber ihm ein konkludentes Offert stellen wollte, mit dem er sich unwiderruflich und für die Zukunft zur Gewährung der Leistung verpflichtet.⁶⁶

Wie etwa *Reissner*⁶⁷ zutreffend beanstandet, vernebelt diese plakative Unterscheidung aber den weiten Entgeltbegriff des Arbeitsrechts, da auch derartige Leistungen als Entgelte iW.S. anzusehen sind. Denn der Entgeltbegriff ist im Arbeitsrecht weit auszulegen und umfasst jede Leistung, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft erhält. Auch Sachbezüge, Einkaufsgutscheine, verbilligter Strombezug sind als Naturalentgelt ebenfalls vom Entgeltbegriff umfasst.⁶⁸ Dies bedeutet, dass im Zweifel bei Leistungen des Arbeitgebers davon auszugehen ist, dass ein Bezug zum Arbeitsvertrag besteht und damit eine entgeltliche Leistung für eine Gegenleistung erbracht und im Umkehrschluss nur ausnahmsweise eine Schenkung aus Freigiebigkeit durch den Arbeitgeber anzunehmen ist. Die Annahme, die auch vom OGH⁶⁹ vertreten wurde, dass der Arbeitgeber bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis aus Freigiebigkeit etwas leistet, ist wohl als realitätsfremd einzustufen und wird von der Lehre zu Recht kritisiert.⁷⁰ Auch kommt es für die Qualifikation als Entgelt weder auf die etwaige Bezeichnung noch darauf an, ob mit der Leistung allenfalls noch zusätzliche Zwecke wie Gesundheits- oder Kultur-

53 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 96; *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 221; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I^o 325 f.

54 ZB OGH 18.4.1996, 8 Ob A 270/95, DRdA 1997/4, 27 (*Eypeltauer*) = Arb 12.798 = RdW 1997, 352.

55 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 88.

56 Vgl zB OGH 15.3.2007, 8 Ob A 11/07m, DRdA 2008/28, 336 (*Resch*) = ZAS 2006/29, 139 (*Sacherer*) = Arb 12.671.

57 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 93; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I^o 332 f.

58 OGH 6.4.1994, 9 Ob A 354/93, DRdA 1995, 39 (*Eypeltauer*) = Arb 11.171.

59 *Mosler*, Entgeltferne Leistungen – eine gesamtheitliche Analyse, in *Brodil* (Hrsg), Entgeltliches im Arbeitsrecht – Rechtsprobleme von Entgeltgestaltung und -abwicklung (2013) 57.

60 In *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 254 f.

61 S zB OGH 22.12.1997, 8 Ob A 391/97a, wbl 1998/203, 265 = RdW 1999,41.

62 *Mosler*, Entgeltferne Leistungen 57 f.

63 Vgl zB OGH 13.11.1997, 8 Ob A 219/97g, DRdA 1999/7, 49 (*Wachter*) = ZAS 1998/16, 173 (*Pircher*) = Arb 11.668.

64 *Mosler*, Entgeltferne Leistungen 60.

65 ZB OGH 18.4.1996, 8 Ob A 270/95, DRdA 1997/4, 27 (*Eypeltauer*) = Arb 12.798 = RdW 1997, 352; 6.4.1994, 9 Ob A 354/93, DRdA 1995/5, 39 (*Eypeltauer*) = Arb 11.171.

66 *Mosler*, Entgeltferne Leistungen 59, 64.

67 Arbeitsrecht⁶ 224.

68 *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 1152 ABGB Rz 14, 39 mwN; *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 220.

69 OGH 18.4.1996, 8 Ob A 270/95, DRdA 1997/4, 27 (*Eypeltauer*) = Arb 12.798 = RdW 1997, 352.

70 S zB *Rebhahn* in ZellKomm³ 1152 ABGB Rz 42; *Mosler*, Entgeltferne Leistungen 62 f.

förderung damit verfolgt werden. Ebenso ist es unerheblich, ob unmittelbar an die Arbeitsleistung angeknüpft wird oder soziale Aspekte bei der Gewährung im Vordergrund stehen.⁷¹ Auch das Kriterium der Gewährung an andere Gruppen zeigt sich als nicht konsistent, es ist nicht ersichtlich, weshalb Leistungen »entgeltfern« werden sollten, nur weil andere Personengruppen diese ebenfalls erhalten. Der Hintergrund dieser Gewährung für andere Gruppen ist völlig unabhängig von der Leistung an die Arbeitnehmer zu sehen, denn während bei Ersterem eventuell politische oder auch werbewirksame Zielsetzungen verfolgt werden können, ist wie bereits klar dargelegt bei Personen mit bestehendem Arbeitsverhältnis eher davon auszugehen, dass es sich bei den Leistungen um Teile des Entgelts handelt. Auch ist es nicht unüblich, dass Arbeitgeber den Arbeitnehmern ihre Produkte vergünstigt zur Verfügung stellen. Weshalb aufgrund der Tatsache, dass diese Produkte bzw Einrichtungen neben den Arbeitnehmern noch anderen Gruppen vergünstigt zur Verfügung stehen, der Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis weniger eng sein sollte, ist nicht nachzuvollziehen. Deshalb ist die Argumentation des OGH inkonsistent, wenn einerseits bei Freiflügen bzw Flugermäßigungen der Fluggesellschaften ein engerer Konnex zum Arbeitsverhältnis angenommen wird als bei einem Zuschuss für Theaterkarten, für die Benützung städtischen Bädern bzw die Ermäßigung für den städtischen Kindergarten, wo eine Verpflichtung des Arbeitgebers wegen »entgeltferner Begünstigungen« angenommen wurde. Denn auch die Gewährung von Freiflügen und Ermäßigungen an andere Gruppen (zB Politiker oder Angehörige) außer den Arbeitnehmern ist durchaus üblich. Weshalb diese Leistungen »entgeltfern« werden sollten, nur weil die genannten Gruppen diese ebenso wahrnehmen können, ist nicht einzusehen.⁷²

Vielmehr muss richtigerweise auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abgestellt werden, ob die Gewährung solcher Leistungen als konkludente Offerte iSd § 863 ABGB aufgefasst werden darf oder dies aufgrund ihres Charakters eher zu verneinen ist. Zur Veranschaulichung ist der notwendige Vertrauenstatbestand für die Arbeitnehmer bei einer jährlichen Weihnachtsfeier eher auszuschließen, da man darin wohl kaum ein Vertragsangebot erblicken wird, ohne gewisse Zweifel zu hegen. Andererseits kann es beispielsweise bei der jährlichen Ausgabe von Warengutscheinen, die in einer Vielzahl von Geschäften einlösbar sind und somit einen gewissen tatsächlichen Entgeltcharakter besitzen, eher dazu kommen, dass darin ein Vertragsangebot erblickt

wird und in weiterer Folge vertragliche Ansprüche entstehen.⁷³

Trotz dieser mE nach verfehlten Judikatur ist immerhin die Entwicklung zu beobachten, dass der OGH⁷⁴, wenn auch nicht durchgängig, sich vom ungünstig gewählten Begriff der »Entgeltferne« abwendet und im Anschluss an *Eypeltauer*⁷⁵ den Ausdruck »Verpflichtungsferne« verwendet. Damit wird zumindest im Ansatz der dargelegten Kritik in der Lehre gefolgt, die sich gegen die pauschale Verneinung der Entgelteigenschaft bei diesen Leistungen ohne Überprüfung des konkreten Einzelfalls ausgesprochen hat.⁷⁶ Denn mit der Bezeichnung »verpflichtungsferne« Leistung wird wohl nur ausgedrückt, dass unter Betrachtung der Gesamtumstände derartige Leistungen in der Regel nicht als konkludente Offerte des Arbeitgebers zu verstehen sein werden. *In concreto* muss dies natürlich sorgfältig betrachtet und überprüft werden, da im jeweiligen Fall unter den gegebenen Umständen sehr wohl ein Angebot zur Vertragsänderung des Arbeitgebers vorliegen kann. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung in Zukunft den Einwendungen der Lehre Beachtung schenkt und somit Entscheidungen unter Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls getroffen werden, anstatt das Vorliegen von konkludenten Angeboten aufgrund von formalen (und überdies hinaus falschen) Typenqualifikationen für Leistungen pauschal zu verneinen.

Aufgrund der meist gegebenen engen Verschränkung mit der Problematik der »entgeltfernen« bzw »verpflichtungsfernen« Leistung ist in diesem Kontext die Schwierigkeit anzusprechen, ob ein regelmäßiges Verhalten des Arbeitgebers überhaupt geeignet ist, einen individualvertraglichen Anspruch zu begründen. Nach der Rechtsprechung⁷⁷ ist das Entstehen einer betrieblichen Übung dann nicht möglich, wenn die vom Arbeitgeber erbrachte Leistung dem einzelnen Arbeitsverhältnis nicht eindeutig zuordenbar ist. Insbesondere sei in solchen Fällen eben kein Verpflichtungswille des Arbeitgebers gegenüber konkreten Arbeitnehmern, eine bestimmte Leistung auch in Zukunft gegenüber diesen erbringen zu wollen, erkennbar.⁷⁸ Dominiert der kollektive Bezug der Leistung und ist aus der Sicht aller betroffenen Parteien klar, dass die Ansprüche nicht den einzelnen Arbeitnehmern zugutekommen sollen, gibt es

71 Mosler, Entgeltferne Leistungen 61, 65 mwN.

72 Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 93 mwN; Mosler, Entgeltferne Leistungen 64 f mwN.

73 Mosler, Entgeltferne Leistungen 71.

74 OGH 18. 4. 1996, 8 Ob A 270/95, DRdA 1997/4, 27 (*Eypeltauer*) = Arb 12.798 = RdW 1997, 352.

75 *Eypeltauer*, Entgeltferne Arbeitgeber-Leistungen, DRdA 1997, 27 (31).

76 Rebhahn in ZellKomm³ § 1152 ABGB Rz 42 f; Mosler, Entgeltferne Leistungen 58; Reissner, Arbeitsrecht⁶ 220.

77 Vgl zB OGH 21. 5. 2007, 8 Ob A 4/07g, DRdA 2008/30, 344 (*Eypeltauer*) = Arb 12.680.

78 Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 93; Mosler, Entgeltferne Leistungen 68 mwN.

kein konkludentes Angebot des Arbeitgebers und kein Vertrauen auf ein solches des Arbeitnehmers, ergo kann keine betriebliche Übung entstehen.⁷⁹

c. Irrtümliche Mehrleistungen des Arbeitgebers

Wie bereits ausführlich dargelegt wurde, stellt die Rechtsprechung⁸⁰ nicht allein auf die Tatsache wiederholter freiwilliger Leistungen, also die faktische Existenz der Übung, ab, sondern auf die rechtsgeschäftliche Wirkung der in der vorbehaltlosen, wiederholten Leistungsgewährung innewohnenden konkludenten Willenserklärung des Arbeitgebers.⁸¹ Hier stellt sich nun unausweichlich die Frage, wie irrtümliche Mehrleistungen des Arbeitgebers zu behandeln sind, beispielweise weil dieser der Meinung war, zu diesen Leistungen gesetzlich oder kollektivvertraglich verpflichtet zu sein. Auch im Lichte der Judikatur ist die Relevanz dieser Fragestellung als deutlich gegeben zu erachten, weshalb diese nicht unbeantwortet übergangen werden sollte. Ist diese objektive Mehrleistung für den Arbeitnehmer nicht als Überschreitung des bisher Geschuldeten erkennbar, sondern tritt sie als Erfüllung der bereits bestehenden Pflichten des Arbeitgebers in Erscheinung ist die Konstellation unproblematisch. Denn weiß der Arbeitnehmer nämlich gar nicht, dass ihm mehr als das Gebührende geleistet wird, kann dieser auf einen Willen des Arbeitgebers, ihm konkludent Zusatzleistungen anbieten zu wollen, schon aufgrund des fehlenden Wissensstandes gar nicht schließen. Somit kann schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers gar nicht entstehen, womit eine schlüssige Verpflichtungserklärung nach den Maßstäben des § 863 ABGB von vornherein nicht zustande gekommen sein kann. Denn es ist gerade kein Vertrauen des Arbeitnehmers auf ein konkludentes Angebot des Arbeitgebers, sondern schlicht nur ein Vertrauen in eine falsche Rechtslage, welches in Österreich im Gegensatz zum Vertrauen auf einen rechtsgeschäftlichen Willen des Gegenübers gerade nicht geschützt ist.⁸²

Falls die über die gesetzlichen, kollektivvertraglichen etc Pflichten hinausgehende Leistung für den Arbeitnehmer allerdings erkennbar war, ist zu differenzieren. Bei der irrtümlichen Leistung des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer handelt es sich nämlich um eine Wissenserklärung, mit der nur die Meinung artikuliert wird, die erbrachte Leistung sei die geschuldete. An dieser Stelle kommt der das österreichische Recht beherrschenden Vertrauenslehre des ABGB entscheidende

Bedeutung zu, die eine sachgerechte Lösung von derartigen durchaus problematischen Konstellationen ermöglicht. Es muss unter genauer Betrachtung der näheren Umstände differenziert werden, ob eine § 863 ABGB entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers zu bejahen ist oder nicht. Ist für die Arbeitnehmer erkennbar oder mussten sie es wenigstens für möglich halten, dass nur eine vermeintlich schon bestehende Pflicht erfüllt werden soll, dürfen sie nicht auf ein konkludentes Angebot schließen, denn hier ist nur ein Schluss auf eine bestimmte Meinung des Arbeitgebers über die Rechtslage zulässig. Lediglich bei der Existenz von besonderen Umständen kann in solchen Konstellationen das Vertrauen des Arbeitnehmers auf die Erklärung des Arbeitgebers unabhängig von der normativen Verbindlichkeit geschützt werden. Dem entsprechend ist die Lage, wenn entsprechend dem das österreichische Recht beherrschenden Vertrauensprinzip der Arbeitnehmer annehmen durfte, dass es sich bei der wiederholten Leistung um keinen Irrtum bzw Unkenntnis des Arbeitgebers handelt, wie beispielweise bei sehr lange gleichbleibendem Verhalten des Arbeitgebers angenommen wurde. In einem solchen Fall kommt es nur noch darauf an, ob der Arbeitnehmer auf einen Verpflichtungswillen für die Zukunft schließen durfte. Dies ist gemäß der oben behandelten Verkehrssitte im Arbeitsrecht dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber bei regelmäßiger wiederkehrender Übung keinen entsprechenden deutlichen Vorbehalt macht – bei einer irrtümlichen Leistung wird dies so gut wie immer der Fall sein. Hier kommt es in der Vertrauenslehre nur noch auf diese Umstände an, auch wenn der Arbeitgeber diesen Willen faktisch nicht hatte, es wird also auf den objektiven Empfängerhorizont des Arbeitnehmers abgestellt.⁸³

Das »Minus«, dass das Vertrauen auf eine Wissenserklärung darstellt, wird also durch eine Zurechnung der Verursachung zum Arbeitgeber durch sein Verhalten zusammen mit dem guten Glauben des Arbeitnehmers und einer »Vertrauensinvestition« des Arbeitnehmers ausgeglichen.⁸⁴

Ein Beispiel für eine solche Investition kann insbesondere eine nachhaltige Disposition des Arbeitnehmers im Vertrauen auf die irrtümlich für maßgebend gehaltene Rechtslage sein, dies ist jedoch wiederum im konkreten Einzelfall zu untersuchen.⁸⁵

79 Löschnigg, Arbeitsrecht³³ Rz 6/219.

80 ZB OGH 25.11.1999, 9 Ob A 191/98s, ASoK 2000, 221 = RdW 2000, 338.

81 F. Bydlinski, Privatautonomie 21, 23; Schrank/Mazal, Arbeitsrecht⁴ 58 mwN.

82 F. Bydlinski, Privatautonomie 21, 24; ders, ZAS 1976/3, 92.

83 Vgl F. Bydlinski, Privatautonomie 23; ders, ZAS 1976/3, 92 f; Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 95 mwN; Marhold/Friedrich, Arbeitsrecht³ 184; Kietztaibl, Arbeitsrecht I⁹⁰ 327 f mwN.

84 F. Bydlinski, Willens- und Wissenserklärungen im Arbeitsrecht (Teil II), ZAS 1976/3, 126 (130 ff).

85 Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a Rz 95.

d. *Zurechnung von nicht vom Arbeitgeber gesetzten Übungen*

Ähnlich gelagert ist die Frage der Zurechnung von Übungen zum Arbeitgeber, die nicht von diesem bzw. von einem diesbezüglich vertretungsbefugten Mitarbeiter gesetzt wurden, sondern von einem nicht zu Arbeitsvertragsänderungen bevollmächtigten Vorgesetzten. Hierfür sind die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht des § 1029 ABGB besonders wichtig. Denn die Arbeitnehmer dürfen in aller Regel auf die entsprechende Vertretungsbefugnis für den Arbeitgeber vertrauen und sollen sich darauf verlassen können, dass ihnen gegenüber gültig ist, was die mit der Führung und Verwaltung des Personals Betrauten sagen. Insbesondere ist dies bei der hier relevanten Frage gültig, ob der Arbeitgeber sich für die Gewährung von zusätzlichen Leistungen für die Zukunft verpflichten will oder auf Rechte gegenüber den Arbeitnehmern verzichten will. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmer grundsätzlich darauf vertrauen können, dass eine Person Vertreter des Arbeitgebers ist, welche über mehrere Jahre Funktionen desselben wahrgenommen hat. Allerdings muss die Funktion der sich äußernden bzw. leistungsgewährenden Person mit dem Inhalt der angeblichen Zusage korrelieren, damit ein Vertrauen der Arbeitnehmer gerechtfertigt ist. Muss den Arbeitnehmern allerdings der Vollmangelfall auffallen, so kann eine Zurechnung zum Arbeitgeber und das geforderte Vertrauen auf ein konkludentes Offert desselben nur dann möglich sein, wenn der Arbeitgeber selbst oder ein entsprechend vertretungsbefugter Vorgesetzter für die Arbeitnehmer erkennbar von der vollmachtlosen Gewährung der Leistung weiß oder offenkundig wissen müsste und dagegen nicht einschreitet.⁸⁶

Diese – richtige – Auffassung wurde jedoch vom OGH nicht ganzheitlich konsequent beachtet, wie *F. Bydlinski*⁸⁷ kritisch hervorgehoben hat, da der OGH hier entgegen der richtigen Begründung der Untergerichte zu undifferenziert ein berechtigtes Vertrauen der Arbeitnehmer angenommen hatte, wohl ohne sich mit der genauen Sachlage des Falles eingehend zu beschäftigen.

e. *Vertragswidriges Verhalten – Verschlechternde »Betriebsübung«*

Auch bei der Entstehung einer betrieblichen Übung durch vom Individualarbeitsvertrag abweichende Verhaltensweisen des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers gibt es Besonderheiten bei der Beurteilung, ob ein

konkludentes Angebot und/oder eine konkludente Zustimmung anzunehmen ist. Bei den hierbei genannten Verhaltensweisen handelt es sich um an sich vertragswidriges Verhalten, wie regelmäßiges früheres Verlassen des Arbeitsplatzes, längere Pausen als im Arbeitsvertrag vereinbart etc. auf Seiten des Arbeitnehmers oder um die Kürzung des Entgelts, Erweiterung der Pflichten und Streichung/Einschränkung von anderen Leistungen auf Seiten des Arbeitgebers. Diese müssen sich beim Arbeitgeber innerhalb des Rahmens der abdingbaren Vertragsinhalte bewegen, ansonsten wäre das Verhalten ohnehin rechtswidrig. Dieser beschränkte Anwendungsbereich für eine solche verschlechternde Betriebsübung ergibt sich schon aus dem im Arbeitsrecht geltenden Günstigkeitsprinzip.⁸⁸

Bei faktischen Vorteilen für den Arbeitnehmer, welche hinreichend individualisierbar sind, wird die Übung regelmäßig nur bei deutlicher Schlechtgläubigkeit desselben abgelehnt, es wird hier also vom OGH tendenziell ein großzügigerer Maßstab für die Bejahung der Konkludenz angelegt. Allerdings reicht das bloße Dulden des Arbeitgebers nach der Rechtsprechung nicht zwangsläufig aus, damit für solche Verhaltensweisen eine schlüssige Vertragsänderung in Betracht kommt. Gerade hier stellt die Rechtsprechung⁸⁹ insbesondere bei Schlechtgläubigkeit des Arbeitnehmers zuweilen strengere Anforderungen auf. Es bedarf in dieser Konstellation für die Bejahung des Zustandekommens einer betrieblichen Übung deshalb besonderer Anhaltspunkte, etwa ein billiges Akzeptieren des vom Arbeitnehmer gesetzten abweichenden Verhaltens durch den Arbeitgeber.⁹⁰

Im Gegenzug werden bei der verschlechternden betrieblichen Übung **strengere Anforderungen an ein konkludentes Zustandekommen** gestellt, gerade weil die Arbeitnehmer durch diese Nachteile erleiden. Insbesondere wird hier in Lehre und Rechtsprechung⁹¹ der Standpunkt vertreten, dass die schweigende Hinnahme einer Verschlechterung grundsätzlich nicht als Zustimmung seitens des Arbeitnehmers gedeutet werden kann. Begründet wird dies mit der Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber. Letzterer muss nämlich als redlicher Erklärungsempfänger die abhängige Stellung des Arbeitnehmers bedenken. Er darf das Schweigen nicht als Annahme deuten, wenn ihm erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer im Hinblick auf seine persönliche Abhängigkeit und wirtschaftliche Lage nur aus

86 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 77 mwN; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁹⁰ 328.

87 Privatautonomie 23 f mwN.

88 Vgl *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 102, 105 ff; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 227.

89 ZB OGH 25.11.1999, 9 Ob A 191/98s, ASoK 2000, 221 = RdW 2000, 338.

90 *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 227; *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 94 mwN.

91 OGH 17.6.1987, 14 Ob A 49/87, ARD 3916/14/87.

dem Grund schweigt, um eine Trübung des Arbeitsklimas oder die Gefährdung seines Arbeitsplatzes zu vermeiden. Diese Gründe werden im Regelfall als Erklärung für eine schweigende Hinnahme zutreffen. Darüber hinaus kann ein Schweigen des Arbeitnehmers auch dann nicht als verbindliche Zustimmung gedeutet werden, wenn dem Arbeitgeber erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer von einem vertraglichen Recht des Arbeitgebers zur Änderung der Leistung ausgeht. Zusammenfassend kann Schweigen im Zusammenhang mit einer verschlechternden Betriebsübung nur ausnahmsweise eine Zustimmung sein und zwar nur bei qualifizierten Voraussetzungen, durch die der Arbeitnehmer klar erkennen lässt, mit der Änderung einverstanden zu sein. Der Konkludenztmaßstab ist hier zum Schutz der Arbeitnehmer ein besonders strenger.⁹² *Rebhahn*⁹³ lehnt die Deutung eines vertragswidrigen Verhaltens als schlüssiges Angebot ab. Er begründet dies damit, dass ein redlicher Schuldner nicht erwarten dürfe, dass sein Gläubiger das vom Schuldner gesetzte vertragswidrige Verhalten als konkludentes Angebot zur Vertragsänderung sehe. Vielmehr habe der Schuldner davon auszugehen, dass der Gläubiger seine Rechtsposition bis zur Verjährungsgrenze durchsetzen darf. Deshalb dürfe dieser erwarten, dass sein Vertragspartner ihm klar mitteilt, wenn er eine Änderung des Vertrages anstrebt. Dies müsse insbesondere für Verträge gelten, bei denen eine Vertragspartei die Leistungspflicht des anderen typischerweise einseitig beeinflussen kann und dies nun rechtswidrigerweise tun möchte. Für *Rebhahn*⁹⁴ ist die Deutung als schlüssiges Offert besonders dort bedenklich, wo die Vertragsänderung die Äquivalenz der Leistungen oder die Hauptleistungen betrifft. Deshalb seien schlüssige Angebote seiner Meinung nach nur sehr selten möglich. Das Endresultat dieser Position deckt sich allerdings mit jenem der hM: Beide Ansätze führen zu einem Ergebnis, welches – zurecht – hohe Anforderungen an die Konkludenz bei verschlechternden betrieblichen Übungen stellt.

f. Annahme des Angebots – Vertrauen der Arbeitnehmer

Aus dem vorher Gesagten ist klar und deutlich erkennbar, dass vor allem die Frage, ob ein schlüssiges verbindliches Angebot zur Vertragsänderung vorliegt, das größte Konfliktpotenzial beinhaltet. Aber auch im Bereich der Annahme gibt es, wie soeben beschrieben, durchaus Situationen, für die es eingehende Überlegungen

braucht. Die Annahme einer konkludenten Offerte mit per se oder doch im Zusammenhang den Arbeitnehmer begünstigenden Inhalt ist jedoch unproblematischer Natur. Der Arbeitgeber wird nämlich keine besondere bzw ausdrückliche Annahmeerklärung erwarten, weshalb diese ebenso schlüssig – sowie theoretisch auch als Realannahme durch Willensbetätigung gem § 864 ABGB – erklären kann. Für den OGH⁹⁵ ist der rechtsgeschäftliche Wille des Arbeitnehmers aus der Entgegennahme der Leistung bzw aus dem schlichten, widerspruchslosen Weiterarbeiten zu den geänderten Bedingungen hinreichend zu entnehmen.⁹⁶

Problematisch kann die Annahme durch den Arbeitnehmer neben den Offerten der zuvor ausführlich behandelten verschlechternden betrieblichen Übung allenfalls bei gemischten, insbesondere neutralen, konkludenten Angeboten sein. Darunter sind Offerten (Übungen) zu verstehen, die vom bisherigen Vertragsinhalt sowohl zum Vor- als auch gleichzeitig zum Nachteil des Arbeitnehmers abweichen. Werden durch das Angebot nur die Rechte des Arbeitnehmers modifiziert, so werden hier wohl dieselben Regeln gelten wie für klar begünstigende Angebote. Beinhaltet das Angebot hingegen neben den Rechten auch neue Pflichten, so wird eine Zustimmung durch bloße Weiterarbeit in der Regel ausscheiden. Allerdings können die Arbeitnehmer in einer solchen Situation aber auf andere Weise, zB ausdrücklich, zustimmen. Kommt es dazu nicht, ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer das schlüssige Angebot als teilbar ansehen durfte, da dann für den jeweiligen Teilbereich die entsprechenden Regeln der konkludenten Zustimmung bei begünstigenden oder verschlechternden Betriebsübungen anwendbar wären. Für diese Annahme spricht jedoch eher keine Vermutung.⁹⁷

Wie gezeigt ist die im ABGB herrschende Vertrauens- theorie bei entgeltlichen Rechtsgeschäften unter Lebenden für die betriebliche Übung von überragender Bedeutung.⁹⁸ Als Folge dessen ist nach Maßgabe des § 863 ABGB ausschlaggebend, wie die Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger die Leistung aus objektiver Sicht verstehen durften, genauer welchen Eindruck das Verhalten des Arbeitgebers bei ihnen hervorrief oder wie die Arbeitnehmer das Erklärungsverhalten desselben bei sorgfältiger Würdigung aller Umstände deuten konnten. Maßstab ist hierbei der Empfängerhorizont nach bürgerlichem Recht.⁹⁹

92 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 108; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228.

93 In ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 106; ebenso *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 329.

94 In ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 106.

95 Vgl zB OGH 16.10.1979, 4 Ob 17/79, DRdA 1981/3, 42 (*Spielbüchler*) = ZAS 1980/21, 178 (*Mayer-Maly*); 18.8.1995, 8 Ob A 282/95, DRdA 1996/23, 302 (*Kerschner*); 28.3.2001, 9 Ob A 25/01v, RdW 2001/764, 754-*Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 220.

96 Vgl *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 85.

97 *F. Bydlinski*, Privatautonomie 5 ff.

98 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 89 f; *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 220; *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht³ 181 f; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228.

Dementsprechend ist dem Eindruck der Arbeitnehmer entscheidende Bedeutung bei der Frage des Vorliegens eines konkludenten Vertragsänderungsangebots und somit in weiterer Folge einer betrieblichen Übung beizumessen. Aufgrund der doch speziellen Situierung des arbeitsrechtlichen Phänomens der betrieblichen Übung gibt es für diese immer wieder Versuche einer Modifikation der Vertrauenslehre, auf welche nun aufgrund der jüngeren Entwicklungen in der Rechtsprechung¹⁰⁰ in der Theorie und anschließend an einem Beispielfall des OGH zur Veranschaulichung eingegangen wird.¹⁰¹

Im Hinblick auf eine chronologische Reihenfolge ist – soweit ersichtlich – mit den Ausführungen *Kerschners*¹⁰² zu beginnen. Dieser vertritt die Auffassung, dass ein Durchgriff auf die (Verkehrs-)Schutzbedürftigkeit des einzelnen Arbeitnehmers unzulässig sei, da es für das Arbeitsrecht im Allgemeinen geradezu charakteristisch sei, dass die Anwendung arbeitsrechtlicher Schutznormen unabhängig von der konkreten, tatsächlichen Lage erfolge. Aus diesem Grundsatz der typischen Unterlegenheit der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber rechtfertigt er eine dementsprechende Interpretation des § 863 ABGB. Denn diese Unterlegenheit bestehe bereits bei Vertragsschluss bzw der Änderung des Vertrages, nicht erst bei der Abwicklung des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Deshalb sei geboten, das allgemeine Schutzprinzip auch auf das Recht der Willenserklärungen auszudehnen, wodurch bei möglicher objektiver Vertrauenslage der Arbeitnehmer ein Rückgriff auf die konkrete Vertrauenslage des einzelnen Arbeitnehmers verboten sei. Sihin wird mit dieser modifizierten Vertrauenslehre im Arbeitsrecht von vornherein ein differenzierte Behandlung der Arbeitnehmer vermieden.¹⁰³

Nach dieser These ist nicht auf den konkreten Vertrauensstatbestand des einzelnen Arbeitnehmers abzustellen, es ist ausreichend, dass objektiv ein Vertrauen auf eine Willenserklärung des Arbeitgebers möglich ist.¹⁰⁴ Schließlich stellt *Kerschner*¹⁰⁵ die Möglichkeit eines objektivierten Vertrauensschutzes als Auslegung bzw Vertragsergänzung nach der Verkehrssitte in den Raum. Seiner Meinung nach könnte die Betriebsübung als eine innerhalb eines bestimmten Arbeitsverkehrskreises eine gewisse Zeit hindurch geübte Verhaltensweise qualifiziert werden. Mit dieser Auffassung kann eine betriebliche Übung nämlich unabhängig von der

jeweiligen konkreten Vertrauenslage des einzelnen Arbeitnehmers über Vertragsauslegung bzw Vertragsergänzung nach der Verkehrssitte Teil des individuellen Arbeitsvertrags werden. Diese Verkehrssitte, die *Kerschner*¹⁰⁶ »Arbeitsbrauch« nennt, beruhe ebenso wie der Handelsbrauch auf einem typisierten vermuteten Parteiwillen. Die betriebliche Übung müsse dann äquivalent wie beim Handelsbrauch sowohl bei Vertragsabwicklung als auch, hier thematisch relevant, bei Vertragsabschluss berücksichtigt werden. Erlangt daher die betriebliche Übung über den vermuteten typisierten Parteiwillen gem § 914 ABGB Gültigkeit, sei diese sogar verbindlich, wenn weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber Kenntnis von derselben hatten. So ist für *Kerschner*¹⁰⁷ insbesondere die Problematik der Verbindlichkeit von Wissenserklärungen durch irrtümliche Leistungen zu lösen. Unverbindlich solle eine solche betriebliche Übung nur dann sein, wenn beide Parteien diese einvernehmlich nicht wollen. Irrtümer seien ansonsten nur in beschränktem Ausmaß beachtlich.

Einen weiteren, allerdings zu einem gewissen Teil auf *Kerschners* Ausführungen aufbauenden Ansatz hat *Walter Schwarz*¹⁰⁸ entwickelt. Dieser stellt einen Vergleich des Wesens der betrieblichen Übung mit den »Allgemeinen Geschäftsbedingungen« auf. Die betriebliche Übung sei seiner Ansicht nach im Umfeld der AGB anzusiedeln, da in beiden Fällen ein Unterwerfungsmechanismus einschließlicher der mit ihm verbundenen wirtschaftlichen Übermacht eine klassische Ausprägung darstelle. Denn bei den AGB beruhe die Annahmeerklärung der in der Regel wirtschaftlich unterlegenen Partei nicht auf einer detaillierten Prüfung des gesamten Vertragsinhalts in Abwägung der Vor- und Nachteile. Es gehe hier somit um die Akzeptanz eines vom wirtschaftlich Überlegenen einseitigen Regelungskomplexes nach dem Grundsatz »Alles oder nichts«. Die Struktur der Unterwerfungserklärung fordere durch ihren »normativen Einschlag« erhöhte Kontrollmaßnahmen heraus. Die aus der deutschen Definition der AGB in § 1 deutsches AGB-Gesetz¹⁰⁹ resultierende »Wissen-müssen-Formel« besage, dass die AGB mangels ausdrücklicher Einigung über ihre Einbeziehung als Bestandteil des Einzelvertrags anerkannt werden, wenn der Kunde wusste oder wissen musste, dass der AGB-Verwender den Vertrag auf der Grundlage ebendieser schließen wollte. Vor allem aus diesem »kollektiven Bezug«, der auch der betrieblichen Einheitsregelung, sprich der betrieblichen Übung,

100 Vgl zB OGH 9.7.1999, 9 Ob A 102/99m, ZAS 2001, 80 (*Tröstl*) = Arb 11.905 = RdW 2000, 605; 13.11.2002, 9 Ob A 87/02p, ARD 5421/7/2003.

101 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 90.

102 Verpflichtungswille bei stillschweigend erbrachten Leistungen, DRdA 1980, 318 (325 ff).

103 *Kerschner*, DRdA 1980, 326 f.

104 *Kerschner*, DRdA 1986, 43.

105 Vertrauen auf Wissenserklärung, DRdA 1998, 248 (250).

106 DRdA 1998, 250.

107 *Kerschner*, DRdA 1998, 250.

108 DRdA 1987, 300 ff.

109 Seit 1.1.2002 findet sich diese Regelung in § 305 des deutschen BGB, das deutsche AGB-Gesetz wurde im Zuge dieser Schuldrechtsreform zeitgleich mit der Integration der Norm ins deutsche BGB aufgehoben.

immanent ist, leitet *Schwarz*¹¹⁰ ein wichtiges Element für seine Argumentation ab. Denn wie bei den AGB gehe es um eine »Unterwerfung«, allerdings in der abgeschwächten Form der generellen Akzeptanz einer Vergünstigung. Auch würden der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer die mit der Übung zusammenhängenden Arbeitsbedingungen nicht aushandeln und würden auch nicht darüber verhandeln, vielmehr solle durch einen generellen Vorgang eine allgemein akzeptable Lösung vertragsrechtliche Relevanz erhalten. Der Arbeitnehmer, der auf eine Gesamtzusage vertraut, tue dies nicht isoliert unter Betrachtung einer konkret an ihn gerichteten individuellen schlüssigen Offerte, sondern als Glied der Betriebsgemeinschaft. Diese Annahme bedeutet für *Schwarz*¹¹¹ die Notwendigkeit einer Anpassung der Vertrauens- theorie in einer vorsichtigen, den betrieblichen Eigenheiten adäquaten Objektivierung. Hierbei nähert er sich an die Anschauung von *Kerschner* zwar an, differiert allerdings in einigen Punkten. Insbesondere stehen die betriebliche Bekanntmachung und der Vertrauensgrundsatz in einem Proportionalitätsverhältnis. Außerdem ist vor allem die Beachtung des im arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz wurzelnden »kollektive Bezugs« essentiell. Demnach sei bei klar begünstigenden Gesamtzusagen durch den Arbeitgeber nicht das konkrete Vertrauen der einzelnen Arbeitnehmer notwendig, damit eine vertragliche Bindung entsteht. Im Ergebnis sei dem Arbeitgeber aufgrund des »kollektiven Bezugs« zu unterstellen, dass er die Arbeitnehmer bei Vorliegen gleicher Voraussetzungen, insbesondere Erfüllung solcher für eine Leistungsgewährung, gleich behandeln wolle, weshalb nur objektiv zu prüfen sei, ob die Arbeitnehmer auf die Verbindlichkeit vertrauen durften.¹¹²

*Löschnigg*¹¹³ hat prägnant die Formulierung der »Wissen-dürfen-Formel« geprägt, welche die AGB-Formel auf die Erfordernisse des Betriebs adaptiert, und die Ausführungen von *Schwarz* wie folgt zusammengefasst: Es ist nicht bei jedem einzelnen Arbeitnehmer zu prüfen, ob er auf die begünstigende Leistung tatsächlich vertraut hat, dies könnte auch gar nicht praktikabler Gegenstand eines Beweisverfahrens sein.

Die Stimmen für eine objektivierete Vertrauens- theorie haben auch in der Judikatur des OGH Nieder- schlag gefunden. Dies zeigt sich insbesondere an der nun zur Veranschaulichung darzustellenden Entsch- eidung 8 Ob A 145/97z vom 10. 7. 1997, die anschließend als Grundlage für die kritische Darstellung der modifizier- ten bzw objektivierten Ansätze der Vertrauens- theorie herangezogen wird.

Im gegenständlichen Fall stellte sich der vom OGH zu entscheidende Sachverhalt wie folgt dar:¹¹⁴ Der Be- klagte gewährte als Träger eines Ordensspitals den bei ihm beschäftigten Spitalsärzten bis zum 31. 12. 1992 Zu- satzurlaub im Ausmaß von sechs Werktagen für Zwi- schendienste. Unter Zwischendienst ist in der Kranken- anstalt des Beklagten ein ärztlicher Dienst zu verstehen, der in der Zwischendienstzeit verrichtet wurde. Als Zwi- schendienstzeit wird jene Zeit bezeichnet, die zwischen Ende des Tagdienstes, der von 7:00 bis 13:00 Uhr dau- ert (aufgrund einer seit 1. 1. 1993 gültigen Neuregelung kann dieser auch von 8:00 bis 14:00 Uhr dauern), und dem Beginn des folgenden Nachtdienstes, welcher von 22:00 bis 6:00 Uhr dauert, liegt. Dieser besagte Zwi- schendienst wird von jenen Ärzten geleistet, die zum Nachtdienst eingeteilt sind. Die burgenländische Lan- desregierung fasste am 26. 2. 1964 nach Verhandlungen mit der Ärztekammer Burgenland den Beschluss, die Zwischendienstzeiten neben einer Überstundenabgel- tung auch mit einem Zusatzurlaub von sechs Werktagen jährlich abzugelten. Zuvor waren diese Zwischendienste nicht abgegolten worden. In der Folge wurde zwar die finanzielle Abgeltung mehrmals geändert, der Zusatz- urlaub wurde allerdings ausdrücklich beibehalten. Die Leitung des Beklagten hatte am 16. 3. 1957 mit der Ärzte- kammer Burgenland vereinbart, sich in Zukunft bezüg- lich der Entlohnung der Ärzte an die in den burgenlän- dischen LKH üblichen Richtlinien zu halten. Daraufhin informierte die Ärztekammer Burgenland alle im Bur- genland beschäftigten Spitalsärzte schriftlich über die in den Jahren 1964 und 1974 getroffenen Vereinbarungen über die Abgeltung der Zwischendienste mit dem Land. Mit Ausnahme der wenigen schon vor 1974 beim Beklag- ten oder in anderen burgenländischen Spitälern ange- stellten Ärzte war den beim Beklagten beschäftigten Ärzten der Zusammenhang zwischen der Gewährung des Zusatzurlaubs und den Zwischendiensten nicht be- kannt. Der Beklagte gewährte über Jahre den bei ihm angestellten und Zwischendienste leistenden Ärzten pro Jahr sechs Tage Zusatzurlaub, ohne sie jemals da- rauf hinzuweisen, dass der Zusatzurlaub die Zwischen- dienste teilweise abgelte. Im Jahr 1992 wurde der Inte- ressenverband der burgenländischen Mittelbauärzte gegründet, dem alle burgenländischen Mittelbauärzte angehörten. Dieser Interessenverband hatte jedoch keine Vollmacht von seinen Mitgliedern, rechtsverbind- lich für diese über deren Einzelverträge zu verhandeln. Dieser verhandelte mit dem Land Burgenland Ende 1992 über diverse Zulagen, das Ergebnis dieser Verhandlun- gen – in dem der Zusatzurlaub kein Thema war – legte dieser auch den Ärzten des Beklagten vor und erläu- terte es in einer Versammlung im Dezember 1992. Dies

