

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 359/10  
7 Sa 851/09  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
19. Oktober 2011

## URTEIL

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 19. Oktober 2011 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Hinrichs und Dr. Dombrowsky für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 14. Januar 2010 - 7 Sa 851/09 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten, die Vergütung des Klägers entsprechend den Tariflohnerhöhungen des Baugewerbes anzupassen. 1

Der Kläger ist seit 1971 in dem Bauunternehmen der Beklagten als Spezialbaufacharbeiter beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert nicht. Die Beklagte gehört keiner Tarifvertragspartei an. Sie zahlt dem Kläger einen Stundenlohn von 15,01 Euro brutto, den sie in den Lohnabrechnungen als „TARIFL. + FREIW. ZULAGE“ ausgewiesen hat. Die freiwillige Zulage belief sich in der Zeit von Februar bis Juli 2008 auf 0,00 Euro. 2

Als Ergebnis der Tarifrunde 2005 wurden am 29. Juli 2005 der allgemeinverbindliche Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (*im Folgenden: BRTV-Bau*) neu gefasst sowie ein neuer Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland mit Ausnahme der fünf neuen Länder und des Landes Berlin (*Lohntarifvertrag 2005*) abgeschlossen. Gemäß § 3 Nr. 1.1 BRTV-Bau verlängerte sich die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit zum 1. Januar 2006 von 39 auf 40 Wochenstunden. Korrespondierend wurden die Tarifstundenlöhne nach § 2 Abs. 2 Lohntarifvertrag 2005 zunächst um 2,5 % herabgesetzt und zum 1. April 2006 wieder um 1,0 % erhöht. Gemäß § 7 Abs. 1 Lohntarifvertrag 2005 war für die Monate September 2005 bis März 2006 ein Festbetrag von jeweils 30,00 Euro zu zahlen. 3

Diese Regelungen setzte auch die Beklagte in ihrem Unternehmen um und informierte die Beschäftigten mit einem undatierten Aushang. 4

§ 2 Abs. 2 des Lohntarifvertrags vom 20. August 2007 (*Lohntarifvertrag 2007*) sah Lohnerhöhungen mit Wirkung zum 1. Juni 2007 um 3,1 %, zum 1. April 2008 um 1,5 % sowie zum 1. September 2008 um 1,6 % vor. Nach Lohngruppe 4 betrug der Tarifstundenlohn ab dem 1. Juni 2007 14,18 Euro zuzüglich eines Bauzuschlags von 0,83 Euro, mithin 15,01 Euro. 5

Der Kläger hat Vergütungsdifferenzen aus der Nichtweitergabe der zweiten Tariflohnerhöhung für April bis Juli 2008 geltend gemacht und die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihn nach dem jeweils geltenden Lohntarifvertrag zu vergüten. Er hat die Ansicht vertreten, die Beklagte habe eine betriebliche Übung begründet, dass sie die im Baugewerbe jeweils vereinbarten Erhöhungen der Tarifentgelte schulde. 6

Der Kläger hat - sinngemäß - beantragt, 7

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 166,20 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihn nach dem jeweiligen Tarifvertrag zur Regelung der Löhne und Ausbildungsvergütungen im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu entlohnen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie habe zu keiner Zeit zum Ausdruck gebracht, dass sie trotz fehlender Tarifbindung auch die künftige Tariflohnentwicklung übernehmen werde. 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter. 9

## Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Vergütung nach den jeweils gültigen Lohntarifverträgen des Baugewerbes. 10

1. Ein solcher Anspruch besteht nicht aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG), denn die Beklagte ist weder Mitglied des Zentralverbands des Deutschen Baugewerbes e. V. noch des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie e. V. Der Lohntarifvertrag 2007 wurde zudem nicht für allgemeinverbindlich erklärt (§ 5 Abs. 4 TVG) oder kraft Rechtsverordnung (§ 1 Abs. 3a AEntG 2007 bzw. § 7 Abs. 1 AEntG 2009) erstreckt. 11

