

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 571/11  
7 Sa 1698/10  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
29. August 2012

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 29. August 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann

und Reinfelder sowie den ehrenamtlichen Richter Simon und die ehrenamtliche Richterin Fieback für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 9. Mai 2011 - 7 Sa 1698/10 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten im Rahmen eines „Pilotverfahrens“ über Sonderzuwendungen aus Dienstzeitzuschlägen. 1

Der Kläger trat 1985 als Busfahrer in die Dienste einer Rechtsvorgängerin der Beklagten, mit der das Arbeitsverhältnis sei Januar 1999 besteht. 2

Die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerinnen zahlten an den Kläger eine jährliche Weihnachtszuwendung aufgrund Tarifvertrags sowie eine weitere Jahressonderzuwendung, zunächst auf der Grundlage der ab 1. Januar 1992 geltenden Betriebsvereinbarung Nr. 20, seit dem Jahr 2002 auf der Grundlage der Betriebsvereinbarung vom 21. Dezember 2001. 3

§ 14 Abs. 1 des Rahmentarifvertrags für die Versorgungs- und Verkehrsunternehmen vom 31. März 2006 (*RTV AVE 2006*) - der vorausgegangene Tarifvertrag enthielt eine gleichlautende Regelung - lautet: 4

„Die Arbeitnehmer erhalten anlässlich des Weihnachtsfestes eine Weihnachtszuwendung mindestens in Höhe von 60 % der laufenden Arbeitsbezüge eines Monats. Diese Weihnachtszuwendung erhöht sich im 2. Dienstjahr auf 80 % und im 3. Dienstjahr auf 100 % der laufenden Arbeitsbezüge eines Monats.“

Die „laufenden Arbeitsbezüge“ definierte der Rahmentarifvertrag für die 5

Versorgungs- und Verkehrsunternehmen vom 1. Juli 2002 (*RTV AVE 2002*) in der bis zum 30. April 2006 geltenden Fassung in § 9 Abs. 2 wie folgt:

„Die laufenden Arbeitsbezüge bestehen aus der nach dem Vergütungstarifvertrag für die regelmäßige Arbeitszeit zu zahlenden Tabellenvergütung sowie aus etwaigen, ständig wiederkehrenden Arbeitszulagen und -zuschlägen (z. B. Dauerzulagen, Schichtzulagen, Fahrdienstzulagen, ständige Prämien). Nur zeitweise zu zahlende Arbeitsbezüge (z. B. stundenweise anfallende Zeit- und Erschwerniszuschläge) rechnen nicht zu den laufenden Bezügen, es sei denn, dass sie pauschaliert sind.“

In § 8 Abs. 2 des RTV AVE 2006 in der seit dem 1. Mai 2006 geltenden Fassung sind die „laufenden Arbeitsbezüge“ wie folgt beschrieben: 6

„Die laufenden Arbeitsbezüge bestehen aus der nach dem Vergütungstarifvertrag für die regelmäßige Arbeitszeit zu zahlenden Tabellenvergütung sowie aus etwaigen, ständig wiederkehrenden Arbeitszulagen und -zuschlägen (z. B. Dauerzulagen, Schichtzulagen). Nur zeitweise zu zahlende Arbeitsbezüge (z. B. stundenweise anfallende Zeitzuschläge nach § 10 und Erschwerniszuschläge) rechnen nicht zu den laufenden Bezügen, es sei denn, dass sie pauschaliert sind.“

Die - die weitere Sonderzuwendung betreffende - Regelung in der Betriebsvereinbarung von 2001 lautet: 7

„2. Die Sonderzuwendung beträgt 100 % der laufenden Arbeitsbezüge gemäß § 9 Abs. 2 Rahmentarifvertrag ohne Sozialzulagen im Monat Dezember des Geschäftsjahres, für das die Sonderzuwendung gewährt wird. Sie wird mit der April-Vergütung des folgenden Jahres ausgezahlt.“

In den Lohnabrechnungen des Klägers ist die tarifliche Sonderzuwendung jeweils als „Weihnachtszuwendung“, die in der Betriebsvereinbarung geregelte Zahlung als „Sonderzuwendung“ aufgeführt. 8

Der Kläger und die anderen bei der Beklagten beschäftigten Busfahrer erhielten jedenfalls seit 1991 bis zum Jahr 2005 vorbehaltlos mit der Weihnachtszuwendung in tariflicher Höhe und der Sonderzuwendung in durch die 9