110 DRdA 1987, 301 ff.

111 DRdA 1987, 301 ff mwN.

112 OGH 11. 11. 1992, 9 Ob A 261/92, ZAS 1994/19, 207 (*Schrank*); *Schwarz*, DRdA 1987, 302 f.

113 Arbeitsrecht¹³ Rz 6/219.

114 OGH 10. 7. 1997, 8 Ob A 145/97z, RdW 1998, 90.

wurde auch dem Beklagten mitgeteilt, der daraufhin die Gehaltsauszahlungen ab 1.1.1993 nach dem genannten Verhandlungsergebnis vornahm, wodurch das Einkommen der Ärzte durchschnittlich um S 14.000,- brutto monatlich stieg. Im März oder April erklärte der Beklagte, ab dem 1.1.1993 diesen Zusatzurlaub nicht mehr zu gewähren. Gegenüber (mindestens) drei Arbeitnehmern wurde vom Beklagten kein Vorbehalt bezüglich der Tatsache gemacht, dass der Zusatzurlaub die Zwischendienste teilweise abgilt. Der klagende Betriebsrat brachte in seinem Feststellungsbegehren vor, dass der Beklagte verpflichtet sei, den bei ihm beschäftigten Spitalsärzten, denen er bis 1993 einen Zusatzurlaub von sechs Werktagen gewährt und denen gegenüber er nicht bis spätestens zum Zeitpunkt der zweiten Gewährung des Zusatzurlaubes den Vorbehalt gemacht habe, dass dieser ein Entgelt für die Zwischendienste darstelle, diesen Urlaub auch über das Jahr 1993 hinaus zu gewähren. Der Beklagte habe den Urlaub anfangs ohne Widerrufsvorbehalt gewährt, weshalb diese Übung Bestandteil der Einzelarbeitsverträge geworden sei. Der Beklagte erwiderte, dass der Zusatzurlaub ausdrücklich als Abgeltung der Zwischendienste gewährt worden sei. Seit 1.1.1993 werde der Zusatzurlaub einvernehmlich nicht mehr gewährt, da die Abgeltung der Zwischendienstezeiten nach einem völlig neuen Besoldungssystem anders gehandhabt werde. Gemäß der Vereinbarung vom März 1957 sollen die bei ihm im Krankenhaus tätigen Ärzte hinsichtlich der Entlohnung gleich behandelt werden wie die in burgenländischen LKHs tätigen Ärzte. Der Kläger erwiderte darauf, dass die Vereinbarung von 1957 mit keinem der beim Beklagten tätigen Ärzte geschlossen worden sei und von diesen auch keiner eine Vollmacht für eine Vertragsänderung erteilt habe. Das Erstgericht gab der Klage statt, der den beim Beklagten im Spital tätigen Ärzten gewährte Zusatzurlaub sei durch die vorbehaltlose Gewährung durch den Beklagten Bestandteil der Einzelverträge geworden. Das Verhandlungsergebnis vom 21.12.1992 habe daran nichts geändert, die Annahme desselben habe ein redlicher Erklärungsempfänger nicht als Verzicht auf den Zusatzurlaub werten dürfen. Der Beklagte habe daher den Zusatzurlaub jenen Ärzten weiter zu gewähren, denen gegenüber kein Vorbehalt erfolgt sei. Das Berufungsgericht gab der nur aus Grund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erfolgten Berufung der beklagten Partei nicht Folge. Dieses bestätigte die Ansicht des Erstgerichts, dass eine betriebliche Übung durch die vorbehaltlose Gewährung des Zusatzurlaubes entstanden sei. Auch sei die Gewährung des Zusatzurlaubes an keine Bedingung, insbesondere nicht an die dadurch abzugeltenden Zwischendienste, geknüpft gewesen. Die Orientierung des Beklagten an der Vereinbarung von 1957 gebe ihm kein Recht zur einseitigen Aufhebung des Zusatzurlaubes,

ein solches wurde auch durch die Gehaltserhöhung ab 1.1.1993 nicht existent, da es keine einvernehmliche Einzelarbeitsvertragsänderung in Bezug auf den Zusatzurlaub gegeben habe, der Interessenverband war ohnehin nicht dazu bevollmächtigt. Der Zusammenhang des Zusatzurlaubes mit den Zwischendiensten sei den beim Beklagten tätigen Ärzten nicht bekannt gewesen, weshalb der Arbeitgeber nicht auf einen Verzicht der Arbeitnehmer auf den ohne besondere Bedingung gewährten Zusatzurlaub schließen könne. Eine automatische Gleichstellung der vom Beklagten angestellten mit den beim Land Burgenland beschäftigten Ärzten sei nicht Bestandteil der Einzelarbeitsverträge. Es stehe außer Streit, dass der Beklagte (mindestens) gegenüber drei Arbeitnehmern keinen Vorbehalt dahin gemacht habe, dass der Zusatzurlaub die Zwischendienste teilweise abgelte. Die einseitige Einstellung des Zusatzurlaubes sei daher unberechtigt.

Der OGH gab der Revision des Beklagten statt und verwies die Sache unter Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. In seinen Entscheidungsgründen verankert der OGH zuerst die dogmatische Fundierung der Betriebsübung in der Vertragstheorie, also der schlüssigen Vertragsänderung durch gleichmäßig vorbehaltlos gewährte Leistungen an die begünstigten Arbeitnehmer. Hier – so der OGH – sei allerdings speziell der generelle Charakter, also der »kollektive Bezug«, der enge Zusammenhang mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und die Ähnlichkeit mit der Auslobung bzw die strukturelle Ähnlichkeit zu beachten. Insbesondere sei dies in den Fällen zu beachten, in denen für die Arbeitnehmer Vor- und Nachteile miteinander verknüpft sind, indem auch neu eintretenden Arbeitnehmern gegenüber das Vertragsangebot des Arbeitgebers mit den von ihm aufgestellten Beschränkungen gilt, da diese davon ausgehen können und müssen, dass ihnen (nur) dieselben Vergünstigungen gewährt werden als allen anderen Arbeitnehmern, dh, dieses Offert ist dahin zu ergänzen, dass ihnen nicht mehr an Begünstigungen gewährt werden soll als den Übrigen. Ein neu eingestellter Arbeitnehmer dürfe im Allgemeinen damit rechnen, die unter bestimmten Voraussetzungen gewährten Leistungen zu erhalten, sobald er ebendiese erfüllt. Der Arbeitgeber müsse die Gewährung im Arbeitsvertrag ausschließen, wenn er verhindern wolle dass auch neu eingestellte Arbeitnehmer in den Genuss dieser Leistung kommen. Dies verletzt den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, da das Prinzip der Vertragsfreiheit Vorrang hat, auch geht ein Vorgehen iS des Stichtagsprinzips mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz konform.

Durch dieses Erfordernis eines deutlichen Ausschlusses der neu eintretenden Arbeitnehmer bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses wird die Geltung

der Betriebsübung von der Kenntnis des einzelnen neu eintretenden Arbeitnehmers weitgehend abgekoppelt, weil es hier eben nicht darauf ankommen soll, ob der Einzelne zufällig Kenntnis hatte. Im Falle eines Abstellens auf das individuelle Vertrauen der einzelnen neu eintretenden Arbeitnehmer wäre der Inhalt einer solchen auf Austausch von Leistung und Gegenleistung angelegten Zuwendung im Laufe der Zeit durch den Wechsel der beim Beklagten tätigen Ärzte einer schleichenden Änderung dergestalt ausgesetzt gewesen, dass die Verknüpfung zwischen Zusatzurlaub und Abgeltung der Zwischendienste im Laufe der Zeit in Vergessenheit geriet und sich somit entkoppelte. Eine solche Inhaltsänderung hätte eine allmählich zunehmende einseitige Begünstigung der Arbeitnehmer zur Folge, wodurch diese nach Ansicht des OGH weder redlich sei noch dem besonderen kollektiven Charakter der betrieblichen Übung gerecht werde, weil sie für die früher eingetretenen Arbeitnehmer noch in der ursprünglichen Form gelten würde, für die später Eingetretenen hingegen in einer sie mehr und mehr begünstigenden Weise. Würde man auf die individuelle Kenntnis der jeweils neu eintretenden Arbeitnehmer abstellen, würde dies im Ergebnis auf die abgelehnte »Rosinentheorie« hinauslaufen, würde bei einer redlichen Betriebsübung nur mehr der den Arbeitnehmer begünstigende Teil Bestand haben. Deshalb bleibt der Zusammenhang der gewährten Leistungen mit den damit verbundenen Bedingungen auch dann gewahrt, wenn er neu eintretenden Arbeitnehmern ausdrücklich nicht mitgeteilt wurde, sie sich diese Kenntnis aber verschaffen hätten können. Der Umstand, dass den beim Beklagten tätigen Ärzten der Zusammenhang zwischen Zusatzurlaub und Zwischendiensten nicht bekannt war, ist laut dem OGH unerheblich, sofern objektiv ursprünglich diese Verknüpfung bestanden hat. Vielmehr sei das rechtsgeschäftliche Verhalten des Beklagten, nämlich die volle Honorierung der Zwischendienste durch ein erheblich erhöhtes Überstundenentgelt, welches auch als Ersatz für den gewährten Zusatzurlaub diene, als Angebot zur Novation der bisherigen betrieblichen Übung zu verstehen. Aus diesen Erwägungen heraus wurde vom OGH entschieden, die vorinstanzlichen Urteile aufzuheben und dem Erstgericht aufgetragen zu prüfen, ob die betroffenen Mittelbauärzte diese Novation angenommen haben. Dieses hatte aber im fortzusetzenden Verfahren davon auszugehen, dass auch die Verknüpfung zwischen Zusatzurlaub und den Zwischendiensten Inhalt der Betriebsübung war, auf die sich der klagende Betriebsrat berufen hat.

Die skizzierte Entscheidung folgt der von *Kerschner* und *Schwarz* mitbegründeten objektivierten Vertrauens-*theorie*, nach der es bei einer betrieblichen Übung im Gegensatz zur Individualübung nicht notwendig ist,

dass jeder einzelne Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers kannte und dieses als Grundlage für ein schlüssiges Angebot verstand. Wegen des Kollektivbezugs der Verpflichtung des Arbeitgebers, dem unterstellt wird, dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechend alle Arbeitnehmer mit den gleichen Voraussetzungen gleich behandeln zu wollen, ist nicht das Vertrauen jedes einzelnen Arbeitnehmers Prüfungsmaßstab, sondern ob die Arbeitnehmer (es wird das Kollektiv betrachtet) objektiv auf die Verbindlichkeit der gewährten Leistung vertrauen durften.¹¹⁵ Denn die nach stRsp vertretene Ansicht, dass eine bestehende Betriebsübung auch für neu eintretende Arbeitnehmer Vertragsinhalt wird, wird hier insoweit objektiviert, als dass es ausreicht, dass sich der neu eintretende Arbeitnehmer von ihr Kenntnis hätte verschaffen können, tatsächliche konkrete Kenntnis und damit Vertrauen auf die Übung wird hingegen gerade nicht mehr gefordert.¹¹⁶ Gerade an dieser Entscheidung des OGH erkennt man allerdings die Schwächen dieser objektivierten Vertrauens-*theorie*, auf welche im Folgenden zuerst anhand des Falles und dann allgemeiner eingegangen wird.

Zu Beginn stellt sich mE die eher wertungsorientierte Frage, weshalb im konkreten Fall die Arbeitnehmer, die – wie auch klar nach dem Wortlaut in der Urteilsbegründung festgestellt wurde: »wenn neu eintretende Arbeitnehmer hievon nicht ausdrücklich in **Kenntnis gesetzt wurden**« – unverschuldet nicht über die besagte Verknüpfung von Zwischendienst und Zusatzurlaub Bescheid wissen konnten, die Leidtragenden sein sollen. Ein wichtiges Argument für die Anwendung der objektivierten Vertrauens-*theorie* ist der unterstellte Willen der Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer des Arbeitgebers, weshalb das Vertragsangebot mit allen Bedingungen und Auflagen für die neu eintretenden Arbeitnehmer zu gelten habe. Faktisch werden genau durch diese Auslegung des OGH die neu eingetretenen Arbeitnehmer, welchen nicht bekannt war, dass eine Verbindung zwischen Zwischendienst und Zusatzurlaub besteht, durch die Anwendung der objektivierten Vertrauens-*theorie* schlechter gestellt als bei Anwendung der »traditionellen« Vertrauens-*theorie*. Dies fußt in der fehlenden Aufklärung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber, so wie auch die vom OGH als Hauptargument angebrachte »schleichende Änderung der Übung« dem Arbeitgeber zuzurechnen ist, welcher dies durch entsprechende Aufklärung verhindern hätte können. Allenfalls wäre eine durch diese »schleichende Änderung« erzeugte Diskriminierung eines früher eingetretenen Arbeitnehmers über den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu

115 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 90.

116 Vgl aber *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 98.

lösen. Weshalb eine solche unbedingt zu vermeiden ist, eine gewisse »Änderung« ist einer betrieblichen Übung ja immanent, die selbst durch eine Veränderung vorheriger tatsächlicher Gegebenheiten entsteht, und weshalb diese dann zum Nachteil der Arbeitnehmer ausschlagen sollte, ist schwer verständlich. Jedoch ist unabhängig davon die »schleichende Änderung« dem Arbeitgeber viel eher zuzurechnen als den später eingetretenen Arbeitnehmern. Der Vorwurf der »Rosinentheorie« ist in eine solchen Lage wohl eher zweckverfehlt, da die Arbeitnehmer aufgrund mangelnder Kenntnis ja gar nicht in der Lage waren, sich »Rosinen herauspicken« zu wollen. Mit der Anwendung der objektivierten Vertrauens- und Schutztheorie im gegenständlichen Fall erreicht der OGH das exakte Gegenteil der Beweggründe, weshalb sich um die Einführung einer modifizierten Vertrauens- und Schutztheorie im Arbeitsrecht bemüht wird und wurde. Denn diese Ansätze haben als gemeinsamen Kern den Schutzgedanken des Arbeitnehmers gemein. Dieser wird vom OGH in der gegebenen Konstellation allerdings zum Schutzgedanken für den Arbeitgeber, unter der doch etwas fadenscheinigen Heranziehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Des Weiteren ergibt sich hier die seltsam anmutende Konstruktion, dass der Arbeitgeber ein Offert stellt und gleichzeitig durch die objektivierte Vertrauens- und Schutztheorie in den Genuss eines Vorteiles der objektiven Betrachtung kommt, faktisch wird also er »geschützt«. Denn die Bedingung des Zwischendienstes in der Verknüpfung mit dem Zusatzurlaub bringt nur dem Arbeitgeber Vorteile, den neu eingetretenen Arbeitnehmern hingegen nicht. Eine solche Anwendung wird wohl weder von *Kerschner* noch von *Schwarz* intendiert gewesen sein, welche ja ihre Thesen aus den arbeitsrechtlichen Schutzprinzipien für die typischerweise unterlegenen Arbeitnehmer begründen.

Rechtlich betrachtet führt die objektivierte Vertrauens- und Schutztheorie zu weit, da sie das dem ABGB immanente Vertrauensprinzip durch ihre Abkehr vom konkreten Vertrauen der Arbeitnehmer verlässt und somit mit der herrschenden Rechtsgeschäftslehre bricht. Denn § 863 ABGB lässt sich mE wohl kaum so interpretieren, dass ein Vertrauen gänzlich entbehrlich ist, hier gilt die eindeutige Wortlautgrenze von »keinen vernünftigen Grund (...) zu zweifeln« als endgültige Schranke. Somit dürften wohl die äußersten Grenzen des § 863 ABGB überschritten worden sein, wenn der Arbeitnehmer nicht einmal etwas von der Übung wissen muss, um von ihr erfasst zu werden.¹¹⁷ Durch die Anwendung der objektivierten Vertrauens- und Schutztheorie wird mit ganz wesentlichen erklärungs- und rechtstheoretischen Prinzipien gebrochen und die Rechtsfigur des von *F. Bydliński*¹¹⁸ bereits abgeschrieben geglaubten

beidseitig unbewusstem Vertragsschluss wiederbelebt. Denn hat ein Partner keinen Rechtsfolgswillen, so kann ein Vertrag auch dann nicht zustande kommen, wenn die Parteien konkludente Handlungen setzen, die objektiv den Schluss auf einen rechtsgeschäftlichen Willen zulassen würden. Vielmehr gilt der Grundsatz: Wo kein – konkretes – Vertrauen vorliegt, wird jeglicher Vertrauensschutz überflüssig. Diesen bei gar nicht bestehendem Vertrauen ins Treffen zu führen, ist sinnlos. Es lässt sich nämlich nicht begründen, warum ein Erklärungstatbestand, der prinzipiell zwar Vertrauen erwecken könnte, auf den aber *in concreto* niemand vertraut hat, Rechtsfolgen auslösen sollte.¹¹⁹ Genau diesem grundlegenden Prinzip widerspricht die objektivierte Vertrauens- und Schutztheorie aber klar. Entgegen der Auffassung des OGH bedeutet dieser ohnehin nicht sehr schlüssige Ansatz der Unterstellung, dass der Arbeitgeber wegen des Kollektivbezugs seiner Verpflichtung alle Arbeitnehmer bei gleicher Voraussetzung gleich behandeln wolle, nicht die Entbehrlichkeit eines Vertrauens beim konkreten Arbeitnehmer. Die Annahme von der Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer kann höchstens das tatsächliche Vertrauen zu einem rechtlich schützenswerten machen, nicht aber ein nicht vorhandenes potenzielles. Weiters ist unter dem Gesichtspunkt der freien Beweiswürdigung nicht überzeugend, weshalb das konkrete Vertrauen der einzelnen Arbeitnehmer nicht praktikabler Gegenstand eines Beweisverfahrens sein sollte. Die Fortentwicklung der Offertunterstellung dahingehend, dass es bei einer betrieblichen Übung nicht einmal mehr auf tatsächliches Vertrauen des sich auf ein solches Angebot berufenden Arbeitnehmers ankommen soll, ist deshalb abzulehnen.¹²⁰ Die ergangene Entscheidung, welche eine Verknüpfung zwischen Zusatzurlaub und Zwischendienst auch für neu eingetretene Arbeitnehmer, welche von dieser Verknüpfung nichts wussten, statuiert, also rein auf die objektive Tatsachenlage abstellt, ohne Rücksicht auf die Vertrauenslage der Arbeitnehmer iS des Vertrauensprinzips im österreichischen Recht zu nehmen, ist deshalb mE unzutreffend.

Wie an dieser Entscheidung des OGH plakativ in Erscheinung tritt, vermag diese des Öfteren als Lösung für Problematiken der allgemeinen Vertrauens- und Schutztheorie dargestellte Ansichtswiese nicht zu überzeugen. Im Anschluss an den Standpunkt von *Schauer*¹²¹ besteht kein Anlass für eine derartige modifizierte bzw objektivierte Vertrauens- und Schutztheorie im Arbeitsrecht. Diese bringt augenscheinlich mehr Probleme als Lösungen hervor und bricht mit grundlegenden Wertungen des österreichischen Rechts, sodass diese damit insgesamt abzulehnen ist.

117 Vgl OGH 11.11.1992, 9 Ob A 261/92, ZAS 1994/19, 207 (*Schrank*).

118 Privatautonomie 11, 36 ff.

119 *Schauer*, ZAS 1981/26, 184 (188 mwN); *ders*, ZAS 1987, 79 ff.

120 Vgl OGH 11.11.1992, 9 Ob A 261/92, ZAS 1994/19, 207 (*Schrank*).

121 ZAS 1981/26, 188.

Vielmehr sind die allgemeinen Regeln der Konkludenz des § 863 ABGB und ihres Herzstücks, der traditionellen österreichischen Vertrauenstheorie, in Kombination mit arbeitsrechtsspezifischen Anpassungen wie der erläuterten Erklärungssitte, wonach ein Arbeitgeber, der sich durch wiederkehrende »freiwillige« Leistungen für die Zukunft nicht binden will, einen entsprechenden Vorbehalt kundzutun hat, der angepassten Maßstäbe für die Annahme von Konkludenz bei begünstigenden und verschlechternden betrieblichen Übungen, der Regelungen bei irrtümlicher Mehrleistung durch den Arbeitgeber etc mE ausreichend, um systematisch konsistente, richtige Ergebnisse zu erzielen, welche auch interessengerecht sind.

B. Weitere Theorien zur Entstehung der betrieblichen Übung

Neben der herrschenden Vertrags- bzw Rechtsgeschäftstheorie existieren noch einige weitere zu würdigende theoretische Ansätze, die die rechtliche Natur der betrieblichen Übung anderweitig zu erklären versuchen.