2. Die Parteien haben eine Anwendung des Lohntarifvertrags 2007 und zukünftiger Lohntarifverträge des Baugewerbes weder vertraglich ausdrücklich vereinbart, noch ist eine betriebliche Übung entstanden, die vertragliche Vergütung jeweils an diesen Lohntarifverträgen auszurichten. 12

a) Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus diesem 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. Im Wege der Auslegung des Verhaltens des Arbeitgebers ist zu ermitteln, ob der Arbeitnehmer davon ausgehen musste, die Leistung werde nur unter bestimmten Voraussetzungen oder nur für eine be- 13

stimmte Zeit gewährt (st. Rspr., vgl. nur BAG 16. Januar 2002 - 5 AZR 715/00 - zu I 1 der Gründe, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 56 = EzA TVG § 4 Tariflohnerhöhung Nr. 37; 13. März 2002 - 5 AZR 755/00 - zu II 1 der Gründe, EzA ZPO § 259 Nr. 1; 3. November 2004 - 5 AZR 73/04 - zu III 1 a der Gründe). Entstehung und Inhalt einer betrieblichen Übung unterliegen der unbeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht (vgl. BAG 28. Juni 2006 - 10 AZR 385/05 - Rn. 39, BAGE 118, 360).

b) Bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber - wie der Beklagten - wird eine betriebliche Übung der Erhöhung der Löhne und Gehälter entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet nur entstehen, wenn es deutliche Anhaltspunkte im Verhalten des Arbeitgebers dafür gibt, dass er auf Dauer die von den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Tariflohnerhöhungen übernehmen will (BAG 23. März 2011 - 4 AZR 268/09 -). 14

aa) Ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber will sich grundsätzlich nicht für die Zukunft der Regelungsmacht der Verbände unterwerfen. Dies ist gerade Sinn des nicht erfolgten Beitritts zu einem Arbeitgeberverband. Die fehlende Tarifbindung verdeutlicht den Willen des Arbeitgebers, die Erhöhung der Löhne und Gehälter zukünftig nicht ohne Beitrittsprüfung entsprechend der Tarifentwicklung vorzunehmen. Die nicht vorhersehbare Dynamik der Lohnentwicklung und die hierdurch verursachten Personalkosten sprechen grundsätzlich gegen einen objektiv erkennbaren rechtsgeschäftlichen Willen des Arbeitgebers für eine dauerhafte Entgeltanhebung entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet. Mit den in Anlehnung an Tariflohnerhöhungen erfolgenden freiwilligen Lohnsteigerungen entsteht lediglich ein Anspruch der Arbeitnehmer auf Fortzahlung dieses erhöhten Lohns, nicht aber zugleich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, auch künftige Tariflohnerhöhungen weiterzugeben. Der nicht tarifgebundene Arbeitgeber will seine Entscheidungsfreiheit über die künftige Lohn- und Gehaltsentwicklung behalten. Darin unterscheidet sich dieser Sachverhalt von der betrieblichen Übung bei der Gewährung von Zulagen oder Jahressonderzahlungen. Hierbei entstehen zwar auch weitere Kosten. Diese sind aber statisch und damit vorhersehbar und nicht unüberschaubar 15

dynamisch ausgestaltet (vgl. BAG 16. Januar 2002 - 5 AZR 715/00 - zu I 2 der Gründe, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 56 = EzA TVG § 4 Tariflohnerhöhung Nr. 37; 13. März 2002 - 5 AZR 755/00 - zu II 2 der Gründe, EzA ZPO § 259 Nr. 1; 3. November 2004 - 5 AZR 73/04 - zu III 1 b der Gründe; 9. Februar 2005 - 5 AZR 284/04 - zu III 3 b der Gründe).

- bb) Es kommt hinzu, dass der tarifgebundene Arbeitgeber durch Austritt aus dem tarifschließenden Verband die Anwendbarkeit künftiger Tariflohnerhöhungen vermeiden kann (§ 3 Abs. 3 TVG). Eine betriebliche Übung wird bei Tarifbindung des Arbeitgebers allein aufgrund regelmäßiger Erhöhungen nicht entstehen können. Denn es ist anzunehmen, der Arbeitgeber wolle nur den gesetzlichen Verpflichtungen des Tarifvertragsgesetzes Rechnung tragen und seine Arbeitnehmer gleich behandeln. Der nicht tarifgebundene Arbeitgeber, der sich (zeitweise) wie ein tarifgebundener Arbeitgeber verhält, darf deswegen nicht schlechter stehen als dieser, nämlich auf Dauer ohne Austrittsmöglichkeit (vertraglich) gebunden sein. Das muss der Arbeitnehmer erkennen, falls die Frage der Tarifbindung seines Arbeitgebers überhaupt eine Rolle für ihn spielt. Deshalb darf er in keinem Falle von einer dauerhaften Bindung des Arbeitgebers ausgehen (vgl. BAG 3. November 2004 - 5 AZR 622/03 - zu II 5 der Gründe, AP BGB § 611 Lohnanspruch Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 4; 9. Februar 2005 - 5 AZR 284/04 - zu III 3 b der Gründe). 16
- c) Die danach erforderlichen deutlichen Anhaltspunkte für eine dauerhafte Unterwerfung der Beklagten unter die Regelungsmacht der Parteien der Lohn- tarifverträge fehlen, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend festgestellt hat. 17
- aa) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht den Lohnabrechnungen keine Bedeutung beigemessen. 18
- (1) Es ist unerheblich, dass die Beklagte den Stundenlohn in den Lohnabrechnungen als „Tariflohn“ ausgewiesen hat. Lohnabrechnungen geben nur die Höhe der aktuellen Vergütung wieder. Sie dokumentieren lediglich den konkret abgerechneten Lohn, bestimmen aber nicht den Anspruch. Ein weitergehender Erklärungswert über zukünftige Ansprüche kommt ihnen allein aufgrund der 19

Angabe „Tariflohn“ nicht zu (vgl. BAG 3. November 2004 - 5 AZR 622/03 - zu II 2 der Gründe, AP BGB § 611 Lohnanspruch Nr. 28 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 4; 9. Februar 2005 - 5 AZR 284/04 - zu III 3 c cc der Gründe).

(2) Die von der Beklagten vorgenommene Unterscheidung zwischen einem „Tariflohn“ und einer „freiwilligen Zulage“ (iHv. 0,00 Euro) spricht ebenfalls nicht für eine betriebliche Übung der Lohnerhöhung gemäß der Tarifentwicklung im Baugewerbe. Diese Unterscheidung macht zwar wegen der fehlenden Tarifbindung der Beklagten wenig Sinn. Sie stellt jedoch kein hinreichendes Indiz für einen entsprechenden objektiv erkennbaren rechtsgeschäftlichen Willen der Beklagten dar, die Vergütung stets am Tariflohn auszurichten (vgl. BAG 16. Januar 2002 - 5 AZR 715/00 - zu I 4 b der Gründe, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 56 = EzA TVG § 4 Tariflohnerhöhung Nr. 37). 20

bb) Es kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass die Beklagte in der Vergangenheit regelmäßig Lohnerhöhungen entsprechend der Tarifentwicklung vorgenommen hat. Die einzelnen Lohnerhöhungen bezogen sich im Zweifel jedoch nur auf den konkreten Fall und waren nicht geeignet, ein Vertrauen darauf zu begründen, die Beklagte würde „für alle Zeiten“ weiter so verfahren. Der Kläger konnte ohne besonderen Hinweis lediglich davon ausgehen, die Beklagte habe sich nach Prüfung aller Umstände lediglich anlässlich der konkreten Lohnerhöhung für eine Übernahme der Tariflohnerhöhungen entschieden. 21

cc) Damit hätte es neben den regelmäßigen Erhöhungen zusätzlicher Anhaltspunkte bedurft, um eine betriebliche Übung annehmen zu können. Das Landesarbeitsgericht hat derartige Umstände im Zusammenhang mit Lohnveränderungen vor 2006 nicht festgestellt. Das vom Kläger angeführte Verhalten der Beklagten nach Ende der Tarifrunde 2005 ergibt ebenfalls keine deutlichen Anhaltspunkte für eine betriebliche Übung auf zukünftige Lohnerhöhungen entsprechend der Tariflohnentwicklung. 22

(1) Mit § 3 Nr. 1.1 des allgemeinverbindlichen BRTV-Bau wurde der Beklagten zum 1. Januar 2006 tariflich eine Arbeitszeiterhöhung von 39 auf 40 Wochenstunden vorgegeben. Wenn sie sich in dieser speziellen Situation „zur Abfederung“ an dem damals aktuellen Lohntarifvertrag 2005 orientierte, kann dem kein weitergehender Erklärungswert beigemessen werden als vorherigen Tariflohnerhöhungen. Die Beklagte hat lediglich - nach Prüfung „auch diesmal wieder“ - eine Entscheidung für den Einzelfall getroffen. Es kommt hinzu, dass es sich um eine für die Beklagte günstige Entwicklung des Lohntarifvertrags handelte. Eine Lohnsenkung entsprechend tariflichen Regelungen besagt gerade nichts über einen Willen zu dauerhaften automatischen Lohnenerhöhungen, ungeachtet der Frage, ob die einseitige Lohnsenkung in dieser Form gegenüber dem Kläger rechtlich wirksam durchgeführt werden konnte.

23

(2) Die Beklagte hat auch nicht dadurch deutliche Anhaltspunkte für einen Willen zur dauerhaften automatischen Weitergabe von Tariflohnerhöhungen gesetzt, dass sie in ihrem Aushang sogleich nach der Lohnsenkung zum 1. Januar 2006 um 2,5 % eine Lohnerhöhung zum 1. April 2006 um 1,0 % avisierte. Zum einen handelte es sich um eine prozentual bereits feststehende Lohnerhöhung nach nur drei Monaten. Zum anderen und vor allem ging es nur um eine teilweise Wiedererhöhung nach vorheriger Lohnsenkung im Rahmen eines Gesamtpakets. Sie glied lediglich die kurz zuvor erfolgte Lohnkürzung teilweise wieder aus. Auch die Formulierung des Aushangs „Tarifänderungen ab 2006“ ergibt keine Hinweise darauf, dass die Beklagte von einer bereits zuvor begründeten betrieblichen Übung iS einer dynamischen Verweisung auf den jeweils geltenden Lohntarifvertrag (vgl. BAG 20. Juni 2001 - 4 AZR 290/00 - zu A II 4 c bb der Gründe, EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 45) ausging. Die Beklagte hat weder erklärt, dass die Absenkung des Tarifstundenlohns für sie in Wahrheit nicht „verbindlich“ sei, noch dass sie sich aufgrund einer bereits erfolgten dynamischen Bezugnahme auf den Lohntarifvertrag ohne weiteres für berechtigt hielt, den Stundenlohn abzusenken.

24



d) Eine allgemeine Bezugnahme auf tarifvertragliche Regelungen durch betriebliche Übung (vgl. BAG 17. April 2002 - 5 AZR 89/01 - zu I 1 der Gründe, BAGE 101, 75) besteht nicht. Selbst wenn die Beklagte gemäß dem pauschalen Klägervortrag stets „in sämtlichen Bereichen eine Bindung an die“ Tariflage gewünscht haben sollte, bedeutete dies zunächst nur, dass sie die jeweils aktuellen und ihr bereits bekannten Tarifregelungen in ihrem Unternehmen anwenden wollte. Ohne weitere Anhaltspunkte, die der Kläger nicht benannt hat, besagte eine solche Verfahrensweise wiederum nichts darüber, dass sie auch künftige, ihr noch unbekannt und daher in ihrer Tragweite nicht absehbare Tarifentwicklungen auf Dauer übernehmen wollte. Auch das vom Kläger gegen die Beklagte erstrittene Urteil des Zehnten Senats vom 18. März 2009 (- 10 AZR 281/08 - BAGE 130, 21) bestätigt keine entsprechende betriebliche Übung. Der Zehnte Senat hat nicht erkannt, dass dem Kläger ein „Weihnachtsgeld“ - geschweige denn ein Stundenlohn - stets in der jeweiligen tariflichen Höhe zustehe. Der Aushang der Beklagten zur Winterbeschäftigungs-Umlage hat ebenfalls keine Bedeutung. Er verhielt sich ausschließlich zu normativ wirkenden gesetzlichen und bundesrahmentarifvertraglichen Vorgaben und ließ keine Rückschlüsse auf einen Willen der Beklagten zur Weitergabe künftiger Tarifrechtsänderungen zu.

25

Die Parteien haben nicht aufgrund betrieblicher Übung eine Gleichstellungsabrede getroffen. Es kann dahinstehen, ob an der Entscheidung des Ersten Senats vom 19. Januar 1999 (- 1 AZR 606/98 - AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 9 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 10) nach der neueren Rechtsprechung des Vierten Senats zu Gleichstellungsabreden (BAG 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - Rn. 25 ff., BAGE 122, 74; 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 - AP BGB § 613a Nr. 391 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 51) noch festzuhalten ist, denn die Beklagte ist nicht kraft Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband an Entgelttarifverträge gebunden, so dass die vom Ersten Senat zugrunde gelegten Voraussetzungen einer Gleichstellungsabrede kraft betrieblicher Übung weder vor noch nach dem 1. Januar 2002 vorlagen.

26

3. Die Beklagte hat sich durch die Weitergabe der ersten Lohnerhöhung zum 1. Juni 2007 um 3,1 % gemäß § 2 Abs. 2 Lohntarifvertrag 2007 nicht dazu verpflichtet, wenigstens die beiden weiteren in dieser Tarifnorm vorgesehenen Lohnsteigerungen an den Kläger weiterzugeben. Auch insoweit hat die Beklagte erneut nur eine freiwillige Lohnerhöhung in Anlehnung an eine Tariflohnerhöhung vorgenommen und nicht etwa eine Tarifregelung insgesamt in Bezug genommen. Sie hat auch keinen Aushang zu „mehrschrittigen“ Tarifänderungen verfasst. 27

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 28

Müller-Glöge

Laux

Biebl

W. Hinrichs

Dombrowsky