Betriebsvereinbarung geregelter Höhe jeweils zusätzlich weitere Sonderzahlungen. Sie waren in den Lohnabrechnungen unmittelbar jeweils unterhalb der Weihnachts- bzw. Sonderzuwendung als „Weihnachtszuw. a. D-Zusch“ bzw. „Sonderzuw. aus D-Zuschl“ getrennt ausgewiesen. Die Beklagte berechnete diese zusätzlich gezahlten Beträge auf der Grundlage der nach der tariflichen Definition nicht zu den laufenden Arbeitsbezügen zählenden Dienstzeitzuschläge. Ab November 2006 erbrachte die Beklagte keine zusätzlichen Leistungen aus Dienstzeitzuschlägen mehr.

Mit seiner Klage macht der Kläger diese zusätzlichen Weihnachtszuwendungen aus Dienstzeitzuschlägen für die Jahre 2006, 2007, 2008 und 2009 sowie die zusätzlichen Sonderzuwendungen aus Dienstzeitzuschlägen für die Jahre 2007, 2008 und 2009 in unstreitiger Höhe geltend. 10

Vorprozessual hatten die Parteien sich zunächst darauf verständigt, den Ausgang eines Rechtsstreits vor dem Bundesarbeitsgericht (- 10 AZR 395/08 -) abzuwarten, in dem es bei im Wesentlichen identischer Tatsachenlage ebenfalls um Weihnachts- und Sonderzuwendungen aus Dienstzeitzuschlägen ging. Nachdem jener Rechtsstreit durch Zurückweisung der Revision rechtskräftig im Sinne der dortigen Klagepartei entschieden war (*BAG 1. April 2009 - 10 AZR 395/08 -; ebenso: 1. April 2009 - 10 AZR 393/08 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 84*), erklärte die Beklagte, dass sie sich dieser Entscheidung nicht unterwerfen wolle. Daraufhin schlossen die Beklagte und die ua. den Kläger vertretende Gewerkschaft eine Vereinbarung zur Durchführung des vorliegenden Rechtsstreits als „Musterverfahren“. 11

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er könne die zusätzlichen Weihnachts- und Sonderzuwendungen aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung verlangen. Die gesonderte Ausweisung der betreffenden Zahlungen in den Abrechnungen sei von den Empfängern der Zahlungen nur in dem Sinne zu verstehen gewesen, dass der Arbeitgeber sich damit über die kollektivrechtlichen Ansprüche hinaus zu weiteren Leistungen habe verpflichten wollen. 12

Der Kläger hat beantragt,

13

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 3.740,23 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 540,31 Euro ab 1. Dezember 2006, aus 444,18 Euro ab 1. Dezember 2007, aus 545,96 Euro ab 1. Dezember 2008, aus 610,75 Euro seit 1. Dezember 2009 sowie aus 529,39 Euro ab 1. Mai 2007, aus 473,53 Euro ab 1. Mai 2008 und aus 596,11 Euro ab 1. Mai 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, den zusätzlichen Zahlungen habe ein Irrtum zugrunde gelegen. Sie und ihre Rechtsvorgängerinnen hätten die falsche Vorstellung gehabt, sie seien auf kollektivrechtlicher Grundlage zur Zahlung der Zuwendungen in erfolgter Höhe verpflichtet. Selbst ihre Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sei bei einer Revision im Jahr 2000 davon ausgegangen, dass es sich um kollektivrechtlich geschuldete Leistungen gehandelt habe. Dies stehe der Annahme einer betrieblichen Übung entgegen. Durch die Verwendung der Begriffe „Weihnachtszuwendung“ und „Sonderzuwendung“ habe sie auch erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie nur die rechtlichen Verpflichtungen aus dem Tarifvertrag und der Betriebsvereinbarung habe erfüllen wollen. Daher habe ihrem tatsächlichen Verhalten auch aus der Sicht der Arbeitnehmer nicht der Wille zugrunde gelegen, eine bestimmte übertarifliche Leistung zu erbringen.

14

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

15

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben richtig entschieden.