1. Die Vertrauenshaftungstheorie

Die Vertrauenshaftungstheorie vertritt die Auffassung, dass die betriebliche Übung nicht durch ein Rechtsgeschäft bindend wird, sondern sich die Verbindlichkeit der betrieblichen Übung auf dem Vertrauen der Arbeitnehmer gründet, dass die betriebliche Übung fortgesetzt werde.¹²² Die Bindungswirkung der betrieblichen Übung basiert auf einem sozialtypischen Vertrauenstatbestand bzw auf der »Verpflichtung aus fortgesetzt gleichmäßigem Verhalten«.¹²³ Hierbei werden quasivertragliche Ansprüche ins Treffen geführt, also fingierte vertragliche Erfüllungsansprüche. Eine plötzliche und ohne vorherigen Vorbehalt gesetzte Beendigung der freiwilligen Leistung würde nach diesem Ansatz gegen Treu und Glauben verstoßen und wäre damit rechtswidrig.¹²⁴

Die vor allem in Deutschland von einem Großteil der Lehre vertretene Vertrauenshaftungstheorie fußt im Wesentlichen auf dem im deutschen Recht in § 242 BGB positiv normierten Rechtsinstitut von Treu und Glauben. Dieses wird in Österreich zwar als dem ABGB in § 863 zusammen mit § 914 immanenter Grundsatz anerkannt. Dieser Umstand bedeutet aber nicht unumstößlich, dass man alle Thesen, die zu § 242 BGB entwickelt wurden, ohne genauere und differenzierte Betrachtung in das ABGB übernehmen kann. Denn der Einfluss einer

solchen Generalklausel auf das geschriebene Recht hängt eng mit den jeweiligen nationalen Strukturprinzipien zusammen. Darum ist die Berufung auf Treu und Glauben außerhalb der Sphäre der Vertragsauslegung kein Ersatz für dogmatische Begründungen, wenn es um Interpretationen des geschriebenen Rechtes geht, in welche Richtung diese auch immer weisen mögen.¹²⁵

Vor diesem Hintergrund ist es eine logische Konsequenz, dass die Vertrauenshaftungstheorie aufgrund des Fehlens des expliziten Rechtsinstituts von Treu und Glauben im österreichischen Recht in Österreich keine Zustimmung gefunden hat.¹²⁶

Überdies verursacht dieser Ansatz zur rechtlichen Einordnung der betrieblichen Übung insofern rechtsgodogmatisch Probleme, als eine fundierte Erklärung, wieso Erfüllungsansprüche zugunsten des Arbeitnehmers entstehen sollten, in keiner befriedigenden Weise darzulegen sein dürfte.¹²⁷

2. Die Auslobungstheorie

Die Auslobungstheorie versucht, die Leistungen des Arbeitgebers über § 860 ABGB zu erfassen.¹²⁸ Dieser von *Tomandl*¹²⁹ begründete und im Weiteren insbesondere von *Spielbüchler*¹³⁰ verfochtene Ansatz wird insbesondere mit dem Verweis beworben, dass es bei einer Auslobung eben nicht mehr darauf ankomme, dass jeder einzelne betroffene Arbeitnehmer von diesem Versprechen Kenntnis hatte und eine schlüssige Annahme tätigte.¹³¹ In der betrieblichen Übung wird – dieser Theorie zufolge – eine an die Arbeitnehmer gerichtete konkludente Auslobung erblickt, durch die der Arbeitgeber eine Leistung verspreche, wenn die Arbeitnehmer die erwarteten Leistungen erbrächten.¹³² Unter Auslobung versteht man ein einseitig verpflichtendes Schuldverhältnis, das durch einseitige Erklärung begründet wird.¹³³ Aus dieser theoretischen Grundlage folgt, dass die Auslobung prinzipiell nur auf begünstigende Übungen, die keine Pflichten für die/den Arbeitnehmer begründen, anwendbar sein kann, was auch von Teilen der Lehre insoweit vertreten wird, als dass es sich bei begünsti-

125 *Rummel in ders/Lukas*, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 2 ff mwN.

126 *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁹⁰ 322.

127 *Jensen*, Freiwilligkeitsvorbehalt 9 f.

128 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 83; *Spielbüchler*, Begründungswirkung einer regelmäßigen Übung, DRdA 1981, 42 (46).

129 *Rechtsprobleme des Akkord- und Prämienlohnes*, ÖJZ 1960, 537 (538).

130 *ZB in Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 252.

131 *Schauer*, ZAS 1987, 77.

132 *Schauer*, ZAS 1987, 76 f.

133 *Rummel in ders/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum ABGB I⁴ § 860 ABGB Rz 1 (Stand: 1.11.2014, rdb.at); *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226.

122 *Jensen*, Der Freiwilligkeitsvorbehalt bei Entgeltleistungen (2010) 9.

123 *Picker*, Die betriebliche Übung (2011) 80 mwN.

124 *Jensen*, Freiwilligkeitsvorbehalt 9 f.

genden Übungen häufig um Auslobungen handle.¹³⁴ Für eine Verpflichtung des Arbeitnehmers kommt nur ein annahmbedürftiges Angebot in Betracht.¹³⁵

Uneinigkeit in der Lehre herrscht auch bei der Frage, ob nur zusätzliche, nicht geschuldete Leistungen oder auch bereits (durch den Arbeitsvertrag) geschuldete Leistungen belohnt werden können, wobei letztere These die Mindermeinung darstellt.¹³⁶

Laut Gesetz hat die Auslobung an einen unbestimmten Personenkreis zu erfolgen. Allerdings stellen sowohl *Rummel*¹³⁷, *Gschnitzer*¹³⁸ als auch *Tomandl*¹³⁹ (dieser mit explizitem Bezug zu den Arbeitnehmern in einem Betrieb) nur darauf ab, dass es dem Auslobenden auf eine Bestimmbarkeit nicht ankommen dürfte – ansonsten würde es sich um eine Offerte zum Vertragsschluss handeln – und bejahen damit die Möglichkeit der Auslobung im Betrieb.

Allerdings stellt sich bei der Auslobungstheorie häufig das Problem, dass eine öffentliche Bekanntmachung der betrieblichen Übung fehlt.¹⁴⁰ Dies deshalb, weil in der gleichförmigen Verhaltensweise des Arbeitgebers innerhalb des Betriebs wohl kaum eine öffentliche Bekanntmachung, die in der Regel ausdrücklich stattfinden wird, zu erblicken ist. Beispielfähig seien hier die Veröffentlichung in einer Zeitung, das Verteilen von Flugblättern oder das Ausrufen vor einem größeren, nicht individuell bestimmbar Personenkreis erwähnt.¹⁴¹

Des Weiteren bindet eine Auslobung nach § 860 ABGB laut dem Gesetz nicht für die Zukunft, es sei denn, der Arbeitgeber hat ausdrücklich eine Bindung zugesagt. Anderenfalls geht die Bindung an die Auslobung nicht über das Ende der zuletzt erbrachten Tätigkeit, für die ausgelobt wurde, hinaus. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zum herrschenden Vertragsmodell.¹⁴²

Die Auslobung bindet den Versprechenden darüber hinaus nur bis zum Widerruf gem § 860a ABGB. Dadurch lässt sich zwar die Einbeziehung neu eintretender Arbeitnehmer zwanglos erklären, allerdings ist eine Bindung in der Zukunft damit unsicher.¹⁴³ Denn die Auslo-

bung kann nach § 860a ABGB in derselben Weise widerrufen werden, in welcher eingeführt wurde, es sei denn auf den Widerruf wurde ausdrücklich oder durch Fristsetzung verzichtet.¹⁴⁴ Allerdings wird in der Lehre für einen differenzierten Vertrauensschutz gegenüber einem Widerruf plädiert, wobei darauf abgestellt wird, inwieweit der Arbeitnehmer Dispositionen im Vertrauen auf die Zusage getätigt hat bzw wird von der Lehre ein konkludenter Verzicht auf das Widerrufsrecht zugelassen.¹⁴⁵ *Spielbüchler*¹⁴⁶ vertritt hingegen die Ansicht, die vorge-sehene Möglichkeit des Widerrufs stehe einer Deutung der betrieblichen Übung als Auslobung nicht entgegen, weil dies nur eine Zweifelsregel sei, die auf eine Dauerleistung wie die Arbeit meist nicht passe.

Der OGH¹⁴⁷ zieht die Auslobungstheorie – mutmaßlich wegen der soeben aufgezeigten Problemstellungen – nur bei Leistungszusagen, die erkennbar nicht für die Zukunft binden sollen, und bei Betriebspensionen heran.¹⁴⁸ Bei Letzteren wohl deshalb, weil die Unwiderrufbarkeit der Leistung gem § 860a ABGB früher beginnt, unter Umständen sogar mit dem ersten Tag der Anwartschaft. Im Übrigen begnügt sich der OGH mit dem schlichten Hinweis, dass die Betriebsübung häufig als Auslobung gedeutet werde.¹⁴⁹ Im Ergebnis ist diese Theorie somit für den Großteil der betrieblichen Übungen (wohl aufgrund ihrer Schwachpunkte) lediglich von untergeordneter Relevanz.

3. Die Theorie des konditional einseitigen Versprechens

Jüngst wurde von *Rebhahn*¹⁵⁰ eine weitere Variante für die rechtliche Einordnung der betrieblichen Übung vorgestellt, welche seiner Ansicht nach sowohl dem Vertrags- als auch dem Auslobungsmodell dogmatisch überlegen sei. Dieser Ansatz von *Rebhahn*¹⁵¹ versucht, die Schwächen der Auslobungstheorie als auch die Probleme der Vertrags- bzw Rechtsgeschäftstheorie durch eine Deutung der betrieblichen Übung als einseitiges Versprechen aus der Welt zu schaffen. Der Anwendungsbereich dieser These erstreckt sich jedoch wie bei der Auslobungstheorie nur auf begünstigende Übungen.

134 *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 104 f, 252 f.

135 *Rummel* in *ders/Lukas*, ABGB⁴ § 860 ABGB Rz 2.

136 Bejahend *Spielbüchler* in *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 253; dagegen *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 324; ebenso *Schauer*, ZAS 1987, 77 f.

137 In *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 860 ABGB Rz 3 mwN.

138 In *Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² (1968) § 860 ABGB Rz 42 f.

139 ÖJZ 1960, 538.

140 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–854a ABGB Rz 83; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 226.

141 *Rummel* in *ders/Lukas*, ABGB⁴ § 860 ABGB Rz 7.

142 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 83 mwN; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 324.

143 *Schauer*, ZAS 1987, 77.

144 *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 334.

145 *Rebhahn*, JBl 2013, 291 mwN.

146 In *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ 252 f.

147 Vgl zB OGH 12.10.1994, 9 Ob A 171/94, ZAS 1995/10, 88 (*Tomandl*); 11.1.1989, 9 Ob A 516/88, infas 1989 A 85.

148 In diese Richtung auch *Resch*, Begründung arbeitsrechtlicher Rechte und Pflichten: Allgemeines Arbeitsrecht versus Formstrenge im Dienstrecht, JAS 2017, 340 (342), der zurecht darauf hinweist, dass die rechtliche Konstruktion der Auslobung nicht für alle Konstellationen der betrieblichen Übung passend ist.

149 Vgl *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 83.

150 JBl 2013, 284 ff.

151 JBl 2013, 284 ff.

Dazu setzt sich *Rebhahn*¹⁵² intensiv mit den Problemen der Auslobungstheorie auseinander. Insbesondere verteidigt er die Auslobungstheorie gegenüber der Kritik insoweit, als die von *Spielbüchler* vertretene Auffassung des im Ergebnis umgekehrten § 860a ABGB weniger eine Frage der Verpflichtungsform als des Verpflichtungswillens sei und deshalb dem Auslobungsmodell nicht entgegenstehe. Im Übrigen muss der Arbeitgeber auch nach hM einen tauglichen Vorbehalt zum Widerruf setzen. Vielmehr sieht *Rebhahn*¹⁵³ in Bezug auf die von ihm, vermutlich zur klareren Aufarbeitung des Themenkreises, vorgenommene Trennung zwischen Verpflichtungswillen und Verpflichtungsform nur ein wirkliches Problem in der Natur des Auslobungsmodells, nämlich in der Frage, ob nach *Spielbüchler* die Auslobung des § 860 ABGB auch dann herangezogen werden könne, wenn die Arbeitnehmer eine zusätzliche Leistung des Arbeitgebers schlicht für das Erfüllen ihrer bereits bestehenden vertraglichen Pflichten zugesagt bekommen. Genau diesem Problem versucht *Rebhahn*¹⁵⁴ mit seinem Ansatz entgegenzuwirken. Für ihn ist der tiefere Grund für die faktisch sehr zurückhaltende Anwendung des Auslobungsmodells und die damit kohärente Dominanz des Vertragsmodells nicht der wie bereits oben erläuterte enge Anwendungsbereich des Erstgenannten, sondern sei im Zivilrecht zu lokalisieren. Die in § 305 BGB ausdrücklich enthaltene Auffassung, dass es zur Begründung von Schuldverhältnissen eines Vertrages bedürfe, es sei denn das Gesetz bestimmt etwas anderes, wurde seines Erachtens auch für das österreichische ABGB übernommen. Aufgrund dieser Ansicht scheine die Auslobung in ihrer Rechtsnatur geradezu als Anomalie, welcher mit Skepsis zu begegnen sei. Gerade diese Skepsis stellt *Rebhahn*¹⁵⁵ aufgrund der Ausführungen *Spielbüchlers* zur Nützlichkeit der Auslobung in Frage, und zwar dergestalt, dass ihm zufolge auch im ABGB einseitige Versprechen über das im ABGB explizit Vorgesehene hinaus verpflichtend sein können.

*Rebhahn*¹⁵⁶ sieht in der Existenz von einseitigen Versprechen keine grundlegenden Bedenken und argumentiert für seine These unter Berufung auf die Privatautonomie, weshalb die Verpflichtung des Erklärenden primär deshalb eintreten solle, weil sie von diesem eben gewollt sei – dies auch ohne Annahme, was so auch in diversen internationalen Rechtsprinzipien, wie den *Principles of European Contract Law and dem Draft Common Frame of Reference* (DCFR), niedergeschrieben sei. Zusätzlich hierzu benötige es für eine Bindung an eine einseitige Erklärung allerdings, dass diese auch

nach außen in Erscheinung trete. Dies sei dann der Fall, wenn sie an jemand anderen gerichtet ist und dieser zumindest abstrakt darauf vertrauen könne. Durch die Erklärung an die Allgemeinheit sei dieses Zugangserfordernis bei der Auslobung jedoch abgeschwächt. Zur Problematik der voreiligen oder ungerechten Bindung führt *Rebhahn*¹⁵⁷ aus, dass dies wohl gleich zu sehen sei wie bei Verträgen, der Erklärende sei jedenfalls bei Unentgeltlichkeit schutzbedürftig. Gerade bei den von ihm sog konditionierten einseitigen Versprechen, welche eine Leistung des anderen erfordern, träfe dies allerdings nicht zu, da diese durch die erhoffte Gegenleistung nicht unentgeltlich seien. Auch sei bei einem Versprechen an die Allgemeinheit das Recht auf einen freien Widerruf prinzipiell angemessen, bei Versprechen an bestimmte oder bestimmbar Personen, sohin im Falle einer betrieblichen Übung, könne hingegen auf ein schützenswertes Vertrauen dieser Personen Rücksicht zu nehmen sein, wodurch im Ergebnis die Anforderungen für einen schlüssigen Verzicht auf das Widerrufsrecht, wie er ja nach einem Teil der Lehre möglich sein soll, geringer seien. Darüber hinaus sollte auch ein Widerruf gegenüber der Allgemeinheit nur bis zum Beginn der Leistung zugelassen werden, und nicht aus Gerechtigkeitsgründen nicht bis zur Vollendung der erhofften Leistung erlaubt sein.¹⁵⁸

Insbesondere sind *Rebhahn*¹⁵⁹ zufolge auch konditionale einseitige Versprechen zulässig, wenn die einzige Bedingung ist, dass bereits geschuldete Leistungen (weiter) erbracht werden. Dies wird von ihm mit einer Parallele zum im Besonderen auf Modalitäten der Bindung wertlegenden *common law* begründet, welches in neuerer Entwicklung den praktischen Vorteil durch Erfüllung bereits bestehender Pflichten für eine Vertragsänderung als ausreichend ansehe, was auch für einseitige Versprechen zu gelten habe.¹⁶⁰

Diese generellen Ausführungen sind *Rebhahn*¹⁶¹ zufolge auf die österreichische Rechtslage übertragbar, denn trotz der zwingenden Geltung der Normen der Rechtsgeschäftslehre ist iS der Privatautonomie eine Abweichung beruhend auf dem Willen des Erklärenden/Belasteten wenig bedenklich. Denn die Auffassung von *Gschnitzer*¹⁶², wonach die Materialien zur dritten Teilnovelle gegen eine Erweiterung einseitiger Versprechen sprächen, sei nach Ansicht von *Rebhahn*¹⁶³ wegen des Bezugs der Materialien auf die Urfassung des ABGB und eben nicht auf die Teilnovelle und dem Hinweis auf

152 JBl 2013, 284 ff.

153 JBl 2013, 291 f.

154 JBl 2013, 292.

155 JBl 2013, 288 f mwN.

156 JBl 2013, 292 mwN.

157 JBl 2013, 291, 293.

158 JBl 2013, 293.

159 JBl 2013, 293.

160 *Rebhahn*, JBl 2013, 293 mwN.

161 JBl 2013, 294 f mwN.

162 In *Klang/Gschnitzer IV/1*² § 860 ABGB Rz 42.

163 JBl 2013, 294 f mwN.

einschlägige Kommentierungen, die ebenso anderes behaupten, nicht zu teilen. Denn bei den konditionalen einseitigen Versprechen im Kontext der betrieblichen Übung handle es sich ohnehin um typischerweise entgeltliche an bestimmte Personen, wodurch die Zulässigkeit einer Fortentwicklung in Gestalt von Bindung durch einseitige Versprechen deutlich weniger problematisch sei. Dass nur die Auslobung von den konditional einseitigen Versprechen im Zuge der dritten Teilnovelle gesetzlich verankert wurde, sei im Lichte der besonderen Relevanz derselben in der zeitgenössischen Diskussion zu erblicken. Mangels eines inhaltlichen Grundes, weshalb einseitige Versprechen, welche nicht an eine Annahme gebunden sind, nur dann Verpflichtungen mit sich bringen sollen, wenn sie gegenüber der Allgemeinheit ergehen, müsse man im Einklang mit dem Grundgedanken der Regelung, der Privatautonomie, in § 860 ABGB nicht den Ausschluss anderer Fälle einseitiger Versprechen sehen. Auch die Bedenken hinsichtlich einer möglichen abstrakten Verpflichtung stellten sich nur bei nicht konditionalen Versprechen, bei konditionalen sei der Leistungsgrund wie bei Verträgen klar ersichtlich.

Aus all diesen Erwägungen erscheint *Rebhahn*¹⁶⁴ zufolge eine Rechtsfortbildung dergestalt zulässig, dass (auch) die an bestimmte Personen gerichtete Zusage einer Leistung für eine Leistung des anderen bereits durch die Abgabe des Versprechens verbindlich wird, wenn es ohne Annahme rechtlich verbindlich sein soll. Hinsichtlich der Frage, ob das einseitige Versprechen nun frei, nicht oder nur beschränkt widerruflich sei, sei nach allgemeinen Grundsätzen in erster Linie auf den Inhalt der Erklärung abzustellen.¹⁶⁵ Die Frage der Widerrufsmöglichkeit äquivalent zu jener der Auslobung sei zu bejahen, allerdings sei ebenso ein konkludenter Verzicht auf den Widerruf möglich. Für die Frage, ob eine bestimmte Zusage als Vertragsangebot oder als einseitiges Versprechen zu qualifizieren sei, komme es primär darauf an, ob der Erklärende Wert auf eine Annahme legt, tue er dies, handle es sich um ein Vertragsänderungsangebot, tue er dies nicht, um ein konditionales einseitiges Versprechen, welches zum bestehenden Vertrag hinzutrete.¹⁶⁶

Einen entscheidenden Vorteil seiner Theorie ortet *Rebhahn*¹⁶⁷ insbesondere in der Ersparnis von Fiktionen im Bereich der Annahme in Anlehnung an die bereits behandelte objektivierte Vertrauenstheorie, da beim einseitigen Versprechen wie bei der Auslobung eben kein konkretes Vertrauen erforderlich ist, es sei denn,

dass dieses im Rahmen eines bestehenden Vertrages zu lokalisieren sei. Hier könne man sich nur bei konkretem Vertrauen auf den objektiven Erklärungswert darauf berufen. Des Weiteren wird in der parallelen Behandelbarkeit der betrieblichen Übung und der Individualübung, beide ließen sich als einseitiges Versprechen deuten, im Bereich der Verpflichtungsform sowie der Ausräumung der Bedenken gegen die Belohnung der Erfüllung bereits existierender Vertragspflichten in der Auslobungstheorie von *Rebhahn*¹⁶⁸ ein Gewinn erblickt. Im Bereich der irrtümlichen Leistung nähert sich die dargelegte These im Ergebnis sehr an die Probleme der Vertrags- bzw. Rechtsgeschäftstheorie an, wenn das einseitige Versprechen nicht mehr widerrufbar ist.

