
Datum: 08.12.2011
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 Sa 1038/11
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2011:1208.15SA1038.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Iserlohn, 5 Ca 182/11
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 10 AZR 205/12
Schlagworte: Betriebliche Übung; gleichförmige Wiederholung; Weihnachtsgeld; Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen unklarer Klausel
Normen: §§ 242, 305, 307 BGB

Tenor:

Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 24.05.2011 – 5 Ca 182/11 – werden zurückgewiesen.

Wegen der Kosten erster Instanz bleibt es bei der Entscheidung des Arbeitsgerichts. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger zu 51 %, die Beklagte zu 49 %.

Die Revision wird zugelassen

Tatbestand

Die Parteien streiten um den Anspruch des Klägers auf ein Weihnachtsgeld bzw. ein tarifliches 13. Monatseinkommen für das Jahr 2010.

Der Kläger ist seit 1992 bei der Beklagten als Baumaschinenführer zu einem Bruttostundenentgelt zu 17,15 EUR tätig.

1

2

3

4

Grundlage des Arbeitsverhältnisses der Parteien ist der schriftliche Arbeitsvertrag vom 04.05.1992, der unter seiner Ziffer 4 wie folgt lautet:

"4. Lohn/Sonstige Zuwendungen 5

Der Stundenlohn beträgt 19,24 DM. 6

Die Zahlung von Gratifikationen, Prämien etc. liegt im freien Ermessen der Firma und 7
begründet keinen Rechtsanspruch, auch wenn die Zahlung wiederholt ohne ausdrücklichen
Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgte."

Für die weiteren Einzelheiten des Arbeitsvertrags wird verwiesen auf Bl. 72, 73 d.A.. 8

Die Beklagte zahlte an den Kläger in 2005 ein Weihnachtsgeld von 780,00 EUR brutto, 9
ebenso in 2006. In 2007 zahlte sie ein Weihnachtsgeld von 1.165,00 EUR brutto, in 2008 und
2009 jeweils 780,00 EUR brutto.

In den jeweiligen Novemberabrechnungen werden die genannten Zahlungsbeträge jeweils 10
als "Weihnachtsgeld" bezeichnet.

Für 2010 leistete die Beklagte kein Weihnachtsgeld. 11

Mit seiner am 31.01.2011 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage verlangt der Kläger unter 12
Bezugnahme auf den Tarifvertrag über die Gewährung eines 13. Monatseinkommens im
Baugewerbe vom 21.05.1997 (im Weiteren: TV 13. ME Baugewerbe) Zahlung eines 13.
Monatseinkommens in Höhe von 1.594,95 EUR brutto nebst gesetzlichen Zinsen.

§ 2 TV 13. ME Baugewerbe hat – auszugsweise – folgenden Wortlaut: 13

§ 2 14

13. Monatseinkommen 15

1. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am 30. November des laufenden Kalenderjahres 16
(Stichtag) mindestens zwölf Monate (Bezugszeitraum) ununterbrochen besteht, haben
Anspruch auf ein 13. Monatseinkommen in Höhe des 93fachen ihres in der Lohntabelle
ausgewiesenen Gesamtтарifstundenlohnes. Durch freiwillige Betriebsvereinbarung oder,
wenn kein Betriebsrat besteht, durch einzelvertraglichen Vereinbarung kann eine von Satz 1
abweichende Höhe des 13. Monatseinkommens vereinbart werden, wobei ein Betrag von
780,00 EUR nicht unterschritten werden darf.

2. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am Stichtag noch nicht zwölf, jedoch mindestens 17
drei Monate ununterbrochen besteht, haben für jeden vollen Beschäftigungsmonat, den
sie bis zum Stichtag ununterbrochen im Betrieb zurückgelegt haben, Anspruch auf ein
Zwölftel des 13. Monatseinkommens gemäß Abs.1.

..." 18

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, ihm stehe ein tarifliches 13. Monatseinkommen in 19
Höhe des 93-fachen seines durchschnittlichen Stundenentgelts von 17,15 EUR brutto zu.

Er hat beantragt, 20

21

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.594,95 EUR brutto nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 03.12.2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 22

die Klage abzuweisen. 23

Sie hat darauf hingewiesen, dass der angezogene Tarifvertrag nicht allgemeinverbindlich sei. 24
Ein gleichförmiges Verhalten im Sinne einer betrieblichen Übung liege nicht vor. Ein
Anspruch ergebe sich auch nicht aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 24.05.2011 der Klage in Höhe von 780,00 EUR brutto 25
nebst gesetzlichen Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen.