16

- I. Die Klage ist begründet. Dem Kläger stehen die erhobenen Ansprüche zu. Sie finden ihre Rechtsgrundlage im Arbeitsvertrag der Parteien (§ 611 BGB) iVm. den Grundsätzen der betrieblichen Übung. 17
1. Ansprüche der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber können durch die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen (*insbesondere Zahlungen*) des Arbeitgebers begründet werden, wenn die Arbeitnehmer aus diesen Verhaltensweisen schließen können, ihnen solle ein Anspruch auf eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden (*betriebliche Übung*). 18
- a) Aus einem solchen als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird (§ 151 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte. Entstehung und Inhalt einer betrieblichen Übung unterliegen der unbeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht (*BAG 18. Januar 2012 - 10 AZR 670/10 - Rn. 18, EzA BGB 2002 § 307 Nr. 56; 19. Oktober 2011 - 5 AZR 359/10 - Rn. 13, EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 14*). 19
- b) Grundsätzlich kann eine betriebliche Übung auch bezüglich übertariflicher Leistungen und übertariflicher Anteile einer einheitlichen Leistung entstehen (*BAG 24. März 2010 - 10 AZR 43/09 - Rn. 17, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 90 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 13*). Dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers muss aber aus der Sicht der Arbeitnehmer der Wille zugrunde liegen, eine bestimmte übertarifliche Leistung zu erbringen. Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass nicht der Arbeitgeber die Darlegungslast dafür trägt, dass er für den Arbeitnehmer erkennbar irrtümlich glaubte, die betreffenden Leistungen in Erfüllung tarifvertraglicher oder sonstiger Pflichten erbringen zu müssen. Vielmehr ist es Sache der klagenden Partei, die Anspruchsvoraussetzungen darzulegen. Dazu gehört im Falle der betrieblichen 20

Übung auch die Darlegung, dass das Verhalten des Arbeitgebers aus Sicht des Empfängers ausreichende Anhaltspunkte dafür bot, der Arbeitgeber wolle Zahlungen erbringen, ohne hierzu bereits aus anderen Gründen - etwa aufgrund eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung - verpflichtet zu sein (vgl. BAG 23. August 2011 - 3 AZR 650/09 - Rn. 58, AP BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 10 = EzA BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 11). Erst wenn solche Darlegungen des Arbeitnehmers die Entstehung einer betrieblichen Übung belegen, ist es Sache des Arbeitgebers, dem durch geeigneten Vortrag entgegenzutreten.

2. Nach diesen Maßgaben ist die Beklagte im Streitfall vertraglich verpflichtet, an den Kläger zusätzlich zu den kollektivrechtlich begründeten Sonderzahlungen weitere Sonderzahlungen aus Dienstzeitzuschlägen zu leisten. 21

a) Der Kläger und die anderen Busfahrer erhielten jedenfalls seit Beginn der 90er Jahre vorbehaltlos höhere Zuwendungen als ihnen nach dem Tarifvertrag und der Betriebsvereinbarung zustanden. Die Beklagte hat in den dem Kläger erteilten Entgeltabrechnungen für November und April neben den kollektivrechtlich begründeten Zuwendungen jeweils eine Zuwendung aus Dienstzeitzuschlägen gesondert ausgewiesen. Eine kollektivrechtliche Grundlage für diese Zahlungen gab es nicht. Nach § 8 bzw. § 9 der jeweils einschlägigen Tarifverträge sollten die Dienstzeitzuschläge nicht in die Berechnung der laufenden Arbeitsbezüge eingehen. Werden bei dieser Lage Sonderzuwendungen einerseits über viele Jahre hinweg - hier seit über einem Jahrzehnt - in der tariflich korrekt berechneten Höhe, darüber hinaus aber gesondert abgerechnete Sonderzuwendungen in der nach der unzweideutigen Anordnung des Tarifvertrags nicht geschuldeten Höhe gezahlt, so muss der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass diese Leistungen gerade nicht zur Erfüllung der kollektivrechtlich begründeten Pflichten erfolgen. Ihre gesonderte Ausweisung und die ausdrückliche, auf die tarifliche Differenzierung zwischen zu berücksichtigenden und nicht zu berücksichtigenden Zuschlägen hinweisende Bezeichnung kann aus der Sicht des Empfängers nur dahin verstanden werden, es handele sich 22

um nach dem Tarifvertrag nicht geschuldete Leistungen (vgl. 1. April 2009 - 10 AZR 393/08 - Rn. 16, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 84).