Ob sich diese, durch die Aufforderung einer Fortentwicklung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, doch außergewöhnliche Theorie zur Deutung der rechtlichen Natur der betrieblichen Übung in Lehre und Rechtsprechung durchzusetzen vermag, bleibt abzuwarten. Eine wesentliche Schwäche der dargelegten Auffassung stellt jedoch der bloß beschränkte Anwendungsbereich lediglich für begünstigende Betriebsübungen dar.

4. Die »betriebliche Übung« als echte Verkehrssitte

Abschließend ist ein ebenfalls erst in jüngerer Zeit vertiefend herausgearbeiteter dogmatischer Erklärungsversuch hinsichtlich der Rechtsnatur der betrieblichen Übung auszuführen. Diese Theorie geht im Ursprung auf die von *Kerschner*¹⁶⁹ im Zuge seiner objektivierenden Ansätze aufgestellte These zurück, mit der er die Betriebsübung als Vertragsergänzung kraft Verkehrssitte zu erklären versucht.

Dieser Grundgedanke bewog *Jabornegg* anlässlich des 60. Geburtstags von *Kerschner* dazu, eben diesen Ansatz weiterführend zu behandeln. Hierbei beschränkt sich dieser allerdings auf den Bereich der begünstigenden betrieblichen Übung, da diese den Kernbereich der zu behandelnden Problematik bilde.

Nach Ansicht von *Jabornegg*¹⁷⁰ liegen die Probleme des in Lehre und Rechtsprechung herrschenden Vertragsmodells vor allem in der Abwendung vom Maßstab der Konkludenz des allgemeinen Zivilrechts hin zum Verzicht auf die konkrete Prüfung des »unzweideutigen« Verpflichtungswillens des Arbeitgebers für die Zukunft, aber auch des konkreten Vertrauens des einzelnen Arbeitnehmers – für ihn ist also auch die objektivierte Vertrauenstheorie – zu Recht – kritisch zu sehen. Auch der Geltungsgrund der betrieblichen Übung für neu eintre-

164 JBl 2013, 295.

165 *Rebhahn*, JBl 2013, 295.

166 *Rebhahn*, JBl 2013, 296.

167 JBl 2013, 295 f mwN.

168 JBl 2013, 295 f.

169 DRdA 1980, 250.

170 *Jabornegg*, Zur Dogmatik der Betriebsübung, in FS *Kerschner* (2013) 37 (39 ff).

tende Arbeitnehmer, dieser liegt in der Unterstellung, dass diese durch den Abschluss des Arbeitsvertrages die im Betrieb herrschende Übung als Grundlage akzeptieren würden und deshalb davon ausgehen könnten, die Leistungen bei Erfüllung der Voraussetzungen in gleicher Weise zu erhalten wie auch alle anderen vergleichbaren Arbeitnehmer, sei im Zusammenhang mit der von manchen angestrebten Objektivierung problematisch, da die Arbeitnehmer von dieser Übung gar nichts gewusst haben und ergo nicht konkret darauf vertrauen konnten. Darüber hinaus sei in der Judikatur eine gewisse Unsicherheit durch den Einbezug von »rechtsgeschäftsfremden Elementen« wie die Hinweise auf einen kollektiven bzw generellen Charakter der betrieblichen Übung, die Verschränkung mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sowie der Rechtsfigur der Auslobung gegeben. Durch diese Ansammlung von Faktoren ergäben sich für *Jabornegg*¹⁷¹ deutliche Widersprüche, welche ihm zufolge weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung überzeugend gelöst werden konnten. Insbesondere sei durch den Hinweis auf einen generellen bzw kollektiven Charakter nicht entbehrlich, dass nach anerkannter Rechtsgeschäftslehre Angebot und Annahme grundsätzlich einer individuellen Prüfung bedürfen.

Vor allem aber sei seiner Ansicht nach eine Verkehrssitte anzunehmen, um konsistent erklären zu können, weshalb es bei der betrieblichen Übung im Gegensatz zum allgemeinen Zivilrecht gerade einen tauglichen und deutlichen Vorbehalt brauche, um für die freiwillige zusätzliche Leistung eine Bindung für die Zukunft verhindern zu können. Die unter anderem von *Rebhahn*¹⁷² vertretene Qualifikation dieser bereits oben ausführlich behandelten Auffassung als Erklärungssitte lehnt *Jabornegg*¹⁷³ ab, da es ihm schon logisch widersprüchlich erscheine, dass sich eine Verkehrssitte iS einer Erklärungssitte aus einem bloßen Unterlassen, gesehen vom Standpunkt der grundsätzlichen Unverbindlichkeit freiwilliger Leistungen im Zivilrecht als Bestätigung des Gültigen, zu einer Verbindlichkeit in der Zukunft entwickeln solle.

Für *Jabornegg*¹⁷⁴ sei im Kontext mit § 863 ABGB nur die Annahme einer spezifischen arbeitsrechtlichen Verkehrssitte iS einer echten Verkehrssitte vertretbar, welche den Inhalt hat, dass betriebliche Übungen über Zusatzentgelte bereits für sich genommen den Arbeitgeber auch für die Zukunft binden und über Vertragsauslegung bzw Vertragsergänzung nach der Verkehrssitte zu entsprechenden konkludenten Einzelarbeitsvertragsän-

derungen führen. Das Erfordernis für den Arbeitgeber, einen klaren und deutlichen Vorbehalt zur Vermeidung von Verbindlichkeiten zu setzen, sei deshalb nicht isoliert als arbeitsvertraglich relevante Verkehrssitte zu verstehen, sondern immer nur in Verbindung mit dem primären Inhalt der maßgeblichen Verkehrssitte, nämlich dass die betriebliche Übung an sich schon über § 863 Abs 2 (und § 914) ABGB arbeitsvertragliche Ansprüche auch für die Zukunft hervorbringt. Denn bei dieser Auffassung sei das konkrete Vertrauen der Arbeitnehmer nicht erforderlich, damit die betriebliche Übung über Vertragsauslegung bzw Vertragsergänzung Inhalt des Individualarbeitsvertrages werden kann. Nur bei dieser Betrachtungsweise mache es Sinn, den Arbeitgeber mit der Obliegenheit eines klaren und deutlichen Vorbehalts zu belasten.

Auch sei mit dieser Theorie die Möglichkeit gegeben, bewusste betriebliche Übungen und irrtümliche Mehrleistungen des Arbeitgebers einheitlich zu behandeln, da diese ja dann beide unabhängig von der konkreten Vertrauenslage in den Vertrag einfließen. Hier stelle sich lediglich die Frage, welche Anforderungen zur Vermeidung einer entsprechenden Vertragsauslegung bzw Vertragsergänzung zu unterscheiden sind. Bei freiwilligen Leistungen wird ein ausdrücklicher und klarer Vorbehalt gegenüber den Arbeitnehmern gefordert sein, bei irrtümlichen Leistungen lässt *Jabornegg*¹⁷⁵ bereits einen »Unsicherheitsvorbehalt« – ein Hinweis auf eventuelle mögliche Korrekturen – genügen, hält es aber auch für ausreichend, wenn der Irrtum des Arbeitgebers den Arbeitnehmern den Umständen nach völlig klar sei oder sein müsste.

Im Ergebnis behauptet *Jabornegg*¹⁷⁶ mit seinem grundlegend von *Kerschner*¹⁷⁷ begründeten Ansatz, die betriebliche Übung sei als echte Verkehrssitte zu qualifizieren, die Setzung eines Vorbehalts verhindere eine durch spezifische arbeitsrechtliche Verkehrssitte grundsätzlich schon an sich durch den Inhalt derselben auch für die Zukunft als geänderter Einzelvertragsinhalt verbindliche betriebliche Übung. Über diese Auffassung sei laut *Jabornegg*¹⁷⁸ eine dogmatisch konsistente und schlüssige Begründung der bisherigen Rechtsprechung möglich, was für ihn vorher vor allem im Bereich der neu eintretenden Arbeitnehmer und dem Verzicht auf konkretes Vertrauen des einzelnen Arbeitnehmers nicht bzw nur defizitär möglich gewesen sei. Diese Auffassung hat durchaus einiges für sich, allerdings stellt auch sie wohl nur für begünstigende betriebliche Übungen ein probates Mittel zur dogmatischen

171 FS Kerschner 42, 44.

172 In ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 87.

173 FS Kerschner 45.

174 FS Kerschner 45 f.

175 FS Kerschner 48 ff.

176 FS Kerschner 51.

177 DRdA 1998, 250.

178 FS Kerschner 51.

Begründung dar. Für verschlechternde oder neutrale betriebliche Übungen müsste weiterhin das Auslangen mit der Rechtsgeschäftstheorie gefunden werden. Weshalb man allerdings dann je nach konkretem Inhalt der betrieblichen Übung entweder die eine oder die andere rechtliche Konstruktion herbeizieht, wird nur sachlich schwer zu begründen sein und entspricht nicht einer offenkundig gewünschten sauberen dogmatischen Lösung.

C. Verhinderung des Entstehens einer »betrieblichen Übung«

Angesichts der in ihrer Gesamtheit betrachtet nur bedingt effizienten und oftmals weniger zweckmäßigen Mittel der Vertragsänderung und negativen betrieblichen Übung, Kündigung und Änderungskündigung und der auflösenden bzw aufschiebenden Bedingung ist es iSd Rechtssicherheit und Konfliktvermeidung für alle Vertragsparteien empfehlenswert, durch das Ergreifen geeigneter Maßnahmen bereits zu einem früheren Zeitpunkt anzusetzen, um eventuellen konkludenten Vertragsänderungen vorzubeugen.¹⁷⁹

Denn eine solchen Einzelvertragsänderung bringt als Konsequenz mit sich, dass eine einmal entstandene betriebliche Übung durch eine Vertragspartei, gewöhnlich durch den regelmäßig durch die Übung belasteten Arbeitgeber, nicht ohne weiteres beendet oder abgeändert werden darf. Die andere Partei besitzt schließlich wie erörtert einen Anspruch auf Gewährung der die Übung bildenden Leistung für die Zukunft. Ein einseitiges Abgehen von einem Vertragsbestandteil ist dann nicht zulässig und wäre damit rechtswidrig.¹⁸⁰

Zur Verhinderung des Entstehens einer betrieblichen Übung bietet sich die Anbringung eines Änderungsvorbehalts, eines Unverbindlichkeitsvorbehalts oder die Verwendung von gewillkürten Schriftformklauseln, sog »Schriftformvorbehalte«, an.¹⁸¹

1. Vorbehalt bei Gewährung der Leistung

Vorbehalte können unbestritten auch bei schlüssig vereinbarten Vertragsinhalten vorkommen, weshalb diese von besonderer Relevanz für die betriebliche Übung sind.¹⁸² Durch die Anbringung eines Vorbehalts kann nämlich beim Arbeitnehmer kein schützenswertes Ver-

trauen darauf entstehen, weil durch diesen Vorbehalt für den Arbeitnehmer klar ersichtlich ist, dass sich der Arbeitgeber, je nach Art des Vorbehalts (dazu sogleich), nicht oder zumindest nicht unbeschränkt für die Zukunft binden will. Die Arbeitnehmer haben dann nämlich gem § 863 ABGB »keinen vernünftigen Grund«, an der beschränkten Verbindlichkeit bzw generellen Unverbindlichkeit der vom Arbeitgeber gewährten Leistung zu zweifeln.¹⁸³ Als Voraussetzung für die Beachtlichkeit eines durch den Arbeitgeber gesetzten Vorbehalts stellt sich die Frage der Tauglichkeit desselben.¹⁸⁴

Zur Veranschaulichung dieser Fragestellung sei erwähnt, dass die Betonung der »Freiwilligkeit« einer Leistung durch den Arbeitgeber für den OGH in der Regel nicht genügte, um eine konkludente Anspruchsbeurteilung durch die Arbeitnehmer zu verhindern. Auch die Formulierung, eine Gewährung werde »nach Maßgabe der vorhandenen Mittel« geleistet, reichte für den OGH¹⁸⁵ nicht zur Bejahung eines umfassenden Widerrufsrechts. Dies lässt auf eine Tendenz der Rechtsprechung¹⁸⁶ zu einer engen Auslegung von Vorbehalten im Zusammenhang mit der betrieblichen Übung rückschließen, ein Vorbehalt ist insofern klar zu setzen.¹⁸⁷

Im Wesentlichen gibt es zweierlei Ausprägungen von Vorbehalten. Auf der einen Seite den Änderungsvorbehalt, auf der anderen Seite den Unverbindlichkeitsvorbehalt. Diese unterscheiden sich sowohl in der Rechtsnatur als auch bei den Rechtsfolgen.¹⁸⁸

a. Änderungsvorbehalt

Unter dem Begriff des Änderungsvorbehalts versteht man die Möglichkeit des Arbeitgebers, im Arbeitsvertrag zugesagte Rechte, insbesondere im Bereich des Entgelts (wie beispielsweise Sonderzahlungen, überkollektives Entgelt), einseitig abzuändern (in der Regel werden diese beseitigt) und damit in den Arbeitsvertrag gestaltend einzugreifen.¹⁸⁹ Die Begrifflichkeit des Änderungsvorbehalts mag zwar plakativ sein, allerdings ist sie äußerst weitläufig gefasst und damit ungenau. Besser und vor allem sprachlich schärfer ist eine Unterteilung des Änderungsvorbehalts nach seiner rechtlichen Wirkung. Somit bildet der Begriff Änderungsvorbehalt nur einen

179 Reissner, Arbeitsrecht⁶ 220; Vinzenz, JAP 2012/2013/25, 228; Kie-taibl, Arbeitsrecht I⁹⁰ 333 f; Schrank/Mazal, Arbeitsrecht⁴ 59.

180 Reissner, Arbeitsrecht⁶ 220; Vinzenz, JAP 2012/2013/25, 228; Kie-taibl, Arbeitsrecht I⁹⁰ 333 f; Schrank/Mazal, Arbeitsrecht⁴ 59.

181 Vgl Jensen, Freiwilligkeitsvorbehalt 14 f; Oberhofer in Reissner/Neumayr (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) Rz 2,03.

182 Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 109.

183 Reissner, Arbeitsrecht⁶ 221; Vinzenz, JAP 2012/2013/25, 227 f; Kie-taibl, Arbeitsrecht I⁹⁰ 325.

184 Reissner, Arbeitsrecht⁶ 221.

185 OGH 4.8.2009, 9 Ob A 38/09t, ecolex 2010, 479 (Eypeltauer) = Arb 12.839 = RdW 2010/44, 39.

186 ZB OGH 16.10.1997, 8 Ob A 147/97v, Arb 11.652 = RdW 1999, 39.

187 Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a Rz 109 f; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/218; vgl auch OGH 13.10.1993, 9 Ob A 265/93, DRdA 1994/26, 325 (Kerschner).

188 Mair in Reissner/Neumayr (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) Rz 46,01 ff.

189 Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 109 mwN; Mair in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,08.

Dach- oder Überbegriff, wohingegen die genauere begriffliche Determinierung in Gestalt eines Einschränkungs-, Aussetzungs-, Ausdehnungs- oder Widerrufsvorbehalts ein klareres Bild der jeweiligen Rechtswirkung des besagten Vorbehalts darzustellen vermag und deshalb zu bevorzugen ist. Darüber hinaus ist die hier gewählte Terminologie an der vom Gesetzgeber in § 6 BPG verwendeten Didaktik angelehnt, wodurch dem Gedanken einer insgesamt konsistenteren juristischen Sprache Rechnung getragen werden soll. Dem Ausdehnungsvorbehalt wird freilich in der Praxis kaum Bedeutung einzuräumen sein, da erstens eine freiwillige Mehrleistung prinzipiell immer zulässig ist, eine Annahme von einer solchen in der Judikatur¹⁹⁰ bereits durch widerspruchsloses Weiterarbeiten erblickt wird und es wohl lebensfremd ist zu unterstellen, dass ein Arbeitnehmer ein ihm begünstigendes Angebot nicht annehmen wolle (hier wäre der einzige Fall, wo ein solcher Vorbehalt einen Anwendungsbereich finden würde).

Im Zusammenhang mit dem hier zu behandelnden Themenkreis ist dagegen insbesondere die Spielart des Widerrufsvorbehalts von Interesse, weshalb dieser im Anschluss an die für alle Unterarten zutreffenden allgemeinen Ausführungen eigenständig und vertieft dargestellt wird.

Eine besondere Form des Änderungsvorbehalts sind die sog »Jeweils-Klauseln«. Über derartige Klauseln wird ein außerhalb des Arbeitsvertrages gelegenes Regelwerk, wie es beispielsweise bei den ÖBB und Gemeindebediensteten existiert, direkt in den Arbeitsvertrag einbezogen, wobei dem AG das Recht zukommt, diese Bedingungen zu ändern. Im Ergebnis hat der AG damit das Recht, den Arbeitsvertragsinhalt einseitig abzuändern. Die Zulässigkeit solcher in »jeweils geltender Fassung« anzuwendender Vorbehalte ist durch die Zusammenarbeit mit überbetrieblichen Interessenvertretungen gegeben, welche mE als eine Art des Prinzips der »Legitimation durch Verfahren« verstanden werden kann.¹⁹¹

Beim Änderungsvorbehalt handelt es sich dogmatisch betrachtet um ein einseitiges Gestaltungsrecht, im hier thematisch vorhandenen Zusammenhang mit dem Umfang der vom Arbeitgeber erbrachten Leistung wird auch von einseitiger Leistungsbestimmung des Arbeitgebers gesprochen. Wie bei jedem vertraglich eingeräumten Gestaltungsrecht sind vier Voraussetzungen zu prüfen, damit der Vorbehalt Gültigkeit besitzt: Die Begründung, die Zulässigkeit der Einräumung, die Aus-

übung und die Zulässigkeit der konkreten Ausübung.¹⁹² Denn ein solches Gestaltungsrecht für nur eine der Parteien konterkariert den prinzipiellen Zweck eines Vertrags, den Interessenausgleich, prinzipiell. Gerade gilt dies für den Bereich des Arbeitsrechts, bei dem ohnehin ein typisches Ungleichgewicht der gegenüberstehenden Parteien gegeben ist, umso mehr. Aus diesem Grund braucht es für die Zulässigkeit von Änderungsvorbehalten gewisse besondere Voraussetzungen.¹⁹³

Für die Begründung des Änderungsvorbehalts gelten die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts, da für diesen klarerweise eine vertragliche Vereinbarung vonnöten ist. Eine solche ist sowohl zu Beginn als auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses möglich und kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen. So erblickt der OGH¹⁹⁴ beispielweise in der widerspruchslosen Hinnahme einer »Jeweils-Klausel« eine wirksame schlüssige Unterwerfung durch den Arbeitnehmer.¹⁹⁵

Die Rechtsprechung erachtet für die Zulässigkeit hier in erster Linie den Bestimmtheitsgrundsatz des § 869 ABGB und die allgemeine Regelungsgrenze der Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB für beachtlich. Diese doch sehr grundsätzlichen Einschränkungen bedeuten für die Praxis allerdings nicht viel und sind eher formaler Natur.¹⁹⁶

Auch für die Auslegung des Änderungsvorbehalts sind prinzipiell die allgemeinen Regeln gültig, wobei diese vom OGH¹⁹⁷ eng angewandt werden.¹⁹⁸

Im Bereich der Zulässigkeit ist die Frage nach der konkreten Ausübung von wesentlicher Bedeutung. Die Rechtsprechung¹⁹⁹ geht nämlich davon aus, dass Änderungsvorbehalte selbst unter dem Vorbehalt stehen, dass der Arbeitgeber das ihm durch diese eingeräumte Recht nur innerhalb der Grenzen des »billigen Ermessens« ausübt.²⁰⁰ Als Parameter für diesen sowohl in Lehre als auch Rechtsprechung sehr unbestimmt umrissenen Begriff könnte die Austauschgerechtigkeit angeführt werden, da der Arbeitgeber typischerweise Zusatzleistungen nur aufgrund einer gewissen Erwartungshaltung, zB höhere Produktivität der Arbeitnehmer bei höherem

190 Vgl zB OGH 16.10.1979, 4 Ob 17/79, DRdA 1981/3, 42 (*Spielbücher*) = ZAS 1980/21, 178 (*Mayer-Maly*); 18.8.1995, 8 Ob A 282/95, DRdA 1996/23, 302 (*Kerschmer*); 28.3.2001, 9 Ob A 25/01v, RdW 2001/764, 754.

191 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,09; *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 112.