Das erstinstanzliche Gericht hat seine Entscheidung wesentlich so begründet: 26

Der Anspruch bestehe aus § 611 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag der Parteien in 27
Verbindung mit § 2 TV 13. ME Baugewerbe in Verbindung mit den Grundsätzen der
betrieblichen Übung. Zwischen den Parteien sei eine betriebliche Übung dahingehend
zustande gekommen, dass die Beklagte dem Kläger jeweils im November eine als
"Weihnachtsgeld" bezeichnete Zahlung zukommen lasse, die sich ihrer Höhe nach an der
Mindesthöhe des tariflichen 13. Monatseinkommens, nämlich 780,00 EUR brutto orientiere.
Einen 780,00 EUR übersteigenden Anspruch habe der Kläger nicht, da der Tarifvertrag nicht
allgemeinverbindlich sei noch eine entsprechende betriebliche Übung entstanden bzw. eine
vertragliche Inbezugnahme des Tarifvertrags gegeben sei. Ein Anspruch aus
Gleichbehandlungsgesichtspunkten bestehe ebenfalls nicht, da nicht dargelegt sei, dass
sämtliche anderen vergleichbaren Arbeitnehmer ein Weihnachtsgeld in Höhe des 93-fachen
Bruttostundenentgelts erhalten hätten.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 01.06.2011 zugestellte Urteil am 30.06.2011 beim 28
Landesarbeitsgericht eingehend eingelegt und diese – nach Verlängerung der
Berufungsbegründungsfrist bis zum 01.09.2011 – am 01.09.2011 eingehend begründet.

Der Kläger hat gegen das ihm am 17.06.2011 zugestellte Urteil am 15.07.2011 beim 29
Landesarbeitsgericht eingehend Anschlussberufung eingelegt und diese – nach
Verlängerung der Frist für die Anschlussberufungsbegründung bis zum 19.09.2011 – am
19.09.2011 eingehend begründet.

Die Beklagte vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und meint, dass wegen der Zahlung in 30
unterschiedlicher Höhe – in 2007 sei eine andere Zahlung geleistet worden – gerade keine
gleichförmige regelmäßige Wiederholung vorliege. Eine nachvollziehbare
Berechnungsgrundlage sei durchgehend nicht ersichtlich. Auch die Klausel unter Ziffer 4 des
schriftlichen Arbeitsvertrags vom 04.05.1992, für dessen Einzelheiten auf Bl. 72, 73 d.A.
verwiesen wird, verhindere das Entstehen einer betrieblichen Übung, wenn es dort unter der
Überschrift "Lohn/Sonstige Zuwendungen" heiße, dass die Zahlung von Gratifikationen,
Prämien etc. im freien Ermessen der Firma liege und keinen Rechtsanspruch begründe, auch
wenn die Zahlung wiederholt ohne ausdrücklichen Vorbehalt der Freiwilligkeit erfolgte.

Die Beklagte beantragt, 31

1. das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen, 32

2. die Anschlussberufung zurückzuweisen. 33

1. die Berufung der Berufungsklägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 24.05.2011 – 5 Ca 182/11 – wird zurückgewiesen,

2. auf die Anschlussberufung des Berufungsbeklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 24.05.2011 – 5 Ca 182/11 – abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 1.594,95 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 03.12.2010 zu zahlen.

Er meint, das Arbeitsgericht habe die Klage, soweit sie über den ausgerichteten Betrag hinaus gehe, zu Unrecht abgewiesen. Zwar sei der TV 13. ME Baugewerbe nicht allgemeinverbindlich. Doch die Beklagte habe die maßgeblichen tarifvertraglichen Bestimmungen und damit auch den zuvor genannten Tarifvertrag in den schriftlichen Arbeitsvertrag einbezogen. Dies zeige sich bei der Tätigkeitsbeschreibung/Eingruppierung nach BRTV, bei dem in Ziffer 5 geregelten Lohnabtretungsverbot und auch in der arbeitszeitlichen Regelung in Ziffer 6 des Arbeitsvertrages. 37

Wegen des Weiteren tatsächlichen Vorbringens der Parteien wird verwiesen auf die Inhalte der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und das Protokoll der Berufungsverhandlung. 38

Entscheidungsgründe 39

A 40

Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Iserlohn vom 24.05.2011 sind gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 64 Abs. 2 Buchst. b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 519, 520, 524 ZPO an sich statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden; sie sind somit zulässig. 41

B 42

In der Sache sind Berufung und Anschlussberufung unbegründet. Im Ergebnis zutreffend hat das Arbeitsgericht dem Kläger ein Weihnachtsgeld in Höhe von 780,00 EUR brutto für das Jahr 2010 zugesprochen. Ein weitergehender Zahlungsanspruch besteht nicht. 43

I. 44

Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes für das Jahr 2010 aus dem Rechtsgrund der zum Bestandteil des Arbeitsvertrages gewordenen betrieblichen Übung. 45

1. Unter einer betrieblichen Übung wird die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers verstanden, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung auf Dauer gewährt werden. Das Verhalten des Arbeitgebers stellt sich konkludent als Willenserklärung dar, die vom Arbeitnehmer nach § 151 BGB angenommen werden kann. Es wird dadurch ein vertragliches Schuldverhältnis geschaffen, aus dem bei Eintritt der vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen ein einklagbarer Anspruch auf die üblich gewordene Vergünstigung erwächst (BAG vom 28.05.2008 – 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941; BAG vom 28.06.2006 – 10 AZR 385/05, NZA 2006, 1174). Ob eine betriebliche Übung entstanden ist, muss danach beurteilt werden, inwieweit die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von 46

Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte gemäß § 242 BGB und der Begleitumstände auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durften (BAG vom 28.06.2006, a.a.O., m.w.N.).

