

---

**Datum:** 29.05.2006  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 14. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 14 (12) Sa 56/06  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGK:2006:0529.14.12SA56.06.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Köln, 6 Ca 13558/04

**Schlagworte:** Gegenläufige betriebliche Übung

**Normen:** § 242 BGB

**Sachgebiet:** Arbeitsrecht

**Leitsätze:**

1. Ist ein Anspruch auf Bezahlung von Pausenzeiten durch betriebliche Übung begründet worden, kann er durch eine gegenläufige betriebliche Übung wieder beseitigt werden (im Anschluss an BAG, Urteil vom 24.11.2004 - 10 AZR 202/04).

2. Ein Widerspruch gegen eine solche, gegenläufige betriebliche Übung ist bei monatlicher Gewährung bzw. Nichtgewährung der Leistungen jedenfalls nicht mehr rechtzeitig, wenn er erst mehr als ein Jahr nach der Änderung erhoben wird.

---

**Tenor:**

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 13.10.2005 – 6 Ca 13558/06 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Tatbestand:**

Der Kläger verlangt mit der Klage die Vergütung von Pausenzeiten aufgrund betrieblicher Übung. 2

Der Kläger war seit dem 01.12.1987 zunächst bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten tätig und erzielte zuletzt einen Verdienst von 7,78 € pro Stunde. 3

Bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten bestand eine betriebliche Übung dahingehend, dass die Pausenzeiten vergütet wurden, und zwar bis zur 9. Arbeitsstunde eine halbe Stunde und ab der 9. Arbeitsstunde eine Dreiviertelstunde. 4

Zwischen den Parteien ist streitig, ob diese betriebliche Übung bereits im Jahre 1999 beendet wurde oder bis in das Frühjahr 2002 in dem Betrieb, in dem der Kläger tätig war, praktiziert wurde. 5

Der Gesamtbetriebsratsvorsitzende des bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten bestehenden Gesamtbetriebsrats protestierte mit E-Mail vom 28.04.2002 dagegen, dass die Geschäftsführung der Rechtsvorgängerin der Beklagten die Praxis der Bezahlung von Pausen in allen Betrieben einstellen wollte. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten nahm dies nicht zum Anlass einer Änderung. 6

Am 27.12.2002 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Rechtsvorgängerin der Beklagten eröffnet. Der Insolvenzverwalter veräußerte das Unternehmen mit Wirkung zum 01.04.2003 an die Beklagte. Mit Geltendmachungsschreiben vom 11.11.2004 verlangte der Kläger die Vergütung der Pausenzeiten. Nachdem die Beklagte dies abgelehnt hatte, erhob der Kläger Klage vor dem Arbeitsgericht Köln. 7

Das Arbeitsgericht Köln hat durch Urteil vom 13.10.2005 die Klage abgewiesen und zur Begründung auf die Verwirkung des Anspruchs abgestellt. 8

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers. 9

Der Kläger trägt vor, der Anspruch auf Bezahlung der Pausen sei nicht verwirkt. Bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten sei die betriebliche Übung erst im Frühjahr 2002 eingestellt worden. Hiergegen habe der Gesamtbetriebsratsvorsitzende der Rechtsvorgängerin der Beklagten wirksam zu Gunsten der Mitarbeiter, auch zu Gunsten des Klägers protestiert. Eine Geltendmachung sei auch dadurch erfolgt, dass der Kläger auf den Arbeitszeitnachweisen jeweils die Arbeitsstunden einschließlich Pausen angegeben habe. Im Übrigen sei die Nichtzahlung der Pausen auch Anfang Juni 2002 gegenüber Frau M, der damaligen Theaterleiterin angesprochen worden. Zudem hätten die ehemaligen Theaterleiter der Rechtsvorgängerin der Beklagten bis zum Jahre 2002 die Bezahlung der Pausen zugesagt. Schließlich sei für den Kläger erst durch die Vorlage der Arbeitszeitnachweise im August 2004 im laufenden Verfahren offenbar geworden, welche Stunden im Einzelnen in Abzug gebracht worden seien. 10