192 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 110; *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,17.

193 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,18 ff.

194 Vgl zB OGH 16.6.1999, 9 Ob A 17/99m, Arb 11.883 = ASoK 2000, 152.

195 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 110; *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,24.

196 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,22.

197 Vgl zB OGH 16.10.1997, 8 Ob A 147/97v, Arb 11.652 = RdW 1999, 39.

198 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 110.

199 Vgl zB OGH 4.11.1986, 14 Ob 136/86, DRdA 1988/11, 235 (*Mayer-Maly*) = ARD 3876/14/87; 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990/8, 111 (*Grillberger*) = ZAS 1989/15, 94 (*Tomandl*) = Arb 10.763.

200 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 111 mwN; *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,23.

Entgelt, gewährt. »Billiges Ermessen« kann in diesem Rahmen als »angemessen« verstanden werden, wodurch die Billigkeitsprüfung einer Angemessenheits- bzw. Verhältnismäßigkeitskontrolle im Einzelfall entspricht. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber solange keine Leistungen einseitig streichen darf, als die damit verbundene Erwartungshaltung durch die Arbeitnehmer erfüllt wird und die Austauschgerechtigkeit gewahrt ist. Denn genau diese Sorge um die vertragliche Äquivalenz versucht man durch die Ausübungskontrolle auszuräumen. Hinter dem Begriff des »billigen Ermessens« verbergen sich sohin die Kriterien, welche festlegen, ob und wie weit der Arbeitgeber die aus seiner Sicht gestörte Leistungsäquivalenz durch Ausübung seines einseitigen Gestaltungsrechts wiederherstellen kann und darf. Auch ist nach der Rechtsprechung²⁰¹ eine Abwägung der wechselseitigen Interessen beider Parteien vorzunehmen, womit man zu dem Ergebnis kommt, dass der Arbeitgeber nur zu solchen Änderungen berechtigt ist, mit denen die Arbeitnehmer rechnen dürfen bzw konnten. Außerdem hat der Arbeitgeber bei der Ausübung den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten.²⁰²

Ein weiterer zu beachtender Ansatzpunkt bei der Beschränkung des Änderungsvorbehalts könnte die wirtschaftliche Relevanz des Vorbehalts darstellen. Hierbei wird primär die Frage relevant sein, ob durch die Ausübung des Änderungsvorbehalts nur die Leistung des Arbeitgebers verringert wurde, oder auch die Leistung des Arbeitnehmers. Im ersten Fall wird sodann auf die relative Größe der aus der Ausübung resultierenden Änderung abgestellt, die Grenze wird wohl bei geringen Entgelten niedriger sein als bei hohen Entgelten. Auch die Ursache der Ausübung (beispielweise wirtschaftliche Schwierigkeiten des Arbeitgebers, Streben nach höheren Gewinnen etc) ist von entscheidender Bedeutung, an dieser Stelle geht es wieder um die wechselseitige Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, ideelle und materielle Interessen sind zu beachten.²⁰³

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Arbeitgeber den Änderungsvorbehalt nicht zu wesentlichen Änderungen des vertraglichen Austauschverhältnisses nutzen darf, auch nicht durch eine Kumulation von für sich zulässigen kleineren Änderungen im Stil einer »Salamitaktik« – die Salami wird scheinbarweise aufgeschnitten, bis nichts mehr von ihr übrig bleibt. Anderes könnte nur im Fall einer konkreten Vorgabe im Vertrag

gelten, wobei diese dann wiederum eingehend auf Zulässigkeit zu prüfen wäre.²⁰⁴

Für *Rebhahn*²⁰⁵ ist diese Beschränkung der Rechtsprechung der Überprüfung der Zulässigkeit nur bei der Ausübung nicht verständlich. Da hier den allgemeinen vertragsrechtlichen Regeln gefolgt würde, sollte man bereits bei der Einräumung des Gestaltungsrechts – insbesondere inhaltlich – eine Prüfung vornehmen. Denn die Beschränkung auf eine Billigkeitskontrolle komme nicht über den konkreten Einzelfall hinaus und schöpft die vorhandenen Möglichkeiten einer rationalen Begründung für einen Änderungsvorbehalt im gegebenen Zusammenhang nicht aus. Dies habe eine gewisse Unklarheit und Erschwernis der Diskussion um die Kriterien der Zulässigkeit zur Folge, was wiederum eine Verringerung der Rechtssicherheit nach sich ziehe.²⁰⁶

Im Bereich einer betrieblichen Übung stellt von den verschiedenen Unterarten der **Widerrufsvorbehalt** die bei weitem praktisch bedeutsamste Spielart des Änderungsvorbehalts dar. Dies zeigt sich bereits daran, dass in der Judikatur²⁰⁷ das Begriffspaar »Widerrufs- bzw Änderungsvorbehalt« geläufig ist. Ein Widerrufsvorbehalt räumt dem Arbeitgeber das Recht ein, eine von ihm prinzipiell unbefristet zugesagte Leistung zur Gänze oder zum Teil einzustellen. Es besteht also zuerst ein (konkulent) vereinbarter arbeitsvertraglicher Rechtsanspruch auf eine bestimmte Leistung des Arbeitgebers, dieser fällt jedoch bei Ausübung des Widerrufsvorbehalts komplett oder partiell weg.²⁰⁸ Als Unterfall des Änderungsvorbehalts handelt es sich rechtsdogmatisch betrachtet wiederum um ein einseitiges Gestaltungsrecht, bei dem die bereits beim allgemeinen Änderungsvorbehalt ausgeführten Voraussetzungen dementsprechend gegeben sein müssen, damit es Gültigkeit besitzt. Insbesondere ist die vertragliche Vereinbarung nach der Rechtsprechung²⁰⁹ eng auszulegen. Der Widerruf stellt grundsätzlich eine bedingungsfeindliche Willenserklärung dar, welche hinreichend deutlich zu sein hat. Klarerweise können nur solche Leistungen mit einem Widerrufsvorbehalt verknüpft werden, die über dem gesetzlichen und kollektivvertraglichen Mindeststandard angesiedelt sind.²¹⁰ Auch der Widerrufsvorbehalt darf als Unterfall des Änderungsvorbehalts nur nach »billigem Ermessen« ausgeübt werden, unsachliche und willkürliche Widerrufe sind nicht zulässig – eine Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen unter

204 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a Rz 113.

205 In ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 111.

206 S auch *Rebhahn/Kietaibl* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 879 ABGB Rz 34.

207 Vgl etwa OGH 24.2.2009, 9 Ob A 113/08w, infas 2009 A 38.

208 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,10.

209 OGH 16.10.1997, 8 Ob A 147/97v, Arb 11.652 = RdW 1999, 39.

210 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,17ff, 46.45; *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 110.

201 ZB OGH 14.12.1988, 9 Ob A 512/88, DRdA 1990/8, 111 (*Grillberger*) = ZAS 1989/15, 94 (*Tomandl*) = Arb 10.763.

202 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a Rz 111, 113 mwN; *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,23 ff mwN.

203 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a Rz 111, 113 mwN; *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,23 ff mwN; OGH 15.3.1989, 9 Ob A 266/88, ZAS 1990/18, 157 (*Birkner*).

den ausgeführten Gesichtspunkten ist vorzunehmen. Als Beispiele für zulässige Gründe eines Widerrufs sind wirtschaftliche Schwierigkeiten, die Verschlechterung des Betriebsergebnisses und der Wegfall des Zwecks der Leistung zu nennen. Die vom OGH²¹¹ bislang zugelassenen Kürzungen aufgrund eines Widerrufsvorbehaltes lagen unter 10 % der gewährten Leistungen, *Rebhahn*²¹² stellt bei hohem Entgelt die Möglichkeit von einer Kürzung bis maximal 25 % in den Raum.²¹³

b. Unverbindlichkeitsvorbehalt

Die zweite Art des Vorbehalts ist der Unverbindlichkeitsvorbehalt. Im Gegensatz zum Änderungsvorbehalt, der die Möglichkeit die einseitige Abstandnahme von einem bereits existierenden Rechtsanspruch mit sich bringt, verhindert der Unverbindlichkeitsvorbehalt von vornherein, dass der Arbeitgeber durch die freiwillige Leistungserbringung gegenüber den Arbeitnehmern rechtlich verpflichtet wird. Ein solcher Vorbehalt wirkt somit dem Zustandekommen einer Vertragsänderung durch eine betriebliche Übung explizit entgegen und verhindert diese von Beginn an. In der Praxis wird dies durch die Formulierung, dass die gewährte Leistung unverbindlich ist und ohne Zuerkennung eines Rechtsanspruchs erfolgt, zum Ausdruck gebracht.²¹⁴ Damit diese rechtliche Verpflichtung tatsächlich nicht zustande kommt, ist es erforderlich, dass die Arbeitnehmer bei Anbringung dieses Vorbehalts klar erkennen können, dass in Zukunft mit gleichartigen Leistungen nicht zu rechnen ist. Der Unverbindlichkeitsvorbehalt verhindert somit das Entstehen eines schützenswerten Vertrauens der Arbeitnehmer auf zukünftige Leistungen.²¹⁵ Der OGH stellt hier wiederum strenge Anforderungen auf, weshalb die Formulierung eines solchen Vorbehalts deutlich auf die Unverbindlichkeit der Leistung hinweisen muss. Die gängige Formel der Judikatur²¹⁶ fordert die »ausdrückliche Betonung des freiwilligen, unverbindlichen und jederzeit widerrufbaren Charakters der Zuwendung«.²¹⁷ Klar ist auch, dass ein Unverbindlichkeitsvorbehalt nur bei Bezug auf ein zulässig einseitig gestaltbares Entgelt (erhöhte Überstundenentlohnung, Prämien) beachtlich ist.²¹⁸

Durch einen mit einer Leistungsgewährung verbundenen Unverbindlichkeitsvorbehalt erwächst dem Arbeitgeber ein nicht zu unterschätzender Gestaltungsfreiraum. Einerseits haben die Arbeitnehmer nämlich keinen Rechtsanspruch auf die gewährte entgeltwerte Leistung, andererseits kann der Arbeitgeber die Leistung einstellen, ohne dass es eine nachprüfende gerichtliche Kontrolle ist eines »billigen Ermessens« wie beim Änderungsvorbehalt gibt.²¹⁹

Denn im Gegensatz zu einem Änderungsvorbehalt, und damit auch zum Widerrufsvorbehalt, wird ein Unverbindlichkeitsvorbehalt nicht vertraglich vereinbart, sondern von Arbeitgeber einseitig erklärt. Der Unverbindlichkeitsvorbehalt muss allerdings bei jeder Leistungsgewährung gegenüber den Arbeitnehmer erneut artikuliert werden, selbst wenn der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag darauf hinweist, dass sämtliche Zusatzleistungen unverbindlich und ohne Zuerkennung eines Rechtsanspruchs für die Zukunft ergehen.²²⁰ Erklärt der Arbeitgeber hingegen nur einmal die Unverbindlichkeit und leistet in der Folge mehrmals ohne Anbringung eines Vorbehalts, kann man in der Regel davon ausgehen, dass der Arbeitgeber auf den Vorbehalt verzichtet hat, wodurch im Ergebnis für die Arbeitnehmer ein schlüssig begründeter Anspruch auf die Leistung durch betriebliche Übung entsteht.²²¹

Die Judikatur²²² legt allerdings bei den sog »entgeltfernen Leistungen« und unwesentlichen Teilen des Entgelts tendenziell einen weniger strengen Maßstab an, bei dem ein einmaliger Vorbehalt ausreichend ist.²²³

Im Falle eines gültig gesetzten Unverbindlichkeitsvorbehalts kann es deshalb auch keine gerichtliche Nachkontrolle ist einer Ausübungskontrolle wie beim Änderungsvorbehalt geben, da keine Rechtsposition des Arbeitnehmers durch die Einstellung der Leistungsgewährung beeinträchtigt werden kann. Indessen hat ein Unverbindlichkeitsvorbehalt nur eine Wirkung in die Zukunft und bewirkt nicht die Möglichkeit des Arbeitgebers, bereits erbrachte Leistungen von den Arbeitnehmer wieder zurückfordern zu können. Seine Bedeutung liegt für den Arbeitgeber darin, in Zukunft frei entscheiden zu können, ob er die betreffende Leistung weiter gewährt oder nicht.²²⁴

Allerdings unterliegt der Unverbindlichkeitsvorbehalt der **Inhaltskontrolle des § 879 ABGB**. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Zulässigkeit eines Unverbindlich-

211 Vgl OGH 16.10.2003, 8 Ob A 16/03s, ASoK 2004, 246.

212 In ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 113.

213 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,46 ff mwN.

214 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,12 ff; *Risak*, Der Unverbindlichkeitsvorbehalt – Überlegungen zum Rechtsinstitut der »Zuwendung ohne Anspruch«, ZAS 2006/25, 162 (162 f).

215 *Risak*, ZAS 2006/25, 164.

216 So zB OGH 16.2.1975, 4 Ob 60/75, ZAS 1977, 102 (*Mayer-Maly*); 30.9.1987, 9 ObA/87, DRdA 1989, 281 (*Binder*) = JBl 1988, 333 (*Schima*); 16.11.1994, 9 Ob A 210/94; 16.2.2000, 9 Ob A 325/99f.

217 Vgl *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 221; *Risak*, ZAS 2006/25, 164 mwN.

218 *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 221.

219 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,55.

220 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,59.

221 *Risak*, ZAS 2006/25, 164; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 227 f.

222 OGH 24.2.2009, 9 Ob A 113/08w, DRdA 2011/7, 57 (*Schindler*) = ZAS 2006, 321 (*Risak*) = Arb 12.798.

223 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,60; *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 97 mwN; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228.

224 *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm³ § 879 ABGB Rz 46; *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,57 ff.

keitsvorbehalts jedenfalls dann abzulehnen, wenn dieser sich auf das wiederkehrende monatliche Entgelt bzw auf wesentliche Teile des Entgelts bezieht. Denn Beliebigkeit in Bezug auf eine Veränderung der Entgelthöhe kann kein zulässiger Vertragsinhalt sein, mit der Setzung von entsprechenden Unverbindlichkeitsvorbehalten könnte man allerdings im Ergebnis genau dies erreichen, somit können derartige Vorbehalte nicht zulässig sein.²²⁵ Im Lichte dieser Überlegungen ist die Auffassung von *Risak*²²⁶, dass überhaupt der gesamte überkollektive Entgeltbereich unter einen Unverbindlichkeitsvorbehalt gestellt werden könne, abzulehnen. Dieses Ergebnis ist auch unter Würdigung der typischen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer mE sachgerecht und richtig.

Unbestritten ist aber die Beachtlichkeit des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Einstellung der Leistung, gewissermaßen als Grenze für die Ausübung des Gestaltungsrechts.²²⁷ Auf diesen wird später aufgrund seiner gewichtigen und vielseitigen Bedeutung für die betriebliche Übung noch gesondert eingegangen.

Weil es sich beim Unverbindlichkeitsvorbehalt um eine einseitige Erklärung handelt, die jeder rechtlichen Bindung vorbeugen will, gehen unklare Formulierungen gem § 915 HS 2 ABGB zu Lasten des Arbeitgebers.²²⁸ Beispielsweise reicht es laut der Rechtsprechung²²⁹ wie bereits erwähnt nicht aus, wenn der Arbeitgeber die Freiwilligkeit der Leistung betont, da man sich auch freiwillig zu Leistungen, die nicht gesetzlich oder kollektivrechtlich vorgegeben sind, verpflichten kann.²³⁰

Da es sich beim Änderungs- und beim Unverbindlichkeitsvorbehalt um zwei grundsätzlich verschiedene Rechtsinstitute bezüglich Rechtsnatur und Rechtsfolgen handelt, ist die Unterscheidung, welche Art des Vorbehalts gesetzt wurde, hinsichtlich der Bindungswirkung für den Arbeitgeber praktisch von sehr großer Bedeutung. Diese wird oftmals auf Nuancen der Formulierung des Vorbehalts abstellen müssen, um sich für die eine oder andere Konstruktion entscheiden zu können.²³¹ In der Praxis werden Unverbindlichkeitsvorbehalte vor allem mit Widerrufsvorbehalten immer wieder vermischt, was aufgrund der Unterschiedlichkeit dieser Rechtsinstitute mittlerweile auch für den OGH einen Widerspruch darstellt. Oftmals wird dies mit dem Hintergedanken einer doppelten Absicherung getan, entweder entsteht für den Arbeitnehmer überhaupt kein

Anspruch, und wenn doch ist dieser immerhin einseitig durch den Arbeitgeber widerrufbar. Da eine solche Verknüpfung allerdings rechtsdogmatisch schlicht widersprüchlich ist, wird von der Rechtsprechung²³² die Natur des Vorbehalts entweder in die eine oder andere Richtung ausgelegt. Bei dieser Auslegung sind insbesondere der Gesamtzusammenhang unter dem der Vorbehalt zustande kam, sowie die konkreten Umstände, unter denen die Erklärung desselben abgegeben wurde, zu beachten.²³³

Vor allem die unterschiedliche Handhabung der Billigkeitskontrolle bei Änderungsvorbehalten und Unverbindlichkeitsvorbehalten stößt in der Lehre auf Unverständnis und Kritik. *Rebhahn* und *Kietaibl*²³⁴ vertreten die Meinung, dass aus der prinzipiellen Bejahung einer unverbindlichen Leistungsgewährung ohne Rechtsanspruch nicht notwendig die Freistellung der Leistungseinstellung von der nachträglichen Billigkeitskontrolle folgen müsse. *Kietaibl*²³⁵ führt hierzu aus, dass die unterschiedliche Behandlung der Vorbehalte bereits deshalb wenig überzeugend sei, da diese allein aus der unterschiedlichen Vorbehaltsformulierung resultieren solle. Diese Unterschiede in der Formulierung seien von einem Arbeitnehmer kaum zu durchschauen und würden oftmals auch vom Arbeitgeber nur unbewusst gewählt. Außerdem sei durch einen Unverbindlichkeitsvorbehalt eine Billigkeitskontrolle der Leistungseinstellung deshalb nicht auszuschließen, weil diese Kontrolle aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers folge, die neben Rechtshandlungen auch rein faktische Akte erfasse.

Neben der Setzung eines Änderungs- oder Unverbindlichkeitsvorbehalts zur Verhinderung des Entstehens einer Betriebsübung steht insbesondere noch die Möglichkeit offen, durch die Verwendung von gewillkürten Schriftformklauseln, auch Schriftformvorbehalte genannt, eine betriebliche Übung zu vermeiden.²³⁶

c. Schriftformvorbehalt

Im österreichischen ABGB ist der Grundsatz der Formfreiheit gem § 883 ABGB statuiert, welcher einen bedeutenden Teil der Privatautonomie darstellt.²³⁷ Dies gilt im Allgemeinen auch für das Arbeitsrecht und damit für den Arbeitsvertrag, ein solcher ist an keine bestimmte Form gebunden. Dementsprechend kann der Vertrag

225 *Rebhahn/Kietaibl* in ZellKomm³ § 879 ABGB Rz 46 mwN.

226 ZAS 2006/25, 163.

227 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,62; *Risak*, ZAS 2006/25, 168.

228 *Mair* in ZellHB AV-Klauseln Rz 46,56.

229 ZB OGH 13.10.1993, 9 Ob A 265/93, DRdA 1994, 324 (*Kerschmer*) = wbl 1994, 126; 13.3.1997, 8 Ob A 2254/96w, DRdA 1998, 32 (*Rummel*) = ARD 4859/20/97.

230 *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht³ 182 mwN.

231 *Risak*, ZAS 2006/25, 163.

232 Vgl ZB OGH 24.2.2009, 9 Ob A 113/08w, DRdA 2011/7, 57 (*Schindler*) = ZAS 2006, 321 (*Risak*) = Arb 12.798.

233 *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/218; *Risak*, ZAS 2006/25, 163, 165 f.

234 In ZellKomm³ § 879 ABGB Rz 46 mwN.

235 Arbeitsrecht I¹⁰ 325 f; für einen generellen Wegfall der Billigkeitskontrolle, wenn auch dogmatisch unsauber und nicht überzeugend *Marhold/Friedrich*, Arbeitsrecht³ 182.

236 *Oberhofer* in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,03.