Eine allgemeinverbindliche Regel, ab welcher Zahl von Leistungen der Arbeitnehmer erwarten darf, dass er die Leistung erhält, gibt es nicht. Allerdings ist für jährlich an die gesamte Belegschaft geleistete Gratifikationen die Regel aufgestellt worden, dass eine dreimalige vorbehaltlose Gewährung zur Verbindlichkeit erstarkt (BAG vom 19.07.2011 – 3 AZR 383/09, juris; BAG vom 05.08.2009 – 10 AZR 483/08 AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 85; BAG vom 21.01.2009 – 10 AZR 219/08, NZA 2009, 310; BAG vom 28.06.2006, a.a.O.). 47

2. Diese Voraussetzungen sind sämtlich erfüllt. 48

a) Der Kläger hatte das vorbehaltlos an ihn geleistete Weihnachtsgeld als jährlich einmalige Zahlung mit dem Novemberentgelt bereits mindestens dreimal erhalten, bevor die Beklagte sie ihm verweigerte. Aus der Tatsache der mehrfach erfolgten Zahlung des Weihnachtsgeldes, ohne dass in der jeweiligen Novemberabrechnung ein Vorbehalt formuliert gewesen wäre, konnte der Kläger schließen, er werde auch für 2010 dieselbe Leistung erhalten. Dieser Anspruch ist zum Inhalt des Arbeitsvertrages des Klägers geworden. 49

b) Der von dem Kläger erworbene Anspruch aus betrieblicher Übung scheitert nicht daran, dass der Kläger in einem Jahr ein Weihnachtsgeld erhalten hat, welches in der Höhe von dem ansonsten geleisteten Betrag von 780,00 EUR brutto abweicht. 50

Zwar ist anerkannt, dass auch die (mindestens) dreimalige Zahlung eines Weihnachtsgeldes nur dann zu einem Anspruch aus betrieblicher Übung führen kann, wenn die Leistungen des Arbeitgebers eine regelmäßige gleichförmige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen darstellen. Daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber das Weihnachtsgeld "nach Gutdünken" in jährlich unterschiedlicher Höhe gezahlt hat, so dass für den Arbeitnehmer der Wille des Arbeitgebers erkennbar wird, in jedem Jahr neu über die Zuwendung zu entscheiden (BAG vom 28.02.1996 – 10 AZR 516/95, AP Nr. 192 zu § 611 BGB Gratifikation). 51

Vorliegend liegt der jährlichen Weihnachtsgeldzahlung an den Kläger erkennbar ein regelmäßiges gleichförmiges Verhalten zugrunde. Die Beklagte zahlte in vier Jahren (2005, 2006, 2008 und 2009) ein jährliches Weihnachtsgeld von 780,00 EUR brutto, lediglich in 2008 zahlte sie einen höheren Betrag, nämlich 1.165,00 EUR brutto. Die Gleichförmigkeit des Verhaltens der Beklagten zeigt sich bereits daran, dass die Beklagte in keinem Jahr den tariflichen Mindestbetrag eines 13. Monatseinkommens von 780,00 EUR unterschritt. 52

II. 53

Das Entstehen des Anspruchs auf das Weihnachtsgeld für das Jahr 2010 wurde nicht durch die in Ziffer 4 des Arbeitsvertrages enthaltene Klausel gehindert. 54

1. Bei der Regelung der Ziffer 4 des Arbeitsvertrages vom 04.05.1992 handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte den von ihr gestellten Vertragstext mit noch weiteren Mitarbeitern inhaltsgleich vereinbart hat. 55

56

2. Die Klausel benachteiligt den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Dies führt gemäß § 307 Abs. 1 BGB zur Unwirksamkeit der Bestimmung.

a) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihren objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Dabei ist nicht die Verständnismöglichkeit des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen (st. Rspr., vgl. etwa BAG vom 31.08.2005 – 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372). Ansatzpunkt für die nicht am Willen des konkreten Vertragspartners zu orientierende Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist der Wortlaut eines Formularvertrages nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss (BGH vom 19.01.2005 – XII ZR 107/01, BGHZ 162, 39). Soweit auch der mit dem Vertrag verfolgte Zweck einzubeziehen ist, kann das nur in Bezug auf typische und von redlichen Geschäftspartnern verfolgte Ziele gelten. Bleiben mehrere Deutungsmöglichkeiten im Rahmen der Auslegung, ist zu klären, ob die Klausel in ihrer arbeitsnehmerfeindlichsten Auslegung als so für den Arbeitnehmer ungünstigsten Auslegung nach den §§ 307 – 309 BGB wirksam oder unwirksam ist. 57

b) Gegenstand der rechtlichen Beurteilung ist die Wirksamkeit der Ziffer 4 des Arbeitsvertrages. Ergibt deren Auslegung, dass vom dort formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt auch fortlaufend gezahltes Arbeitsentgelt erfasst sein soll, ist die Klausel gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Die unklare Fassung der Klausel wäre dann geeignet, den Arbeitnehmer von der Geltendmachung seiner Rechte abzuhalten und begründete somit eine Benachteiligungsgefahr. 58

c) Die Regelung unter Ziffer 4 des Arbeitsvertrages unterscheidet in ihrer Überschrift zwischen "Lohn" und "Sonstigen Zuwendungen". Allein dieser Umstand und der weitere Umstand, dass sie in Satz 1 den zu zahlenden Stundenlohn angibt, lässt nicht den Schluss zu, die in Satz 2 der streitigen Ziffer genannten "Prämien etc." seien kein Arbeitsentgelt im Sinne der Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten. Prämien können durchaus Teile des laufenden Arbeitsentgelts sein, so etwa in der Form von Anwesenheitsprämien (vgl. ebenso LAG Hamm vom 20.10.2011 – 8 Sa 463/11, uv.). 59

Auch die Erweiterung durch das Wort "etc." vermag nicht auszuschließen, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt – anders als die Auslegung einer ähnlichen Klausel in der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 21.01.2009 (10 AZR 219/08, NZA 2009, 310; vgl. hierzu überzeugend auch LAG Hamm vom 20.10.2011 a.a.O.) – der Ziffer 4 Satz 2 fortlaufend zu zahlendes Arbeitsentgelt mit einbezieht. 60

Da somit die Vertragsklausel unter Ziffer 4 des Arbeitsvertrages nicht erkennen lässt, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt laufend zu zahlende Entgeltleistungen nicht erfassen will, ist die Klausel insgesamt als unwirksam anzusehen. Eine geltungserhaltende Reduktion der Klausel derart, sie auf ein zulässiges Maß zu beschränken, kommt rechtlich nicht in Frage (so zuletzt noch BAG vom 14.09.2011- 10 AZR 526/10, juris). 61

Ebenso scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung aus. Geht es wie vorliegend um die Wirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts, welcher auch Arbeitsentgelt erfasst, kommt ein Vertrauensschutz nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht in Betracht (BAG vom 10.12.2008 – 10 AZR 1/08, NZA-RR 2009, 576). 62

III.	63
Die Anschlussberufung des Klägers ist unbegründet. Ihm steht ein Weihnachtsgeldanspruch, der den Betrag von 780,00 EUR übersteigt, nicht zu.	64
1. Der TV 13. ME Baugewerbe ist nicht allgemeinverbindlich im Sinne des § 5 Abs. 1 TVG. Ein Anspruch ist soweit nicht her leitbar.	65
2. Der TV 13. ME Baugewerbe ist auch nicht rechtswirksam in dem Arbeitsvertrag des Klägers einbezogen worden.	66
Eine ausdrückliche Einbeziehung des Tarifvertrages ist dem Wortlaut des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 04.05.1992 nicht zu entnehmen. Allein die Tatsache, dass die Parteien in ihrem Arbeitsvertrag unter Ziffer 2 die Eingruppierung des Klägers nach der Lohngruppe BRTV IV, unter Ziffer 3 die "tariflichen und gesetzlichen Bestimmungen und Fristen" sowie die "tariflichen und gesetzlichen Kündigungsfristen" und unter Ziffer 5 die Abtretung und Verpfändung von Lohnansprüchen nach § 5 Abs. 12 des BRTV vereinbart haben, stellt eine Inbezugnahme insbesondere des speziellen TV 13. ME Baugewerbe nicht dar. Die Arbeitsvertragsparteien haben lediglich punktuell ihre Arbeitsvertragsbedingungen an den Bundesrahmentarifvertrag (des Baugewerbes) angelehnt. BRTV 13. ME Baugewerbe ist hierdurch insgesamt nicht einbezogen worden.	67
C	68
Die Kosten des Berufungsverfahrens waren entsprechend dem wechselseitigen Obsiegen und Unterliegen der Parteien gemäß § 92 ZPO zu quoteln.	69
Die Revision hat die Berufungskammer zugelassen gem. § 72 Abs. 2 Ziff. 1 ArbGG.	70