Der Kläger beantragt, 11

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 13.10.2005 – 6 Ca 13558/04 – 12

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 2.341,78 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen; 13

14

|   |    |
|---|----|
| 2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Pausenzeiten des Klägers zu vergüten.   |    |
| Die Beklagte beantragt,   | 15 |
| die Berufung zurückzuweisen.  | 16 |
| Die Beklagte trägt vor, bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten sei in dem Betrieb, in dem der Kläger tätig gewesen sei, die betriebliche Übung bezüglich Bezahlung der Pausen bereits im Jahre 1999 eingestellt worden. Es sei schon deshalb Verwirkung anzunehmen, weil der Kläger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und erst Recht nach Durchführung des Betriebsübergangs am 01.04.2003 keine Ansprüche gegen die Beklagte auf Zahlung der Pausenvergütung erhoben habe. Die Einreichung der Arbeitszeittennachweise könne nicht als Geltendmachung der Pausenvergütung verstanden werden. Durch Einreichung der darin enthaltenen Anwesenheitszeiten habe der Kläger nicht der Einstellung der Pausenvergütung widersprochen, weil es Praxis im Betrieb der Beklagten sei, dass seitens der Theaterleitung die Pausenzeiten abgezogen würden. | 17 |
| Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.   | 18 |
| <b><u>Entscheidungsgründe:</u></b>  | 19 |
| Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet.  | 20 |
| Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.   | 21 |
| I. Die Berufung ist zulässig, insbesondere hat der Kläger die Berufung form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist begründet.  | 22 |
| II. In der Sache hatte die Berufung des Klägers keinen Erfolg.  | 23 |
| Sowohl der Zahlungsantrag als auch der Feststellungsantrag scheitern jedenfalls daran, dass eine entgegenstehende betriebliche Übung entstanden ist, die dazu führt, dass ein Anspruch auf Bezahlung der Pausenzeiten jedenfalls nicht mehr besteht.  | 24 |
| 1. Zu Gunsten des Klägers kann unterstellt werden, dass ursprünglich eine betriebliche Übung bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten entstanden war, die zum Inhalt hatte, Pausenzeiten zu bezahlen.  | 25 |
| 2. Eine solche betriebliche Übung ist jedenfalls durch eine gegenläufige betriebliche Übung wieder außer Kraft gesetzt worden.  | 26 |
| Dabei sind die Grundsätze zur gegenläufigen betrieblichen Übung nur auf solche Fälle anwendbar, in denen der Anspruch ebenfalls durch eine betriebliche Übung entstanden ist. Voraussetzung für das Entstehen einer gegenläufigen betrieblichen Übung ist des Weiteren, dass sich die Veränderung unmittelbar auswirkt und der Arbeitnehmer in Kenntnis dieser Auswirkungen weiterarbeitet, obwohl nach der Verkehrssitte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein ausdrücklicher Widerspruch zu erwarten gewesen wäre (siehe BAG, Urteil vom 24.11.2004 – 10 AZR 202/04 - , NZA 2005, S. 349 ff.).  | 27 |
| Diese von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt.   | 28 |
|   | 29 |

- a) Der Anspruch beruhte ursprünglich auf einer betrieblichen Übung. Diese betriebliche Übung, die Pausenzeiten zu bezahlen, hat in verschiedenen Betrieben der Rechtsvorgängerin der Beklagten bestanden und hat zu einem entsprechenden Anspruch der Beschäftigten geführt. Soweit sich die Klägerseite zudem auf individuelle Zusagen der jeweiligen Theaterleiter der Rechtsvorgänger der Beklagten beruft, ergibt sich aus dem Vortrag des Klägers, dass diese nicht näher substantiierten Zusagen jedenfalls auf die betriebliche Übung Bezug nahmen und deshalb keinen eigenständigen individuellen Charakter hatten. Da Rechtsgrundlage der ursprünglichen Pausenbezahlung damit eine betriebliche Übung war, konnte diese betriebliche Übung durch eine gegenläufige betriebliche Übung abgeändert werden.
- b) Erfüllt ist ferner die Voraussetzung, dass sich die Veränderung auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar ausgewirkt hat. Denn durch die Nichtbezahlung der Pausenzeiten erhielten die Arbeitnehmer eine geringere Vergütung gegenüber der vorherigen Situation. Selbst wenn der Umfang der Vergütungsreduzierung nicht im Detail festgestanden haben mag, war doch für die Arbeitnehmer eindeutig, dass sie gegenüber dem vorherigen Rechtszustand eine geringere Vergütung erhielten. 30
- c) In Kenntnis dieser Veränderung hat der Kläger weitergearbeitet, obwohl nach der Verkehrssitte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein ausdrücklicher frühzeitiger Widerspruch zu erwarten gewesen wäre. 31
- Geht man mit der Beklagtenseite davon aus, dass die betriebliche Übung in dem Betrieb, in dem der Kläger gearbeitet hat, bereits seit Mai 1999 eingestellt worden ist, so ergibt sich dies unmittelbar aus dem Zeitablauf von mehr als 5 Jahren. Der Kläger ist darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die betriebliche Übung darüber hinaus noch bis zum Frühjahr 2002 fortgesetzt worden ist. Dass dies in anderen Betrieben der Beklagten noch bis zum Frühjahr 2002 so gehandhabt worden ist, bedeutet nicht automatisch, dass dies auch in dem Betrieb, in dem der Kläger gearbeitet hat, so gewesen ist. Zudem hätte der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast dadurch genügen können, dass er anhand der in dem Zeitraum Mai 1999 bis Frühjahr 2002 erhaltenen Lohnabrechnungen dargetan hätte, dass tatsächlich bis zum Frühjahr 2002 die Pausenzeiten noch bezahlt worden sind. 32
- d) Selbst wenn man aber zu Gunsten des Klägers unterstellt, dass die betriebliche Übung erst im Frühjahr 2002 eingestellt worden ist, ist der erstmalige Widerspruch des Klägers mit Geltendmachungsschreiben vom 11.11.2004 als nicht mehr rechtzeitig anzusehen. 33
- Denn zu diesem Zeitpunkt waren bereits mehr als 30 Monate seit der vom Kläger behaupteten Einstellung der betrieblichen Übung vergangen. Für das Entstehen einer betrieblichen Übung wie auch einer gegenläufigen betrieblichen Übung ist jedenfalls bei jährlich gewährten Leistungen eine dreimalige Gewährung bzw. Nichtgewährung Voraussetzung. Hier handelt es sich jedoch um monatlich abgerechnete und gewährte Leistungen, sodass ein entsprechend kürzerer Zeitraum anzusetzen ist. Denn anhand der Lohnabrechnungen war für den Kläger Monat für Monat ersichtlich, dass die Pausenzeiten nicht mehr vergütet wurden. Selbst wenn die genaue Höhe der dadurch entgangenen Vergütung nicht feststand, resultierte aus den monatlichen Abrechnungen jedenfalls, dass die Beklagte die Pausenzeiten nicht mehr vergütete. Dabei ist dem Kläger zuzubilligen, dass die gegenläufige betriebliche Übung nicht bereits mit dem Ablauf von 3 Monaten, für die die Pausenvergütung nicht mehr bezahlt wurde, entstanden war, sondern, dass hier zu Gunsten des Klägers ein zusätzlicher Prüfungs- und Widerspruchszeitraum anzusetzen war. 34

Nach Auffassung der Kammer kann angesichts der Umstände des Einzelfalls jedoch nicht von einem längeren Zeitraum als einem Jahr ausgegangen werden, innerhalb dessen ein Widerspruch hätte erfolgen müssen. Jedenfalls nachdem die neue Praxis, Pausenvergütungen nicht mehr zu zahlen, mehr als ein Jahr widerspruchslos hingenommen worden war, konnte von dem Entstehen einer gegenläufigen betrieblichen Übung ausgegangen werden.

Dies gilt umso mehr, als die Beklagte die ursprüngliche betriebliche Übung, Pausenzeiten zu bezahlen, nicht selbst begründet hatte und diese ursprüngliche betriebliche Übung auf jeden Fall deutlich vor dem Betriebsübergang - nämlich fast ein Jahr vor Eintritt des Betriebsübergangs - noch durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten beendet wurde. 36

Angesichts dessen konnte die Beklagte davon ausgehen, dass die Hinnahme der neuen Praxis für mehr als ein weiteres Jahr nach Betriebsübergang eine gegenläufige betriebliche Übung entstehen ließ. 37

e) Ein rechtzeitiger Widerspruch des Klägers ist nicht erfolgt. Hierzu kann zunächst nicht die E-Mail des Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats der Rechtsvorgängerin der Beklagten von April 2002 herangezogen werden. Denn bei den Ansprüchen aus betrieblicher Übung handelt es sich letztlich um solche, die zu individuellen Rechten führen und deshalb auch individualrechtlich geltend gemacht werden müssen. 38

Die Geltendmachung von Individualansprüchen gehört nicht zum Aufgabenkreis der Betriebsratsmitglieder; hierfür liegt auch keine Bevollmächtigung vor. 39

Eine Geltendmachung kann ferner nicht darin gesehen werden, dass die Pausenzeiten in den Stundenaufstellungen des Klägers enthalten waren. Denn gerade wenn es Praxis der Beklagten war, aus den Stundenaufstellungen die Pausenzeiten herauszurechnen, und dies anhand der Lohnabrechnungen deutlich wurde, musste Widerspruch gegen diese Praxis angemeldet werden, wenn das Entstehen einer gegenläufigen betrieblichen Übung verhindert werden sollte. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall auch von dem Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 28.05.2003, auf das sich die Klägerseite beruft. Denn im dortigen Fall hatte der dortige Kläger ausweislich des Tatbestandes nach Einstellung der dortigen betrieblichen Übung im April 2002 noch mit Schreiben vom 25.07.2002, also innerhalb von 3 Monaten der dortigen neuen Praxis widersprochen und frühzeitig Klage eingereicht, sodass das Urteil nur wenige Wochen nach dem Betriebsübergang am 28.05.2003 verkündet werden konnte. 40

Da somit eine gegenläufige betriebliche Übung rechtswirksam entstanden ist, hat der Kläger keinen Anspruch auf Bezahlung der Pausenzeiten. 41

Soweit der Anspruch des Klägers den Zeitraum vor der Insolvenzeröffnung am 27.12.2002 betrifft, scheidet der Anspruch im Übrigen bereits daran, dass wegen der beschränkten Übernehmerhaftung in der Insolvenz die Beklagte jedenfalls nicht für den Zeitraum vor Insolvenzeröffnung einzustehen hätte, 42

siehe dazu BAG, Urteil vom 13.11.86 – 2 AZR 771/85, DB 87, 990. 43

. 44

Unabhängig von weiteren Zweifelsfragen konnte wegen der entstanden gegenläufigen betrieblichen Übung auch der Feststellungsantrag des Klägers keinen Erfolg haben. 45

|  |    |
|--|----|
| Insgesamt hat das Arbeitsgericht die Klage daher zu Recht abgewiesen.  | 46 |
| Der Kläger hatte als unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.  | 47 |
| Eine Revisionszulassung nach § 72 ArbGG konnte nicht erfolgen, insbesondere hatte die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung sondern betraf die Anwendung höchstrichterlicher Grundsätze auf den Einzelfall. | 48 |
| <b><u>Rechtsmittelbelehrung:</u></b>   | 49 |
| Gegen dieses Urteil ist kein Rechtsmittel gegeben. Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.  | 50 |
| (Dr. Griese) (Hohenschurz) (Schubert)  | 51 |

---