237 Vgl statt vieler *Dullinger* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁴ § 883 ABGB Rz 1 (Stand: 1.11.2014, rdb.at).

sowohl mündlich, schriftlich als auch konkludent geschlossen werden. Ausnahmen dafür existieren lediglich in einigen Sondergesetzen, welche für diese Arbeit jedoch keine Relevanz besitzen.²³⁸ Allerdings ist es den Arbeitsvertragsparteien möglich zu vereinbaren, dass für sie nur ein schriftlicher Arbeitsvertrag bzw dessen Ergänzungen beachtlich und damit verbindlich sein sollen.²³⁹

Im Wesentlichen gibt es **zweierlei verschiedene Arten der Ausgestaltung bei Schriftformvorbehalten**. Auf der einen Seite gibt es die Vereinbarung, dass außerhalb des Arbeitsvertrags keine mündlichen oder konkludenten Nebenabreden bestehen bzw getroffen wurden. Auf der anderen Seite besteht die Möglichkeit zu vereinbaren, dass jede Änderung des Arbeitsvertrags zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform bedarf. Auch kann zusätzlich vereinbart werden, dass von diesem Schriftformerfordernis nur schriftlich abgegangen werden kann.²⁴⁰

Hintergründe für derartige Vereinbarungen sind etwa die Beweissicherung, der Schutz vor Übereilung, Publizität oder, vor allem im Hinblick auf die betriebliche Übung relevant, inhaltliche Klarheit und bzw oder Abschlussklarheit. Die exakte Ausgestaltung einer Schriftformklausel ist durch den weiten Rahmen der Privatautonomie vielfältig. Grundsätzlich kann man diese in drei Gruppen einteilen, die Ausschluss- bzw Vollständigkeitsklauseln, Ergänzungs- bzw Änderungsklauseln und Klauseln hinsichtlich des Abgehens von der Schriftform. Die Ausschluss- bzw Vollständigkeitsklauseln beinhalten einen Schriftformvorbehalt betreffend andere als die schriftlich niedergelegten Bedingungen. Bezogen auf eine eventuell bestehende betriebliche Übung bietet sich an, als zusätzlichen Passus zu vereinbaren, dass zu diesem Vertrag keine mündlichen oder sonstige Nebenabreden bestehen. Die Variante der Ergänzungs- bzw Änderungsklauseln bietet sich für den Bereich der Betriebsübung noch mehr an, da in solchen statuiert wird, dass jede Änderung und Ergänzung des Arbeitsvertrages für ihre Wirksamkeit schriftlich vereinbart werden müssen. Bei Klauseln betreffend das Abgehen von der Schriftform wird ein Abgehen vom Schriftformerfordernis nur durch eine schriftliche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien rechtswirksam. Diese Arten der gewillkürten Schriftformklauseln können je nach Bedarf kombiniert werden, um den gewünschten Zweck bestmöglich zu erreichen.²⁴¹

Wurde eine gewillkürte Schriftformklausel vereinbart, ist diese wie jede vertragliche Vereinbarung nach den gesetzlichen Regeln auszulegen. Ein Schriftformvorbehalt bewirkt auf der Grundlage des § 884 ABGB daher, dass die Parteien im Zweifel erst mit der Erfüllung der entsprechenden Form gebunden sein wollen, also eben gerade nicht mit der vorangegangenen mündlichen oder schlüssigen Vereinbarung. Wird die Schriftform in einem solchen Fall nicht gewahrt, ist nur der betroffene Teil des Vertrages unwirksam. Die gewillkürte Schriftform schafft also im Ergebnis im Zweifel ein zusätzliches Gültigkeitserfordernis für Eingriffe in den Arbeitsvertrag, wenn sie in konstitutiver Form vorliegt. Konstitutiv meint, dass erst mit Erfüllung des Schriftlichkeitserfordernisses die Ergänzung bzw Änderung²⁴² wirksam werden, die Schriftform ist somit hier Wirksamkeitsvoraussetzung. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich hingegen nur um eine rein deklaratorische Beurkundung ohne Gültigkeitsfolgen.²⁴³

Ob es sich um eine konstitutive oder deklarative Schriftformklausel handelt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Hierbei wird wiederum auf den Empfängerhorizont nach bürgerlichem Recht abgestellt, also wie ein redlicher Erklärungsempfänger das rechtsgeschäftliche Verhalten seines Vertragspartner verstehen durfte und verstanden hat. Wesentlich ist auch der Formzweck, der mit dem Schriftformvorbehalt verfolgt wurde, um eine Entscheidung in die eine oder andere Richtung treffen zu können.²⁴⁴

Im Bereich der Betriebsübung empfiehlt es sich für einen Arbeitgeber, die konstitutive Form zu wählen, bei dem die Ergänzung bzw Änderung erst mit der Niederschrift derselben wirksam zustande kommen. Mit einem deklaratorischen Schriftformvorbehalt ist der dahinterstehende Zweck, konkludente Vertragsschlüsse zu verhindern und dadurch Klarheit für alle zu schaffen, ohnehin nicht realisierbar.

Von der vereinbarten konstitutiv wirkenden Schriftform können die Parteien nach hL und stRsp allerdings jederzeit einvernehmlich, ausdrücklich als auch gem § 863 ABGB konkludent, wieder abgehen. Dies kann durch eine einvernehmliche Nichteinhaltung der Schriftform als formlose Abrede vereinbart werden. Allerdings haben solche formlosen Vertragsänderungen im Wissen um und mit Willen zum Abgehen des Schrift-

238 Oberhofer in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,01f; Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 22; Reissner, Arbeitsrecht⁶ 120.

239 Oberhofer in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,05; Kalss in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1,04} § 884 ABGB Rz 1 (Stand 1.6.2017, rdb.at); Reissner, Arbeitsrecht⁶ 120.

240 Oberhofer in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,04.

241 Oberhofer in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,05f.

242 Ebenso kann dies je nach konkreter Vereinbarung auch die prinzipielle Wirksamkeit des Arbeitsvertrages oder dessen Beendigung betreffen. Da hier das Thema allerdings nur im Kontext mit der betrieblichen Übung interessiert, sind diese Gesichtspunkte an gegebener Stelle nicht näher auszuführen.

243 Oberhofer in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,11.

244 Oberhofer in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,12 mwN.

formerfordernisses erfolgen.²⁴⁵ Ein Verzicht auf eine derartige Vertragsänderung ist aus Gründen der Privatautonomie rechtsunwirksam.²⁴⁶

Bei der Berufung auf die Verbindlichkeit einer mündlichen oder konkludenten Vereinbarung trifft die Beweislast bei gewillkürten Schriftformklauseln denjenigen, der sich auf die Verbindlichkeit beruft. Denn die Vertragsurkunde hat den Anschein der Vollständigkeit für sich, weshalb der Beweislastträger beweisen muss, dass lediglich die deklaratorische Beurkundung des Vertragsinhalts und nicht ein konstitutives Schriftformerfordernis vereinbart war bzw dass von einem konstitutiven Schriftformvorbehalt mündlich oder schlüssig abgegangen wurde. Gewillkürte Schriftformklauseln wirken sohin als eine Beweislastvereinbarung, da sie die Maßgeblichkeit der Parteienvereinbarung zu Gunsten des schriftlichen Vertragstextes verändern. In ihrer Funktion stellen Schriftformvorbehalte somit gewissermaßen »Vollständigkeitsklauseln« dar. Eine unwiderlegbare Vermutung oder eine Fiktion der Vollständigkeit des schriftlichen Arbeitsvertrages ist nicht zulässig.²⁴⁷

Aus dem Gesagten lässt sich pointiert zusammenfassen, dass sich – bezogen auf eine mögliche Verhinderung des Entstehens einer betrieblichen Übung – insbesondere die Vereinbarung einer konstitutiven Ergänzungs- bzw Änderungsklausel in Kombination mit einer Klausel hinsichtlich des Abgehens von der Schriftform besonders anbietet. Dies deshalb, weil im Falle eines solchen Vertragsinhalts erstens eine Änderung des Vertrages durch regelmäßig wiederkehrende Leistungen des Arbeitgeber und die schlüssige Annahme der Arbeitnehmer mangels Schriftform nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist, und zweitens ein schlüssiges Abgehen vom Schriftformerfordernis durch die mit der Schriftformklausel bewirkten Beweislastvereinbarung wohl nur in wenigen Fällen vom Arbeitnehmer beweisbar sein wird. Die Möglichkeit des Beweises besteht allerdings in jedem Fall, und auch in Bezug auf dispositives Gesetzesrecht darf durch die Anwendung von solchen Klauseln kein unzulässiges Ergebnis erzielt werden. Des Weiteren ist eine Aushebelung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre durch eine gewillkürte Schriftformklausel natürlich nicht möglich. Innerhalb dieser nicht unbeachtlichen Grenzen bietet sich durch die Vereinbarung von Schriftformklauseln allerdings doch

ein gewisser Spielraum.²⁴⁸ Somit ist für das Entstehen einer betrieblichen Übung in einer solchen zulässigen Konstellation nur ein begrenzter Raum gegeben, was durchaus vom Arbeitgeber (als auch eventuell vom Arbeitnehmer) in der Rechtssicherheit und Klarheit gewünscht sein kann.

2. Erklärungen gegenüber neu eintretenden Arbeitnehmern

Ist eine betriebliche Übung für die bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer in Kraft, kann sich diese bei entsprechender Vertrauenslage in § 863 ABGB sogar auf neu eintretende Arbeitnehmer ausweiten, auch wenn dieselben die den Gegenstand der Übung bildende Leistung zu diesem Zeitpunkt noch gar nie in Anspruch genommen haben. Aus diesem Grund ist es für den Arbeitgeber notwendig, unmittelbar bei Abschluss des Arbeitsvertrages durch entsprechende Erklärung die Gültigkeit der betrieblichen Übung für den Neueintretenden zu verhindern.²⁴⁹ Für diesen Zweck bieten sich die behandelten Vorbehalte als Rechtsinstrumente an, vor allem aber auch die Vereinbarung der Nichtanwendung der betrieblichen Übung. Wichtig ist, dass die entsprechende Erklärung vom Arbeitgeber bezüglich der Ausnahme des neu eintretenden Arbeitnehmers von einer bestehenden Betriebsübung bei Begründung des Arbeitsverhältnisses deutlich, am besten ausdrücklich, kommuniziert wird.²⁵⁰ Durch die ab einem bestimmten Zeitpunkt vollzogene Differenzierung von neu eintretenden und bereits beschäftigten Arbeitnehmern stellt sich die Frage, ob jene einen Verstoß gegen den **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** bedeutet. Zentraler Inhalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist das Verbot, einen Arbeitnehmer willkürlich und aus sachfremden Gründen schlechter zu stellen als die Mehrheit der Arbeitnehmer.²⁵¹ Es stellt aber nach

245 S zB *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 120 mwN; *Oberhofer* in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,20 f; s auch OGH 25.5.1994, 9 Ob A 76/94, RdW 1994, 359; 4.10.1989, 3 Ob 525/89, JBl 1990, 318.

246 Vgl *Dullinger* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁴ § 884 ABGB Rz 3 mwN (Stand: 1.11.2014, rdb.at); *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁴ § 884 ABGB Rz 3; *Oberhofer* in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,20.

247 *Neumayr* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) Rz 3,08, 3.19 f; *Oberhofer* in ZellHB AV-Klauseln Rz 2,27.

248 *Neumayr* in ZellHB AV-Klauseln Rz 3,08 f, 3.20, 3.26.

249 *Reissner* in *ders*, Angestelltengesetz² § 6 Rz 37; *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 98; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228M; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁹⁰ 331.

250 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 98; *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 222 f; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228.

251 *Reissner* in *ders*, Angestelltengesetz² § 6 Rz 40; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/324; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁹⁰ 351. Die dogmatische Begründung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist in der Lehre umstritten, vgl zu den verschiedenen Ansätzen etwa *Binder*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, DRdA 1983, 156 ff; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 3/328; *Reissner* in *ders*, Angestelltengesetz² § 6 Rz 40; *Mosler* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 18 AngG Rz 91; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I⁹⁰ 351 f. Über weite Strecken durchgesetzt hat sich die Lehrmeinung, die die dogmatische Begründung in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers erblickt – zumindest mittelbar über die Fürsorgepflicht sowie die Gute-Sitten-Klausel des § 879 ABGB wirkt aber auch der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz mit hinein, auf den unterstützend zurückgegriffen werden kann.

ha lediglich die unsachliche Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer gegenüber der Mehrheit einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar, nicht jedoch die sachlich nicht gerechtfertigte Bevorzugung Einzelner gegenüber derselben. Allerdings ist in diesem Zusammenhang die Orientierung an einer relativen Zahl der benachteiligten Arbeitnehmer nicht überzeugend, wenn eine relativ große Gruppe bevorzugt wird, die sich aber zahlenmäßig in der Minderheit befindet. Zweckmäßiger ist es, dass die Rechtsdurchsetzung hier immer nur im Verhältnis einer klaren Minderheit zu einer deutlichen Mehrheit von Arbeitnehmern anzuerkennen ist.²⁵² Neben dem Diskriminierungsverbot als Dimension des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes hat der OGH aus diesem darüber hinaus auch ein Differenzierungsverbot abgeleitet. Aus diesen Erwägungen wird in der Judikatur²⁵³ ebenfalls nicht auf das zahlenmäßige Verhältnis abgestellt, sondern darauf, ob der Differenzierung ein erkennbares generalisierendes Prinzip zu Grunde liegt.²⁵⁴ Die Literatur bezeichnet dieses Prinzip zum Teil plakativ als »Gießkannenprinzip«.²⁵⁵ Der Hauptanwendungsbereich des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt im Bereich des Entgelts, auch wenn sachlich die Gesamtheit der vom Arbeitgeber gestalteten Arbeitsbedingungen umfasst wird.²⁵⁶ Da nur vergleichbare Arbeitnehmer erfasst werden können, stellt sich die Frage, wann eine solche Vergleichbarkeit gegeben ist. Jedenfalls ist das Vorliegen eines gewissen Naheverhältnisses der zu vergleichenden Arbeitsverhältnisse erforderlich. In der Regel bezieht sich das Gleichbehandlungsgebot auf den Betrieb. Über die sachliche Rechtfertigung von Unterschieden in der Behandlung von Arbeitnehmern schon durch die Tatsache, dass dieselben in unterschiedlichen Betrieben des Arbeitgebers beschäftigt werden, gibt es konträre Ansichten. Jedenfalls wird der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aber über die Grenzen eines Betriebs schlagend, wenn der Arbeitgeber selbst eine überbetriebliche Regelung aufstellt oder eine Personalfuktuation zwischen den Betrieben stattfindet.²⁵⁷

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist neben seinem ohnehin gegebenen Schwerpunkt im Bereich der Ent-

lohnungsfragen insbesondere auf freiwillige Leistungen des Arbeitgebers anzuwenden, wo er besondere Praxisrelevanz genießt. Bei der Festlegung der Kriterien für die Gewährung einer freiwilligen Leistung, die im Ergebnis ja eine Besserstellung der die Voraussetzungen erfüllenden Arbeitnehmer darstellt, ist der Arbeitgeber zwar frei, er darf diese Kriterien aber nicht im Einzelfall ohne sachlichen Grund zum Nachteil eines Arbeitnehmers verändern.²⁵⁸ Der Gleichbehandlungsgrundsatz hebt allerdings die Privatautonomie nicht auf, der Arbeitgeber hat nur nach den Kriterien der selbst etablierten kollektiven Ordnung vorzugehen.²⁵⁹ Dies erklärt auch die besondere Rolle des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes für die betriebliche Übung, die gewissermaßen ja das Vorzeigephänomen für rechtliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit freiwilligen Leistungen personifiziert.

Wie bereits erläutert bezieht sich das Gleichheitsgebot im Regelfall auf den Betrieb, in dem auch die betriebliche Übung existiert. Auch aus diesem Zusammenfall der Wirkungsbereiche beider Rechtsinstitute ist ersichtlich, dass eine betriebliche Übung mit Gleichbehandlung zu tun hat. Zusätzlich ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz stets beachtlich, egal um welche Art von Leistung es sich im konkreten Fall handelt, ob und inwieweit es um »entgelt- bzw verpflichtungsferne« Leistungen geht, ist also irrelevant.²⁶⁰ Im Fall des Bestehens einer begünstigenden oder gemischten Betriebsübung liegt sohin ein Gleichbehandlungsproblem vor, sollte ein Arbeitnehmer dieses Betriebs von der betrieblichen Übung ausgeschlossen sein. Gibt es in Bezug auf den konkret betroffenen Arbeitnehmer keine sachlichen Gründe, die eine Schlechterstellung desselben gegenüber den anderen Arbeitnehmern rechtfertigen würden, kann der Arbeitnehmer die Gleichstellung mit der begünstigten Mehrheit, kurz seine Einbeziehung in die betriebliche Übung verlangen. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall einen Anspruch auf gleichartige Behandlung.²⁶¹ Für *Kietaibl*²⁶² hat das Gleichbehandlungsrecht darüber hinaus den Vorteil, dass sich regelmäßig eine Bindung des Arbeitgebers auch gegenüber jenen Arbeitnehmern begründen ließe, welche von der betrieblichen Übung nichts wussten oder kein Vertrauen in den rechtsgeschäftlichen Bindungswillen des Arbeitgebers hatten. Dies habe seiner Ansicht nach insbesondere den Vorteil, dass eine modifizierte, objektivierte Ver-

252 *Reissner in ders*, Angestelltengesetz² § 6 Rz 40; *Mosler in ZellKomm*³ § 18 AngG Rz 98 mwN; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ 6/324; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 351.

253 Vgl OGH 13.6.1996, 8 Ob A 239/95, DRdA 1997/20, 200 (*Eichinger*) = ZAS 1997/11, 108 (*Resch*) = Arb 11.505.

254 *Mosler in ZellKomm*³ § 18 AngG Rz 99; 229; *Reissner in ders*, Angestelltengesetz² § 6 Rz 40; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ 6/329.

255 *Reissner in ders*, Angestelltengesetz² § 6 Rz 40; *ders*, Arbeitsrecht⁶ 228.

256 *Mosler in ZellKomm*³ § 18 AngG Rz 100; *Reissner in ders*, Angestelltengesetz² § 6 Rz 39 f; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 353.

257 *Mosler in ZellKomm*³ § 18 AngG Rz 94; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/330; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 356 mwN; *Binder*, DRdA 1983, 160 f.

258 *Mosler in ZellKomm*³ § 18 AngG Rz 101; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ 6/325.

259 *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/327.

260 *Mosler*, Entgeltferne Leistungen 76 f.

261 *Mosler in ZellKomm*³ § 18 AngG Rz 107; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 3/325; *Kietaibl*, Arbeitsrecht I¹⁰ 330, 358 f; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 55.

262 Arbeitsrecht I¹⁰ 331.

trauens- theorie zur Lösung solcher Fallkonstellationen obsolet wird und die Einbeziehung von Arbeitnehmern, die keine Kenntnis von der betrieblichen Übung hatten, dogmatisch solider begründbar sei. Durch diesen Ansatz seien Arbeitgeber und Arbeitnehmer nämlich nicht dem Verdacht des beiderseitig unbewussten Vertragschlusses ausgesetzt. Des Weiteren helfe diese Lösung in den Fällen neu eintretender Arbeitnehmer weiter, wenn diese nicht tatsächliche Kenntnis von der herrschenden betrieblichen Übung haben, dies auch wenn der Arbeitgeber die Übung den neuen Arbeitnehmern gegenüber nicht erwähnt habe. Insofern macht dieser Ansatz der Einbeziehung von Arbeitnehmern in eine betriebliche Übung über den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz die – oben bereits ausführlich behandelten und auch kritisierten – Erklärungsversuche derartiger Fälle mit modifizierten bzw. objektivierten Vertrauens- theorien überflüssig, was mE zu begrüßen wäre.