b) Für eine - auch für die Arbeitnehmer erkennbare - irrtümliche Zahlung hat die Beklagte keine Anhaltspunkte vorgetragen. Angesichts des unstreitigen Sachverhalts mussten die Arbeitnehmer nicht von einem fehlerhaften Tarifverständnis bei der Beklagten ausgehen, sondern durften annehmen, die Beklagte wolle auf Dauer übertarifliche Leistungen erbringen. 23

aa) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte auf die Entscheidung des Fünften Senats vom 17. März 2010 (- 5 AZR 317/09 - BAGE 133, 337). In diesem Fall hatte der Arbeitgeber über Jahre hinweg für den Ostersonntag Feiertagszuschläge gezahlt, und zwar in der Annahme, der Ostersonntag sei ein gesetzlicher Feiertag, was sich als Irrtum herausstellte. Die Höhe des Feiertagszuschlags ergab sich aus dem einschlägigen Tarifvertrag. Die Arbeitnehmer waren - wie vorher auch der Arbeitgeber - der Auffassung, der Ostersonntag sei ein Feiertag. Arbeitnehmer und Arbeitgeber waren einem gemeinsamen Irrtum erlegen und hatten die geleisteten Zahlungen als in Erfüllung tarifvertraglicher Ansprüche erfolgt angesehen. Deshalb hat der Fünfte Senat ausgeführt, die Arbeitnehmer hätten das Verhalten des Arbeitgebers nicht im Sinne eines Angebots zur Leistung von Zahlungen verstehen können, die über den tarifvertraglich begründeten Anspruch hinausgingen. Im Streitfall ist für eine vergleichbare Lage kein Anhaltspunkt gegeben. 24

bb) Ob, und wenn ja, welche für die Beklagte zu Entscheidungen befugte Personen tatsächlich einem Irrtum, also einer subjektiven Fehlvorstellung über die Einbeziehung von Zeitzuschlägen in die Berechnungsgrundlage für Sonderzahlungen, unterlegen sind, ist für sich genommen nicht maßgeblich. Es kommt nicht auf das Vorhandensein solcher Fehlvorstellungen an, sondern darauf, ob aus Sicht der Arbeitnehmer eine solche Fehlvorstellung vorlag und die Zahlung aus ihrer Sicht zur Erfüllung tariflicher bzw. aus der Betriebsvereinbarung folgender Ansprüche erfolgte. Dafür sind keine Anhaltspunkte festgestellt. 25



cc) Aus dem Vorbringen der Beklagten über die interne Zuordnung der für die „D-Zuschläge“ aufgewandten Personalkosten als tarifliche Leistungen mag sich ein Irrtum ergeben, der aber, wie leicht vermeidbar er auch gewesen sein mag, jedenfalls deshalb nicht zu einer anderen Beurteilung der hier maßgeblichen Frage führen kann, weil er für die Arbeitnehmer nicht erkennbar war. Dass die Beklagte die entsprechenden Vorgänge ihren Arbeitnehmern bekannt gegeben hätte oder dass sie auf andere Weise Zugang zu deren Kenntnis gehabt hätten, ist nicht festgestellt. 26

dd) Auch die Grundsätze zur korrigierenden Rückgruppierung, auf die sich die Beklagte bezogen hat, führen nicht zu einer anderen Beurteilung. Es entspricht zwar der ständigen Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes regelmäßig keine übertarifliche Vergütung, sondern nur das gewähren will, was dem Arbeitnehmer tatsächlich zusteht (*BAG 20. April 2011 - 4 AZR 368/09 - Rn. 33, AP BAT-O §§ 22, 23 Nr. 41; 24. Januar 2007 - 4 AZR 28/06 - Rn. 10, NZA-RR 2007, 495*). Indes gehört die Beklagte jedenfalls nicht unmittelbar zum öffentlichen Dienst. Außerdem steht im Streitfall die über Jahre hinweg praktizierte Gewährung von Leistungen, auf die nach dem Tarifvertrag nicht nur kein Anspruch bestand, sondern auf die ein Anspruch ausgeschlossen war, in Rede. Dieses über Jahre beibehaltene Verhalten kann nicht mehr, wie die Mitteilung der Vergütungsgruppe bei Vertragsschluss, als reine Wissenserklärung angesehen werden, sondern hat die rechtliche Verbindlichkeit eines Vertragsangebots. 27

c) Ob die Voraussetzungen einer Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB vorliegen (*vgl. MüKoBGB/Müller-Glöge 6. Aufl. § 611 Rn. 414 mwN*), kann dahinstehen. Die Beklagte hat keine Anfechtungserklärung abgegeben. Sie hat auch keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich die Unverzüglichkeit einer solchen Erklärung ergäbe (§ 121 Abs. 1 BGB). 28

II. Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen der Beklagten nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last. 29

Schmitz-Scholemann

Mikosch

W. Reinfelder

Fieback

Simon