

Dynamisch wirkende betriebliche Übung bei Alterszulage

BGB § 611

1. Verbindet ein Arbeitnehmer ein rückwirkend wirkendes Leistungsbegehren mit einem künftigen Feststellungsbegehren, kann ungeachtet des Grundsatzes des Vorrangs der Leistungsklage vor der Feststellungsklage unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit ein Feststellungsinteresse für die Erhebung einer Feststellungsklage dann gegeben sein, wenn dies im Einzelfall zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt.

2. Leistet der Arbeitgeber eine von der Dienstzeit abhängige, tarifvertraglich geregelte Zulage (Zulage nach Dienstzugehörigkeit in fünf-jährigen Stufen) jeweils vorbehaltlos fünf Jahre im Voraus, ist von einer „dynamisch wirkenden“ betrieblichen Übung dahingehend auszugehen, dass der Arbeitnehmer einen jeweils fünf Jahre früher wirkenden Anspruch erwirbt.

3. Der arbeitgeberseitige Einwand einer versehentlichen Leistung greift bereits deshalb nicht, weil es für das Entstehen eines Anspruchs aus betrieblicher Übung nicht auf den erkennbaren Verpflichtungswillen des Arbeitgebers ankommt, sondern darauf, wie ein Arbeitnehmer eine bestimmte Verhaltensweise des Arbeitgebers von seinem Empfängerhorizont aus auffassen muss.

4. Das Entstehen eines Anspruchs aus betrieblicher Übung scheidet auch nicht an einer Schriftformklausel, da es sich bei der Vereinbarung eines entsprechenden Anspruchs um einen Vertrag handelt, für den die allgemeinen Grundsätze für eine konkludente Aufhebung einer Schriftformklausel zu gelten haben. (Leitsätze des Einsenders)

ArbG Freiburg, Urt. v. 8. 12. 2011 – 4 Ca 232/11 (nicht rechtskräftig)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Frage, ob die Bekl. verpflichtet ist, der Kl. ab dem 1. 2. 2011 eine tarifliche Vergütungszulage für das 15. Beschäftigungsjahr zu bezahlen, obwohl die Kl. sich zu diesem Zeitpunkt erst im 10. Beschäftigungsjahr befindet. Die Kl. ist bei der Bekl. seit dem 1. 2. 2002 als Krankenpflegehelferin tätig. Basis der arbeitsvertraglichen Beziehungen ist der schriftliche Arbeitsvertrag vom 15. 2. 2002. Dessen Inhalt lautet, soweit hier von Interesse, wie folgt:

Arbeitsvereinbarung

Unsere diesem Arbeitsvertrag beigefügten tarifvertraglichen Vereinbarungen sind Bestandteil dieses Vertrags und finden auch als Betriebsordnung Anwendung.

2. Entgelt, Sozialversicherung und Lohnsteuer

– Für die vorgenannte Tätigkeit wird derzeit ein nachträglich zu zahlendes Bruttoentgelt von

VergGr. 2 G	1483,77 Euro
Zulage für das 5. Beschäftigungsjahr	150,32 Euro
	1634,09 Euro

monatlich gezahlt.

– Sofern freiwillige, jederzeit widerrufliche Zulagen gewährt werden, ist dem Arbeitgeber vorbehalten, diese auch ganz oder teilweise bei tariflicher Erhöhung und/oder Umgruppierungen anzurechnen.

Zwischen der Bekl. und den Gewerkschaften DAG und ÖTV, nunmehr Verdi, wurden Haustarifverträge abgeschlossen, darunter ein Entgelttarifvertrag. Dieser sieht Zulagen ab dem 3., 5., 10., 15., 20. und 25. Beschäftigungsjahr vor. Entsprechend der arbeitsvertraglichen Vereinbarung wurde der Kl. die Zulage für das 5. Beschäftigungsjahr gleich zu Beginn ihrer Beschäftigung gewährt. Ab dem 1. 2. 2006, also ab dem 5. Beschäftigungsjahr, wurde der Kl. sodann durchgehend bis zum heutigen Tage die Zulage für das 10. Beschäftigungsjahr ausbezahlt. Eine

Ausbezahlung der Zulage für das 15. Beschäftigungsjahr nach Erreichen des 10. Beschäftigungsjahres ab dem 1. 2. 2011 erfolgte nicht.

Die Kl. beantragt daher: Es wird festgestellt, dass die Bekl. verpflichtet ist, die Kl. seit dem 1. 2. 2011 nach der VergGr. 2 G der Haustarifverträge der Kliniken der Unternehmensgruppe *Dr. M* unter Gewährung der Zulage für das 15. Beschäftigungsjahr zu vergüten und die monatlichen Bruttonachzahlungsbeträge zwischen der VergGr. 2 G unter Gewährung der Zulage für das 10. Beschäftigungsjahr und der VergGr. 2 G unter Gewährung der Zulage für das 15. Beschäftigungsjahr mit einem Zinssatz von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

Die Bekl. hält die Klage für unbegründet. Entgegen den Ausführungen der Kl. sei im Arbeitsvertrag von einer Eingruppierung in eine bestimmte Stufe des Entgelttarifvertrags für die Kliniken der Unternehmensgruppe *Dr. M* keine Rede. Darin sei lediglich festgelegt, dass die Kl. für ihre Tätigkeit neben der Vergütung nach der VergGr. 2 G auch die „Zulage für das 5. Beschäftigungsjahr“ erhalte. Durch die entsprechend höhere Vergütung in den ersten 5 Beschäftigungsjahren habe für die Kl. ein Anreiz für den Abschluss des Arbeitsvertrags geschaffen werden sollen. Lediglich zu Beginn ihrer Tätigkeit habe die Kl. eine übertarifliche Zusatzleistung erhalten sollen. Zutreffend sei zwar, dass der Kl. mit Wirkung zum 1. 2. 2006 die Zulage für das 10. Beschäftigungsjahr ausbezahlt worden sei. Die Auszahlung sei jedoch versehentlich erfolgt, weil die Beschäftigungsjahre der Kl. im Computersystem unzutreffend erfasst worden seien. Dieser Fehler sei erst im Jahr 2010 bemerkt worden. In rechtlicher Hinsicht sei auszuführen, dass der Entgelttarifvertrag einen Anspruch auf die jeweilige Zulage allein nach tatsächlicher Erreichung der Beschäftigungsjahre vorsehe. Dabei hätten die Parteien nicht die dauerhafte Anerkennung weiterer fünf Beschäftigungsjahre im Arbeitsvertrag vom 15. 2. 2002 vereinbart. Sie hätten sich vielmehr auf die Vereinbarung, wonach die Kl. bereits in den ersten fünf Beschäftigungsjahren die Zulage für das 5. Beschäftigungsjahr erhalte, beschränkt. Ein Anspruch der Kl. auf die Zulage für das 15. Beschäftigungsjahr bereits mit Wirkung zum 1. 2. 2011 erfolge auch nicht aus der versehentlichen Gewährung der Zulage für das 10. Beschäftigungsjahr bereits nach fünf Beschäftigungsjahren. Eine irgendwie geartete Erklärung sei mit der Auszahlung nicht verbunden gewesen. Fehl gehe auch die Argumentation der Kl., soweit sie sich auf die Rechtsprechung des BAG zur korrigierenden Rückgruppierung berufe. Vorliegend gehe es um gar keine Rückgruppierung, weil die Kl. seit ihrer Einstellung unverändert in der VergGr. 2 G eingruppiert sei. Die Eingruppierung in eine bestimmte Vergütungsgruppe und die Einstufung in eine bestimmte Stufe der Vergütungsgruppe seien jedoch etwas grundlegend anderes. Zudem sei zu sehen, dass bei der Kl. noch nicht einmal eine Zurückstufung erfolgt sei.

Die Klage hatte Erfolg.

Aus den Gründen: Die Kl. hat seit dem 1. 2. 2011 einen Anspruch auf Bezahlung einer Zulage für das 15. Beschäftigungsjahr entsprechend des Entgelttarifvertrags für die Kliniken der Unternehmensgruppe *Dr. M*.

I. Die Klage ist als Feststellungsklage insgesamt zulässig. Das für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse i. S. des § 256 ZPO liegt vor. Zwar fehlt für die positive Feststellungsklage in der Regel das Feststellungsinteresse, wenn Klage auf fällige Leistung, insbesondere Bezifferung möglich und zumutbar ist (*OLG Düsseldorf*, WM 1989, 1370). Vorliegend könnte dies zumindest für die rückständigen Beträge vor Durchführung der Kammerverhandlung angenommen werden. Es ist in der Rechtsprechung aber auch anerkannt, dass trotz des grundsätzlichen Vorrangs der Leistungsklage ein Feststellungsinteresse gegeben sein kann, wenn dies im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt (*BGH*, NJW 1997, 2320 = WM 1997, 1280). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Streit zunächst nur den Anspruchsgrund betrifft und zu erwarten ist, dass der Bekl. bei Feststellung seiner Leistungspflicht im Urteil zur Leistung fähig und bereit ist (*Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 256 Rdnr. 18). Dies ist hier der Fall. Die Parteien streiten nicht über die Höhe des Anspruchs, sondern über den Anspruch dem Grunde nach. Vor diesem Hintergrund führt die Feststellungsklage zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung des Rechtsstreits, das für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben.

II. Die Klage ist auch begründet, weil die Kl. seit dem 1. 2. 2011 einen vertraglichen Anspruch auf Gewährung der Zulage für das 15. Beschäftigungsjahr gemäß dem Entgelttarifvertrag für die Kliniken der Unternehmensgruppe *Dr. M* hat.

Der vertragliche Anspruch der Kl. gegen die Bekl. ergibt sich aus den Grundsätzen der betrieblichen Übung, welche vorliegend Anwendung finden.

a) Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus der die Arbeitnehmer schließen können, dass ihnen die auf Grund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig auf Dauer gewährt werden sollen (s. hierzu bspw. BAG, NZA 2002, 632). Dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers wird daher mit dem Rechtsinstitut der betrieblichen Übung anspruchserzeugende Wirkung beigemessen. Unabhängig von der in der Rechtsliteratur streitigen Rechtsnatur der betrieblichen Übung sieht die Rechtsprechung in der betrieblichen Übung einen schuldrechtlichen Verpflichtungstatbestand und leitet die bindende Wirkung der betrieblichen Übung entweder aus der Vertrags- oder der Vertrauenshaftung her (vgl. bspw. BAG, NZA 1999, 1162). Das Verhalten des Arbeitgebers wird als konkludente Willenserklärung angesehen, die von den Arbeitnehmern ebenfalls durch schlüssiges Verhalten angenommen wird, so dass die betriebliche Übung auf diese Weise Bestandteil der Arbeitsverhältnisse wird. Die betriebliche Übung entsteht hierbei allein durch die gleichartige, wiederholte Praktizierung eines bestimmten Verhaltens des Arbeitgebers, ohne dass dabei auf einen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers ankommt. Maßgeblich ist allein, wie die Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände verstehen durften. Dabei kommt es entscheidend auf Art, Dauer und Intensität der Leistungen sowie auf die Zahl der Anwendungsfälle an (*Küttner/Kreitner*, Betriebliche Übung, Rdnrn. 3 ff. m. w. Nachw.).

b) Dies zu Grunde gelegt, ist durch die dauerhafte Bezahlung der Beschäftigungszulage für das 10. Beschäftigungsjahr an die Kl. bereits seit dem Zeitpunkt ihres 5. Beschäftigungsjahres eine betriebliche Übung dahingehend entstanden, dass die Kl. jeweils fünf Jahre früher als eigentlich tariflich vorgesehen Anspruch auf Gewährung der entsprechenden Zulage hat.

(1) Der vertragliche Anspruch auf Grund betrieblicher Übung entstand nicht bereits mit Abschluss des Arbeitsvertrags und basiert deshalb auch nicht allein auf Nr. 2 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrags in Verbindung mit dem Haustarifvertrag. Insoweit kann dahinstehen, welche Absicht die Bekl. mit der Gewährung der Beschäftigungszulage für das 5. Beschäftigungsjahr gleich zu Beginn des Arbeitsverhältnisses hatte.

(2) Für das Entstehen der betrieblichen Übung ist vielmehr die Tatsache entscheidend, dass die Bekl. ab dem 1. 2. 2006, also nach Eintritt der Kl. in das 5. Beschäftigungsjahr, sogleich die Zulage für das 10. Beschäftigungsjahr bezahlt hat. Diese Zulage wurde der Kl. bis zum 1. 2. 2011 unstrittig über einen Zeitraum von fünf Jahren a zwölf Monaten, also 60-mal hintereinander gleichförmig, ohne jeglichen Vorbehalt und ohne jegliche Einschränkung bezahlt. Der Erklärungswert dieser Verhaltensweise ist nach dem zu Grunde zu legenden objektiven Empfängerhorizont nicht nur dergestalt zu verstehen, dass ein bestimmter Betrag ausbezahlt wird und dieser Betrag auch zukünftig geleistet werden sollte. Die Zah-

lung einer Beschäftigungszulage fünf Jahre vor der eigentlich tarifvertraglich vorgesehenen Zeit in Verbindung damit, dass auch schon zu Beginn des Arbeitsverhältnisses eine Zahlung fünf Jahre früher als tarifvertraglich vorgesehen vereinbart wurde, kann aus dem objektiven Empfängerhorizont heraus nicht anders verstanden werden als dass die Kl. die jeweilige Beschäftigungszulage jeweils fünf Jahre im Voraus erhalten sollte. Die betriebliche Übung wirkt vor diesem Hintergrund nicht nur statisch in dem Sinne, dass sie Anspruch auf die Bezahlung des bisher bezahlten Betrags gibt. Vielmehr ist angesichts des Erklärungswerts des Verhaltens der Bekl. von einer dynamischen Wirkungsweise auszugehen, welche einen Anspruch auf Gewährung der Beschäftigungszulage jeweils fünf Jahre früher als tarifvertraglich vorgesehen begründet.

Weshalb die Bekl. meint, dass eine „irgendwie geartete Erklärung der Bekl. mit der Auszahlung nicht verbunden“ gewesen sei, erschließt sich dem Gericht nicht. Dass ein Fehler im Datensystem der Bekl. vorgelegen haben sollte, war der Kl. nicht erkennbar. Nimmt man den Gesamtzusammenhang hinzu, nämlich die Tatsache, dass die Kl. neun Jahre lang eine Beschäftigungszulage erhalten hat, die fünf Jahre „im Voraus“ lag, kann auch kein Zweifel dahingehend bestehen, dass der Erklärungswert der Zahlung seitens der Bekl. sich nicht nur auf das bisher Gezahlte beschränkt. Deshalb kann die Kl. sehr wohl nicht nur darauf vertrauen, dass sie die bisher gewährte Zulage erhält; sie kann auch darauf vertrauen, dass die nach außen erkennbare Systematik, selbst wenn sie, wie bestritten, auf einem Fehler beruhen sollte, fortgeführt wird.

c) Soweit die Bekl. vorträgt, dass die Beschäftigungszulage für das 10. Beschäftigungsjahr versehentlich bezahlt worden sei, ändert dies nichts an der rechtlichen Einschätzung der Kammer. Wie bereits unter a) ausgeführt, ist es für das Entstehen einer betrieblichen Übung ohne Belang, ob der Arbeitgeber mit Verpflichtungswillen handelt. Entscheidend ist im Grundsatz allein, wie eine bestimmte Verhaltensweise seitens des Arbeitnehmers aufgefasst werden muss. Zwar ist anerkannt, dass sich im Einzelfall aus bestimmten Umständen ein fehlender Bindungswille des Arbeitgebers ergeben kann. Entscheidend ist hierbei aber immer, dass der fehlende Bindungswille für den Arbeitnehmer erkennbar ist. Dies ist vorliegend aber gerade nicht der Fall. Entsprechende Umstände sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

d) Das Entstehen einer betrieblichen Übung scheidet auch nicht an der Schriftformklausel des Arbeitsvertrags. Eine Schriftformabrede im Arbeitsvertrag steht dem Entstehen einer betrieblichen Übung in der Regel nicht entgegen (BAG, NZA 1988, 425 = AP AVR Caritasverband § 7 Nr. 1). Da die betriebliche Übung durch das als Vertragsangebot zu wertende Verhalten des Arbeitgebers und die stillschweigende Annahme des Angebots des Arbeitnehmers nach § 151 BGB begründet wird, handelt es sich bei der betrieblichen Übung um einen Vertrag, so dass die allgemeinen Grundsätze für das konkludente Aufheben einer Schriftformklausel gelten müssen (ErfK/Preis, 11. Aufl., § 611 BGB Rdnr. 224 m.w. Nachw.).

e) Rechtsfolge des Entstehens einer betrieblichen Übung ist, dass ein vertraglicher Anspruch entsteht. Dieser kann nicht mehr durch einseitigen Widerruf des Arbeitgebers abgeändert oder aufgehoben werden. Der so entstandene Rechtsanspruch ist ein vertraglicher Anspruch derselben Qualität, wie es die ursprüngliche arbeitsvertragliche Abrede darstellt. Zur Beseitigung der betrieblichen Übung ist deshalb eine Änderungsvereinbarung oder eine Änderungskündigung

nach Maßgabe der § 1, 2 KSchG notwendig (ErfK/Preis, § 611 BGB Rdnr. 225). Diese liegen im konkreten Fall unstreitig nicht vor, weshalb die Kl. ab dem 1. 2. 2011 Anspruch auf Gewährung der Beschäftigungszulage für das 15. Beschäftigungsjahr nach dem Entgelttarifvertrag für die Kliniken der Unternehmensgruppe *Dr. M* hat. Der Klage war in vollem Umfang stattzugeben.

*(Mitgeteilt von Fachanwalt für Arbeitsrecht Olaf Müller,
Freiburg i. Br.)*

Anm. d. Schriftlfg.: Von der betrieblichen Übung in der betrieblichen Altersversorgung handelt die Entscheidung des *LAG Köln*, NZA-RR 2012, 35; zur betrieblichen Übung bei Jubiläumszuwendung s. *BAG*, NZA 2008, 941 und zur betrieblichen Übung bei Personalrabatt vgl. *BAG*, NZA-RR 2008, 597. Mit Arbeitsvertragsklauseln gegen betriebliche Übungen beschäftigt sich *Jensen*, NZA-RR 2011, 225. ■