Wie bereits angemerkt, hebt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz die Vertragsfreiheit nicht auf, sondern verbietet nur unsachliche Differenzierungen des Arbeitgebers. Grundsätzlich zulässig ist eine Differenzierung nach dem **Stichtagsprinzip**, die ebenfalls eng mit der Problematik der neu eintretenden Arbeitnehmer zusammenhängt. Im Falle einer solchen zeitlichen Differenzierung kann eine bestimmte Leistung für ab einem bestimmten Zeitpunkt neu eingestellte Arbeitnehmer nicht weiter gewährt werden, auch wenn sonst ein Anspruch auf Gleichbehandlung bestünde. Solche Stichtagsregelungen sind vor allem dann sachlich gerechtfertigt, wenn sie eine Folge der veränderten Ertragslage, der Unternehmensstruktur oder auch der Unternehmensphilosophie darstellen. Auch kann die Beanstandung der Vorgangsweise des Arbeitgebers durch ein Kontrollorgan als zu großzügig eine stichtagsbezogene Differenzierung rechtfertigen. Will sich der Arbeitgeber auf eine Stichtagsregelung zur Verhinderung des Entstehens eines Anspruchs aus betrieblicher Übung stützen, hat er dies den neu eintretenden Arbeitnehmern bei Begründung des Arbeitsverhältnisses deutlich zu vermitteln. Diese Strategie wird der Arbeitgeber auch gegenüber den weiteren eintretenden Arbeitnehmern aufrechterhalten müssen, um einen Verstoß gegen das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot zu vermeiden.²⁶³

Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liegt dann nicht vor, wenn beispielweise über die Länge der Beschäftigungsdauer oder Ähnlichem differenziert wird, wer von der Betriebsübung erfasst wird und wer nicht.²⁶⁴

Ein weiterer wesentlicher Aspekt für die betriebliche Übung im Zusammenhang mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergibt sich aus dem Verhältnis desselben zu den Gestaltungsrechten. Nach hM und Rechtsprechung²⁶⁵ unterliegen Gestaltungsrechte, die auf die Beendigung des Arbeitsvertrages gerichtet sind, also Kündigungen und Entlassungen, nicht dem Gleichbehandlungsgebot.²⁶⁶ Da der Gleichbehandlungsgrundsatz sachlich die Gesamtheit der vom Arbeitgeber gestalteten Arbeitsbedingungen umfasst, ergibt sich in der Folge, dass nicht zwangsläufig alle Gestaltungsrechte von seinem Wirkungsbereich ausgenommen sind. Denn die Ausübung von einseitigen Gestaltungsrechten zur Festlegung oder Änderung von Arbeitsbedingungen, im Fall der betrieblichen Übung also Änderungsvorbehalten, insbesondere in Form von Widerrufsvorbehalten, unterliegen dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dies bedeutet wiederum, dass eine willkürliche oder aus sachfremden Gründen erfolgte Ausübung eines solchen Vorbehalts gegenüber einzelnen Arbeitnehmern einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot mit sich bringt und in der Folge einen Anspruch auf gleichartige Behandlung nach sich ziehen kann.²⁶⁷ Konkret bedeutet dies, dass der Arbeitgeber dem diskriminierten Arbeitnehmer die den übrigen Arbeitnehmern gewährten Vorteile gleichfalls einzuräumen hat und die an sich zulässige Maßnahme auch diesem gegenüber zu unterlassen hat.²⁶⁸ Da Vorbehalte bei der betrieblichen Übung eine bedeutende Rolle spielen, ist der hier aufgezeigte Konnex zwischen Gleichbehandlungsgebot und Änderungsvorbehalt wohl von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Praxis.

Prinzipiell trägt derjenige, der sich auf die Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots beruft, die Behauptungs- und Beweislast nach allgemeinen Regeln. Im Normalfall wird dies bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer betrieblichen Übung der Arbeitnehmer sein. Nach der Rechtsprechung²⁶⁹ darf diese Beweislastregel aber nicht überstrapaziert werden. Hat der Arbeitnehmer für den ihn überblickbaren Bereich, beispielsweise seine Abteilung, prima facie einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bewiesen, hat der Arbeitgeber darzutun, dass der Arbeitnehmer bei Betrachtung des gesamten Betriebs oder anderer sachlicher Differenzierungsgründe nicht willkürlich diskriminiert wurde.²⁷⁰ An den vielen, häufig in den

263 Reissner in ders, Angestelltengesetz² § 6 Rz 40; Mosler in ZellKomm³ § 18 AngG Rz 102; Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 98; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/327 mwN.
264 Mosler in ZellKomm³ § 18 AngG Rz 103 mwN.

265 Vgl zB OGH 25.11.1998, 9 Ob A 236/98s, Arb 11.797 = RdW 1999, 612.
266 Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/329; Reissner, Arbeitsrecht⁶ 229; Kietaiabl, Arbeitsrecht I¹⁰ 353.
267 Kietaiabl, Arbeitsrecht I¹⁰ 353.
268 Vgl Mosler in ZellKomm³ § 18 AngG Rz 107.
269 ZB OGH 27.11.1984, 4 Ob 116, 117/83, DRdA 1986/6, 123 (Mayer-Maly) = ZAS 1985/25, 218 (Beck-Mannagetta) = infas 1985, A 70.
270 Mosler in ZellKomm³ § 18 AngG Rz 106.

umstrittensten Problemkreisen der betrieblichen Übung angesiedelten Berührungspunkten derselben mit dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist die wichtige Rolle des Gleichbehandlungsgebots in diesem Themenkreis schlaglichtartig hervorgebracht worden. Auch wenn diese nicht immer auf den ersten Blick augenscheinlich erkennbar ist, ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in sehr vielen verschiedenen Facetten von Bedeutung und verkörpert für das Phänomen der betrieblichen Übung gewissermaßen eine Art »graue Eminenz«.

D. Beendigung oder Adaption einer »betrieblichen Übung«

Die betriebliche Übung wird, wie aus den zuvor getätigten Ausführungen klar hervorgeht, in Anwendung der Vertrags- bzw Rechtsgeschäftstheorie zum Inhalt des jeweiligen Einzelarbeitsvertrags. Deshalb ist es eine logische Folge, dass eine einmal entstandene betriebliche Übung durch eine Vertragspartei, im Regelfall wohl durch den Arbeitgeber, nicht ohne weiteres beendet oder abgeändert werden darf, denn das Gegenüber besitzt einen konkludent erworbenen Vertragsanspruch auf Weitergewährung der Betriebsübung auch für die Zukunft.²⁷¹ An dieser Stelle der Abhandlung sollen deshalb die verschiedenen rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten zur Beendigung oder Adaption einer betrieblichen Übung dargestellt und entsprechend aufgearbeitet werden. In Betracht kommen hier grundsätzlich eine Vertragsänderung, eine sog »negative« betriebliche Übung, die Kündigung des Vertrages, insbesondere durch eine Änderungskündigung oder die Vereinbarung einer Bedingung.

Die wohl naheliegendste und gleichzeitig simpelste Variante ist die Abstandnahme von der vertraglich gewährten Leistung durch **Vertragsänderung**. Hierfür ist allerdings, entsprechend den allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre, die Zustimmung jedes einzelnen Arbeitnehmers bezüglich des vom Arbeitgeber unterbreiteten Offers zur Änderung nötig. Dies wird insbesondere beim Regelfall der die Arbeitnehmer begünstigenden betrieblichen Übung insofern Probleme bereiten, da die Arbeitnehmer in der Regel wohl kaum Interesse haben dürften, einer solchen Vertragsänderung zuzustimmen.²⁷²

Aus diesem Grund wurde und wird von Arbeitgebern immer wieder durch eine sog »negative (oder auch gegenläufige) betriebliche Übung« versucht, die Vertrags-

änderung konkludent zu erwirken, indem faktisch entweder weniger oder gar nicht mehr geleistet wird als durch die betriebliche Übung geschuldet wäre. Bei der negativen betrieblichen Übung handelt es sich wesensmäßig also um einen Spezialfall der verschlechternden Betriebsübung, die explizit darauf abzielt, eine begünstigende betriebliche Übung einzuschränken oder ganz zu beseitigen. Allerdings kann eine solche negative betriebliche Übung, wie bereits bei der verschlechternden Betriebsübung (vgl II.A.4.e.) im Allgemeinen ausgeführt, nur in Ausnahmefällen zu einer Vertragsänderung dahingehend führen, dass die begünstigende betriebliche Übung im Ergebnis (zum Teil) negiert wird. Der Vertragsanspruch bleibt bestehen, auch wenn der AG beispielweise keine weiteren Zahlungen mehr erbringt. Primär handelt es sich nämlich um einen vertraglichen Anspruch, der eben nicht durch rein faktisches Gegenwirken ausgeräumt werden kann. Denn auch in der stillschweigenden Entgegennahme der zu geringen Leistung bzw im schweigenden Hinnehmen des Ausbleibens der Leistung als Ganzes kann in der Regel kein Verzichtswille des Arbeitnehmers und noch weniger kein Wille auf Zustimmung zu einer dauernden Vertragsänderung erblickt werden.²⁷³

Nach Ansicht von *Wachter*²⁷⁴ sei bei der doch ziemlich unklaren Lage, wann eine Zustimmung zu einer negativen betrieblichen Übung anzunehmen ist, dem Zeitfaktor als Richtwert eine wesentliche Rolle einzuräumen, ob eine solche bejaht werden könne. Denn je länger die Arbeitnehmer sich nicht um die Geltendmachung bzw Durchsetzung ihrer kraft betrieblicher Übung gebührenden Rechte aus dem Einzelarbeitsvertrag kümmern, desto eher könne eine Zustimmung zum konkludenten Angebot des Arbeitgebers durch die negative betriebliche Übung iSd § 863 ABGB anzunehmen sein. Für *Wachter* wäre vor allem ein Abstellen auf die Verjährungsfrist ein nützlicher Ansatzpunkt. Dies würde im Ergebnis bedeuten, dass bei der Hinnahme der Nichtgewährung der an sich zustehenden Leistung durch die Arbeitnehmer über eine so lange Zeit (konkret dürfte wohl § 1486 Z 5 ABGB relevant sein) diese Untätigkeit nach *Wachter*²⁷⁵ vertretbar als Zustimmung zur Beseitigung der begünstigenden betrieblichen Übung durch die negative zu interpretieren wäre. Allerdings solle es zur Verhinderung einer solchen Vertragsänderung bereits genügen, wenn ein einzelner Arbeitnehmer oder eine kleine Anzahl von Arbeitnehmern durch geeignete Schritte die Verjährung verhindern würde.

271 *Reissner*, Arbeitsrecht⁶ 220; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228; *Kietztaibl*, Arbeitsrecht I^o 333f; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 59.

272 Vgl *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 99; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228f.

273 *F. Bydlinski*, ZAS 1976/3, 89 mwN; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228; *Rebhahn* in *ZellKomm*³ §§ 861–864a ABGB Rz 99, 107f; *Schrank/Mazal*, Arbeitsrecht⁴ 59.

274 Geltung und Abänderungen betrieblicher Übungen, DRdA 2004/17, 238 (245).

275 DRdA 2004/17, 245.

Bei umgekehrter Interessenlage, im Falle einer bereits entstandenen verschlechternden betrieblichen Übung, steht den Arbeitnehmern prinzipiell ebenfalls die einvernehmliche Vertragsänderung offen. In der Praxis wird der Arbeitgeber jedoch in der Regel kein Interesse daran haben, die für ihn im Umkehrschluss vorteilhafte betriebliche Übung durch Vertragsänderung aufzugeben.²⁷⁶

Eine andere, um einiges einschneidendere Möglichkeit stellt das Instrument der **Kündigung** der von der betrieblichen Übung umfassten Verträge dar, also durch eine im Allgemeinen formfreie empfangsbedürftige einseitige Willenserklärung.²⁷⁷ Allerdings wird die daraus resultierende Auflösung des Arbeitsvertrages, außer im Falle von besonders groben Benachteiligungen, welche eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für eine Seite nach sich ziehen, kaum im Interesse der beteiligten Parteien liegen.²⁷⁸ Auch die Kündigung nur von Teilen des Arbeitsvertrags, sprich eine sog Teilkündigung, ist zum Schutz des Arbeitnehmers vor einer Bindung an ein Arbeitsverhältnis, das dieser so nie gewollt und vereinbart hat, grundsätzlich unzulässig. Lediglich durch die Statuierung eines Widerrufsvorbehalts hinsichtlich bestimmter Ansprüche kann ein im Ergebnis ähnlicher Effekt erzielt werden (vgl II.C.). Auch soll eine Teilkündigung nur bei besonders eigenständigen Vertragsinhalten möglich sein, was durch den sehr weiten Begriff des Entgelts im Arbeitsrecht hier allerdings ohnehin irrelevant ist.²⁷⁹

Interessanter in diesem Zusammenhang ist vielmehr die **Änderungskündigung** als zweckentsprechender Behelf zur Beendigung oder Adaptierung einer bestehenden betrieblichen Übung.²⁸⁰ Unter einer Änderungskündigung versteht man unstrittig in hL und Rechtsprechung²⁸¹ eine in der Regel vom Arbeitgeber ausgehende Kündigung, wobei gleichzeitig mit Ausspruch derselben im Falle der Annahme einer Arbeitsvertragsänderung die Rücknahme der Kündigung angeboten wird. Die Arbeitsvertragsänderung wird im Normalfall für den Adressaten der Änderungskündigung benachteiligend sein.²⁸² Theoretisch könnte auch

ein Arbeitnehmer eine Änderungskündigung aussprechen, aufgrund der typischen wirtschaftlichen Abhängigkeit sowie der faktischen Unterlegenheit desselben wird dies allerdings kaum vorkommen.²⁸³ Die bei einer Änderungskündigung gegebene Verbindung mit einer Potestativbedingung ist entgegen der prinzipiellen Bindungsfeindlichkeit von Kündigungen zulässig, da bei Potestativbedingungen die Rechtslage durch den Arbeitnehmer bestimmbar und damit für diesen klar erkennbar ist.²⁸⁴

Die bei der Änderungskündigung gegebene Verknüpfung von Kündigung und Bedingung ist auf zweierlei Weise möglich:

Eine Variante ist die auflösend bedingte Änderungskündigung. Hierbei wird die Kündigung rechtswirksam ausgesprochen. Diese verfällt aber der Rechtsunwirksamkeit, wenn der Änderung des Vertrages, also regelmäßig der Beseitigung oder Einschränkung der betrieblichen Übung, zugestimmt wird. Die Kündigung ist daher schwebend wirksam, wodurch Fristen wie beispielweise Kündigungsfristen oder die Anfechtungsfristen nach § 105 ArbVG zu laufen beginnen.²⁸⁵

Bei der zweiten möglichen Konstruktion wird eine Kündigung ausgesprochen, welche erst dann wirksam werden soll, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines bestimmten Zeitraums einer Vertragsänderung nicht zustimmt. Es handelt sich dann um eine aufschiebend bedingte Änderungskündigung, welche vorerst schwebend unwirksam ist.²⁸⁶

Ein in der Praxis häufig herangezogenes mit der Änderungskündigung verwandtes Phänomen ist die bloße Androhung der Kündigung für den Fall, dass der Arbeitnehmer der Änderung des Arbeitsvertrages dahingehend, dass die Betriebsübung beendet oder adaptiert wird, nicht zustimmen will. Ebenso geläufig ist die Vorgangsweise der unbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der anschließenden Unterbreitung eines neuen Vertragsangebots, bei dem die betriebliche Übung natürlich nicht Vertragsinhalt ist.²⁸⁷

Weder die Änderungskündigung noch die Drohungen mit einer Kündigung durch den Arbeitgeber sind im Regelfall nach allgemeinem Zivilrecht rechtlich angreifbar. Arbeitsvertragsrechtlich wird die Grenze für die Zuläs-

276 So auch Vinzenz, JAP 2012/2013/25, 229.

277 Reissner in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 20 AngG Rz 23; Reissner/Heinz-Ofner in Reissner (Hrsg), Kommentar zum Angestelltengesetz² (2015) § 20 Rz 12.

278 Vinzenz, JAP 2012/2013/25, 229.

279 Reissner in ZellKomm³ § 20 AngG Rz 98 mwN; ders/Heinz-Ofner in Reissner, Angestelltengesetz² § 20 Rz 61.

280 Rebhahn in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 99; Kietaihl, Arbeitsrecht I¹⁰ 334; Vinzenz, JAP 2012/2013/25, 229.

281 Vgl zB OGH 30.6.1994, 8 Ob A 216/94, ZAS 1995/5, 49 (Brodil) = Arb 11.219.

282 Reissner in ZellKomm³ § 20 AngG Rz 102; ders/Heinz-Ofner in Reissner, Angestelltengesetz² § 20 Rz 65; Ritzberger-Moser, Änderungskündigung, in Reissner/Herzog (Hrsg), Arbeits- und sozi-

alrechtliche Strategien zur Krisenbewältigung (2010) 199.

283 Ritzberger-Moser, Änderungskündigung 199f.

284 Reissner in ZellKomm³ § 20 AngG Rz 99f; ders/Heinz-Ofner in Reissner, Angestelltengesetz² § 20 Rz 65 mwN.

285 Reissner in ZellKomm³ § 20 AngG Rz 103; ders/Heinz-Ofner in Reissner, Angestelltengesetz² § 20 Rz 65; Ritzberger-Moser, Änderungskündigung 201.

286 Reissner in ZellKomm³ § 20 AngG Rz 104; ders/Heinz-Ofner in Reissner, Angestelltengesetz² § 20 Rz 65; Ritzberger-Moser, Änderungskündigung 201.

287 Reissner in ZellKomm³ § 20 AngG Rz 105; ders/Heinz-Ofner in Reissner, Angestelltengesetz² § 20 Rz 66; Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 8/043.

sigkeit von Änderungskündigungen dort gezogen, wo eine solche einen gesetzlich oder kollektivvertraglich unzulässigen Zustand herbeiführen will.²⁸⁸ Im Ergebnis ist die Änderungskündigung iWS, so inkludiert *Löschnigg*²⁸⁹ auch die beschriebenen verwandten Erscheinungsformen der betrieblichen Praxis, prinzipiell problemlos geeignet, um eine Beendigung oder Adaption einer betrieblichen Übung zu erreichen, und dürfte wohl als halbwegs moderater Mittelweg zwischen der doch etwas zahnlosen einvernehmlichen Vertragsänderung und der für Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber im Normalfall äußerst suboptimalen endgültigen Kündigung des Arbeitsvertrags zu sehen sein.

Möglich ist außerdem, dass die vom Arbeitgeber erbrachten Leistungen den Arbeitnehmern von diesem nur bei Existenz von gewissen Voraussetzungen gewährt werden. Der Arbeitgeber macht diese Leistungen von einer **Bedingung**, also von einem zunächst noch ungewissen künftigen Ereignis abhängig. Hier ist sowohl eine auflösende (resolutive) als auch eine aufschiebende (suspensive) Bedingung möglich, beispielsweise können die Existenz einer Buslinie oder der Erfolg des Unternehmens als Voraussetzung für die Leistungsgewährung fungieren.²⁹⁰

Mit dieser Beifügung übernimmt der Arbeitgeber zwar trotzdem eine Verpflichtung, die Bedingung wirkt hier allerdings insofern Pflichten abschwächend, als dass die Arbeitnehmer in diesem Fall aus der wiederholten Leistung eben nicht ableiten können, dass sich der Arbeitgeber für die Zukunft, jedenfalls nicht mehr bei Eintritt bzw Wegfall der angeknüpften Bedingung, verpflichten will.²⁹¹ Jedoch ist es bei einer Bedingung im Zusammenhang mit einer betrieblichen Übung notwendig, dass diese ausreichend klar und deutlich erkennbar ist.²⁹²

E. Conclusio

Der herrschenden Auffassung der Vertrags- bzw Rechtsgeschäftstheorie, nach welcher die betriebliche Übung bei Vorliegen der geforderten Voraussetzungen zu einer der Übung entsprechenden konkludenten Änderung des Arbeitsvertrags führt, ist wie aufgezeigt gegenüber den sonstigen Erklärungsansätzen zu bevorzugen, da diese Theorie am Ende des Tages das geringste Friktionspotenzial mit sich bringt. Der Inhalt der betrieblichen Übung wird diesfalls also Teil des jeweiligen Einzelarbeitsvertrags.

288 *Reissner* in ZellKomm³ § 20 AngG Rz 106 f; *ders/Heinz-Ofner* in *Reissner*, Angestelltengesetz² § 20 Rz 66 f.

289 *Arbeitsrecht*³³ Rz 8/043.

290 OGH 15.9.2004, 9 Ob A 54/04p, ZAS 2006/34, 231 (*Reissner*) = ARD 5603/10/2005; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228; *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 96; *P. Bydlinski*, AT⁶ Rz 10/13.

291 *P. Bydlinski*, AT⁶ Rz 10/13; *Vinzenz*, JAP 2012/2013/25, 228.

292 *Rebhahn* in ZellKomm³ §§ 861–864a ABGB Rz 96 mwN.

Die Entstehung einer solchen konkludenten Vertragsänderung kann insbesondere durch einen tauglichen Vorbehalt (in Betracht kommen ein Änderungs-, ein Unverbindlichkeits- oder ein Schriftformvorbehalt) auf Seiten des Arbeitgebers oder einer entsprechenden Erklärung gegenüber neu eintretenden Arbeitnehmern verhindert werden.

Ist eine betriebliche Übung einmal Teil des individuellen Arbeitsvertrags geworden, so kann diese durch »negative« betriebliche Übung, die Kündigung des Vertrages, insbesondere durch eine Änderungskündigung oder die Vereinbarung einer entsprechenden Bedingung wieder beendet oder zumindest adaptiert werden.

Korrespondenz:

Dr. Jakob A. Egger war Univ.-Ass. und Projektmitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck sowie zuvor studentischer Mitarbeiter am dortigen Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik.