

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Definition
3. Bindungswille des Arbeitgebers?
4. Regelmäßige Wiederholung
5. Darlegungs- und Beweislast
6. Benachteiligungsverbote nach dem AGG
7. Rechtsprechungs-ABC
  - 7.1 Andere Anspruchsgrundlage
  - 7.2 Begriff
  - 7.3 Bindende Wirkung
  - 7.4 Bloßer Normvollzug
  - 7.5 Darlegungslast
  - 7.6 Entstehen des Anspruchs - 1
  - 7.7 Entstehen des Anspruchs - 2
  - 7.8 Gerichtliche Durchsetzung
  - 7.9 Gesamtzusage - 1
  - 7.10 Gesamtzusage - 2
  - 7.11 Gesamtzusage - 3
  - 7.12 Irrtum
  - 7.13 Ruheständler
  - 7.14 Schriftformklausel
  - 7.15 Schlüssiges Verhalten
  - 7.16 Überprüfungsmaßstab
  - 7.17 Übertarifliche Leistungen
  - 7.18 Voraussetzungen
  - 7.19 Vorbehaltlose Zahlung
  - 7.20 Weitergabe von Entgelterhöhungen

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitsvertrag ist die Grundlage des Arbeitsverhältnisses. Die Punkte, die er nicht regelt, werden von Gesetz und Kollektivnormen ausgefüllt. Das anzuwendende Recht ist in der Regel - Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Gesetz und Tarifvertrag - schriftlich präsent. Es gibt aber auch Fälle, in denen etwas **einfach nur so gemacht** wird. Dann kann im Lauf der Zeit eine betriebliche Übung entstehen, die Rechte und Pflichten begründet.

Der Begriff betriebliche Übung (manchmal auch als Betriebsübung oder Gewohnheitsrecht bezeichnet) ist gesetzlich nicht definiert. Lediglich § 1b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG bestätigt, dass die Grundlage für Ansprüche auf eine **betriebliche Altersversorgung** auch eine betriebliche Übung sein kann. Die rechtlichen Anforderungen, die an das Entstehen einer betrieblichen Übung gestellt werden, wurden durch die Rechtsprechung festgelegt.

Die betriebliche Übung kann durch eine **gegenläufige Betriebsübung** wieder neutralisiert werden (

Betriebliche Übung - Gegenläufigkeit ), die aber nach der neueren BAG-Rechtsprechung allein nicht mehr ausreicht ( BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 281/08 ). Ansonsten ist eine **Änderung** über individualrechtliche Maßnahmen

- Änderungsvereinbarung
- Widerruf
- Änderungskündigung

und/oder eine kollektivrechtliche Regelung möglich ( Betriebliche Übung - Änderung ). Der **Betriebsrat** hat nicht in jedem Fall bei der Entstehung oder Änderung einer betrieblichen Übung mitzubestimmen ( Betriebliche Übung - Mitbestimmung ). Der Arbeitgeber hat es in der Hand, Ansprüche aus Betriebsübung durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt einzuschränken und zu verhindern. ( Betriebliche Übung - Freiwilligkeitsvorbehalt ). Die Bejahung einer betrieblichen Übung ist eine Einzelfallentscheidung.

## 2. Definition

Das **BAG** definiert betriebliche Übung als

- regelmäßige Wiederholung
- bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers,
- aus denen die Arbeitnehmer schließen können,
- ihnen soll auf Dauer
- eine Leistung oder Vergünstigung zukommen (z.B. BAG, 19.05.2005 - 3 AZR 660/03 ; BAG, 09.02.2005 - 5 AZR 284/04 ; BAG, 28.07.2004 - 10 AZR 19/04 ; BAG, 25.06.2002 - 3 AZR 360/01 ).

Eine betriebliche Übung kann nicht entstehen, wenn der Arbeitgeber seine Leistungen erkennbar auf einer bestimmten Rechtsgrundlage erbringt ( BAG, 09.02.2005 - 5 AZR 164/04 ). Auch wenn sich der Arbeitgeber für verpflichtet hält, einer seiner Ansicht nach ohnehin bestehenden Verpflichtung nachzukommen, scheidet eine betriebliche Übung aus ( BAG, 25.02.2004 - 5 AZR 179/03 ). Das gleiche gilt, wenn die Leistungsgewährung aufgrund einer ausdrücklich vereinbarten kollektivrechtlichen oder individualrechtlichen Anspruchsgrundlage beruht ( BAG, 10.12.2002 - 3 AZR 671/01 ). Eine betriebliche Übung bezieht sich also immer auf **zusätzliche Ansprüche**, die nicht bereits woanders geregelt sind. Eine Betriebsübung kann begünstigend sein, sie kann aber auch nachteilige Folgen für den Mitarbeiter haben.

Eine **Gesamtzusage** beruht im Unterschied zu einer betrieblichen Übung auf einer ausdrücklichen Erklärung des Arbeitgebers

- an alle Mitarbeiter oder
- an einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen,

eine zusätzliche Leistung erbringen zu wollen ( BAG, 18.03.2003 - 3 AZR 101/02 ).

## 3. Bindungswille des Arbeitgebers?

Es kommt bei der betrieblichen Übung nicht darauf an, ob der Arbeitgeber mit Verpflichtungswillen handelt. Es genügt, wenn aus seinem Verhalten **konkludent** auf eine Willenserklärung geschlossen werden kann. Diese Willenserklärung wird dann von den Arbeitnehmern nach § 151 BGB angenommen (s. dazu BAG, 19.09.2018 - 5 AZR 439/17 ).

Die **Wirkung einer Willenserklärung** oder eines bestimmten Verhaltens tritt im Rechtsverkehr schon dann ein,

- wenn der Erklärende
- aus der Sicht des Erklärungsempfängers
- einen auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichteten Willen geäußert hat.

Insoweit hat eine **Prüfung** zu erfolgen, inwieweit

- die Arbeitnehmer
- aus dem Verhalten des Arbeitgebers
- unter Berücksichtigung von Treu und Glauben,
- der Verkehrssitte und
- den Begleitumständen

auf einen Bindungswillen schließen durften ( BAG, 30.01.2002 - 10 AZR 359/01 ). Auf die subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers kommt es nicht an. Es reicht aus, wenn der Arbeitnehmer aus dem **Verhalten des Arbeitgebers** einen Verpflichtungswillen entnehmen kann ( BAG, 29.04.2003 - 3 AZR 247/02 ). Die Auslegung des Verhaltens muss ergeben, ob der Arbeitnehmer von einer regelmäßigen Wiederholung oder davon ausgehen musste, die Leistung werde nur unter bestimmten Voraussetzungen oder nur für eine bestimmte Zeit gewährt ( BAG, 09.02.2005 - 5 AZR 284/04 ; s. dazu auch BAG, 19.09.2018 - 5 AZR 439/17 ).

### **Praxistipp:**

Bei einem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber ist das Bestehen einer betrieblichen Übung besonders genau zu prüfen. Er ist haushaltsrechtlich gebunden, alle Arbeitsbedingungen sind normiert. Das BAG unterstellt daher, dass der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber regelmäßig nur Normen vollziehen und keine zusätzlichen Leistungen erbringen will ( BAG, 09.02.2005 - 5 AZR 164/04 ). Im Einzelfall sollte man sich bei der Prüfung vergewissern, ob tatsächlich eine haushaltsrechtliche Bindung besteht.

Der Bindungswille kann durch einen **Vorbehalt** ausgeschlossen werden (s. dazu das Stichwort Betriebliche Übung - Freiwilligkeitsvorbehalt ).

Das Entstehen einer betrieblichen Übung beruht auf einem schuldrechtlichen **Verpflichtungstatbestand**: ein ausdrückliches oder konkludentes Angebot, dass der Arbeitnehmer konkludent oder ausdrücklich annimmt (Vertragstheorie, BAG, 09.02.2005 - 5 AZR 284/04 ).

### **Wichtig!**

Die Arbeitnehmer haben keinen Anspruch *auf* eine betriebliche Übung, sondern Anspruch aus einer betrieblichen Übung.

Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer schriftlich im Arbeitsvertrag, dass Ergänzungen des Arbeitsvertrags der **Schriftform** bedürfen und eine mündliche Änderung der Schriftformklausel nichtig ist, schließt dieses doppelte Schriftformerfordernis den Anspruch auf eine üblich gewordene Leistung aus ( BAG, 24.06.2003 - 9 AZR 302/02 ; zu den Auswirkungen eines tarifvertraglichen Schriftformerfordernisses s. BAG, 18.09.2002 - 1 AZR 477/01 ; BAG, 16.07.1996 - 3 AZR 351/95 ; zur einfachen Schriftformklausel s. BAG, 28.10.1987 - 5 AZR 518/85 ).

## **4. Regelmäßige Wiederholung**

Es gibt keine allgemein verbindliche Regel, ab welcher **Anzahl von Leistungen** Arbeitnehmer auf die Fortgewährung dieser Leistung schließen dürfen ( BAG, 28.07.2004 - 10 AZR 19/04 ). Das BAG hält eine 3-malige Zahlung für ausreichend, wenn es um jährlich an die Mitarbeiter zu zahlende Gratifikationen geht ( BAG, 28.02.1996 - 10 AZR 516/95 ).

Bei anderen Leistungen entscheiden

- Art,
- Dauer und
- Intensität

der Leistung ( BAG, 28.07.2004 - 10 AZR 19/04 ). Zu berücksichtigen sind beispielsweise

- Häufigkeit der erbrachten Leistung,

- Zahl der Anwendungsfälle im Verhältnis zur Mitarbeiterzahl,
- Relation von Anzahl und Dauer der Leistungen,
- Art und Inhalt der Leistung ( BAG, 28.07.2004 - 10 AZR 19/04 - mit dem Ergebnis, dass eine betriebliche Übung für die Zahlung einer Jubiläumsgewährung an sechs "Mitarbeiter der ersten Stunde" im Jahr 2002 bei einer Belegschaftsstärke von 230 Leuten verneint wurde).

Eine betriebliche Übung gilt auch für **neu eingestellte Mitarbeiter**. Kennt der neue Mitarbeiter die Übung bereits bei Einstellung, wird sie sofort Vertragsinhalt. Ansonsten findet sie über das Gleichbehandlungsgebot Anwendung oder wird in dem Zeitpunkt Vertragsinhalt, in dem der Mitarbeiter die Leistung zum ersten Mal bekommt. Sollen neue Mitarbeiter von der betrieblichen Übung ausgeschlossen werden, muss der Arbeitgeber das deutlich machen ( BAG, 05.02.1971 - 3 AZR 28/70 ). Die Einbeziehung einer positiven - begünstigenden - Betriebsübung ist in der Regel kaum problematisch. Das sieht bei negativen - einschränkenden - betrieblichen Übungen anders aus. Hier wird man die Wirkung davon abhängig machen, dass der Mitarbeiter sein Arbeitsverhältnis nach Kenntnis der für ihn nachteiligen Betriebsübung widerspruchslos fortsetzt.

## 5. Darlegungs- und Beweislast

Will ein Arbeitnehmer Ansprüche aus einer betrieblichen Übung herleiten, muss er dafür **die anspruchsbegründenden Tatsachen** vortragen. Er hat darzulegen,

- dass es im Betrieb seines Arbeitgebers eine betriebliche Übung gibt,
- er zum Kreis der anspruchsberechtigten Mitarbeiter gehört
- und ihm nach der betrieblichen Übung die geltend gemachte Forderung dem Grunde und der Höhe nach in dieser Art und Weise zusteht.

Auch hier gilt eine **abgestufte Darlegungs- und Beweislast**. Das heißt, der Arbeitnehmer muss die oben gelisteten Punkte zunächst nur schlüssig vortragen. Danach ist es Sache des Arbeitgebers, die Tatsachen vorzutragen und unter Beweis zu stellen, die den geltend gemachten Anspruch ausschließen. Dazu gehören auch Vorbehalte, Freiwilligkeit, Widerruf und Ende der betrieblichen Übung.

Gelingt der Nachweis der anspruchsbegründenden Tatsachen, gewinnt der Arbeitnehmer seinen **Prozess**. Gelingt es dem Arbeitgeber, die Anspruchsbegründenden Tatsachen zu entkräften, verliert er ihn. Die Beantwortung der Frage, ob die vom Landesarbeitsgericht festgestellten **Tatsachen** die Annahme einer betrieblichen Übung rechtfertigen, ist vom Bundesarbeitsgericht anlässlich des Revisionsverfahrens **uneingeschränkt zu überprüfen** ( BAG, 11.07.2018 - 4 AZR 443/17 - mit Hinweis auf BAG, 24.02.2016 - 4 AZR 990/13 - u. BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 ).

## 6. Benachteiligungsverbote nach dem AGG

§ 1 AGG verbietet eine **Ungleichbehandlung** von Menschen wegen

- ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft,
- ihres Geschlechts,
- ihrer Religion oder Weltanschauung,
- ihrer Behinderung,
- ihres Alters oder
- ihrer sexuellen Identität.

Das **Benachteiligungsverbot** des § 1 AGG gilt nach § 2 Abs. 1 AGG auch für **Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen**. Die §§ 6 ff. AGG sehen sogar besondere Bestimmungen für die **diskriminierungsfreie Behandlung** von Beschäftigten vor. Neben der allgemeinen Regelung in § 5 AGG zeigen die §§ 8 , 9 und 10 AGG , dass eine **Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen** durchaus gerechtfertigt sein kann.

Auch eine betriebliche Übung kann gegen AGG -Bestimmungen verstoßen.

**Beispiel:**

Arbeitgeber A zahlt allen katholischen und evangelischen Arbeitnehmern zu Weihnachten ein Weihnachtsgeld von 1.000 EUR. A belohnt damit die Betriebstreue und will Mitarbeitern, die christlichen Glaubens sind, zum Weihnachtsfest damit eine Freude machen. Arbeitnehmer, die keiner christlichen Religionsgemeinschaft angehören, bekommen von A kein "Weihnachtsgeld". A verstößt damit gegen das Diskriminierungsverbot aus § 1 AGG . Er benachteiligt Arbeitnehmer wegen ihrer Religion oder Weltanschauung.

Soweit ein Arbeitnehmer benachteiligt wird, weil er einer bestimmten Religion angehört oder eine bestimmten Weltanschauung zugetan ist, ist die **Prüfung der Rechtmäßigkeit** dieser Maßnahme immer auch nach den AGG -Vorgaben vorzunehmen.

## 7. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der wichtigsten **Entscheidungen** zum Thema Betriebliche Übung - Allgemeines **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### 7.1 Andere Anspruchsgrundlage

Betriebliche Übung ist - kurz gesagt - die regelmäßige Wiederholung eines bestimmten Arbeitgeberverhaltens, aus dem seine Mitarbeiter den **Schluss ziehen** dürfen, ihnen soll auf Dauer eine bestimmte Leistung oder Vergünstigung zukommen. Leistet der Arbeitgeber für seine Mitarbeiter erkennbar aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage (hier: **Arbeitsvertrag**), scheidet die Annahme einer betrieblichen Übung aus. In diesem Fall können die Arbeitnehmer nicht davon ausgehen, dass ihnen "eine **Leistung auf Dauer** unabhängig von dieser" Rechtsgrundlage gewährt werden soll (BAG, 23.08.2017 - 10 AZR 136/17 ; bestätigt durch BAG, 11.07.2018 - 4 AZR 443/17 ).

### 7.2 Begriff

"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 einem 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 das Entstehen eines Anspruchs ist, wie die Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände ( §§ 133 , 157 BGB ) verstehen mussten und ob sie auf einen **Bindungswillen des Arbeitgebers** schließen durften. Ob dieser tatsächlich mit einem entsprechenden Verpflichtungswillen gehandelt hat, ist unerheblich" ( BAG, 19.09.2018 - 5 AZR 439/17 - mit Hinweis auf BAG, 11.07.2018 - 4 AZR 443/17 ; BAG, 23.08.2017 - 10 AZR 136/17 ; bestätigt durch BAG, 13.11.2018 - 3 AZR 103/17 ; BAG, 27.02.2019 - 5 AZR 354/18 - und BAG, 19.03.2019 - 9 AZR 881/16 ).

### 7.3 Bindende Wirkung

Auch wenn ein Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber gewährte **Vergünstigung** während der Zeit, in der er unter Geltung der Übung gearbeitet hat, noch nicht selbst erhalten hat, weil er die nach der betrieblichen Übung vorausgesetzten Bedingungen noch nicht erfüllte, tritt die bindende Wirkung der betrieblichen Übung ein. *"Eine Mitteilung über die an andere Arbeitnehmer erfolgten Zahlungen oder gewährten Vergünstigungen gegenüber den übrigen Arbeitnehmern ist ebenso wenig erforderlich wie eine allgemeine Veröffentlichung im Betrieb."* Es gilt der **Erfahrungssatz**, dass solche Vergünstigungen **allgemein bekannt** werden. Insoweit kann ein Arbeitnehmer gleich mit Beginn seines Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber von einer betrieblichen Übung erfasst werden ( BAG, 15.05.2012 - 3 AZR 610/11 ).

### 7.4 Bloßer Normvollzug

Behauptet der Arbeitnehmer, der Arbeitgeber schulde ihm eine **tarifvertragliche Entgeltsteigerung** auf Grundlage einer von ihm herangezogenen **Tarifbestimmung**, kann er sich für seinen - vermeintlichen - Anspruch nicht auf eine betriebliche Übung berufen. Stellt sich eine *"eventuelle betriebliche Praxis, die bei anderen Konzernunternehmen zurückgelegten Vordienstzeiten auf die Steigerungsintervalle anzurechnen,*

aus seiner Sicht als **Erfüllung eines tariflichen Anspruchs** dar", ist das ein bloßer Normvollzug. In diesem Fall wird eine "Leistungsgewährung [gerade] nicht als stillschweigendes Angebot zur Begründung einer betrieblichen Übung mit dem Inhalt einer übertariflichen Verpflichtung wahrgenommen" ( BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 147/12 ).

## 7.5 Darlegungslast

Erst dann, wenn keine **andere individual- oder kollektivrechtliche Anspruchsgrundlage** in Frage kommt, kann der Anspruch auf eine Vergünstigung aus einer betrieblicher Übung gefolgert werden. Ist der Arbeitgeber bereits durch eine andere Rechtsgrundlage zu einer Vergünstigung verpflichtet, entsteht **keine betriebliche Übung**. Auch wenn der Arbeitgeber **irrtümlich** meint, er sei zu einer Leistung verpflichtet, entsteht daraus keine betriebliche Übung. Gleiches gilt in Fällen, in denen der Arbeitgeber aufgrund einer anderen - und sei es auch tatsächlich nicht bestehenden - Rechtspflicht meint, leisten zu müssen. "*Die Darlegungslast dafür, dass der Arbeitgeber aus Sicht des Empfängers Leistungen oder Vergünstigungen gewähren wollte, zu denen er nicht aus einem anderen Rechtsgrund verpflichtet war oder sich verpflichtet glaubte, trägt der .. [Arbeitnehmer] als Anspruchsteller*" ( BAG, 18.02.2014 - 3 AZR 568/12 ).

## 7.6 Entstehen des Anspruchs - 1

Ob der **Arbeitnehmer bisher schon selbst** in die betriebliche Übung einbezogen wurde, ist für das Entstehen seines Anspruchs unerheblich (s. dazu BAG, 28.05.2008 - 10 AZR 274/07 ). Eine betriebliche Übung ist **an alle Mitarbeiter** eines Betriebs gerichtet - zumindest jedoch an kollektiv abgrenzbare Gruppen von Mitarbeitern. Das Arbeitgeberangebot ist in der Regel so zu verstehen, dass er - wenn es keine besonderen Absprachen gibt - alle Mitarbeiter seines Betriebs **zu den üblichen Bedingungen beschäftigen** will. Das Entstehen einer betrieblichen Übung kann er nur verhindern, wenn bei der Leistungsgewährung oder in unmittelbarem Zusammenhang damit eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er sich für die Zukunft nicht binden will ( BAG, 19.09.2018 - 5 AZR 439/17 - mit Hinweis auf BAG, 18.03.2009 - 10 AZR 289/08 - und die herrschende Literaturmeinung; bestätigt durch BAG, 27.02.2019 - 5 AZR 354/18 ).

## 7.7 Entstehen des Anspruchs - 2

Von den im vorausgehenden Gliederungspunkt dargestellten Grundsätzen ist abzuweichen, wenn der Arbeitgeber die Vergütung seiner Mitarbeiter freiwillig entsprechend der Tarifentwicklung in einem bestimmten Tarifgebiet erhöht, ohne dazu rechtlich infolge Tarifgebundenheit verpflichtet zu sein. Hier muss dann für die Annahme einer betrieblichen Übung - entsprechende Entgelterhöhung auch in der Folgezeit - ein **deutlicher Anhaltspunkt** im Verhalten des Arbeitgebers erkennbar sein: **dauerhafte Entgelterhöhung** ohne tarifvertragliche Verpflichtung (s. dazu BAG, 24.02.2016 - 4 AZR 990/13 ; BAG, 19.10.2011 - 5 AZR 359/10 - und BAG, 23.03.2011 - 4 AZR 268/09 ). Die "**fehlende Tarifgebundenheit** des Arbeitgebers verdeutlicht - für den Arbeitnehmer erkennbar - den Willen des Arbeitgebers, die Erhöhung der Löhne und Gehälter zukünftig nicht ohne Beitrittsprüfung entsprechend der Tarifentwicklung vorzunehmen" ( BAG, 19.09.2018 - 5 AZR 439/17 - mit dem Hinweis, dass der nicht tarifgebundene gegenüber dem tarifgebundenen, der eine dauerhafte Bindung durch seinen Verbandsaustritt verhindern kann, nicht schlechter gestellt werden soll; bestätigt durch BAG, 27.02.2019 - 5 AZR 354/18 ).

## 7.8 Gerichtliche Durchsetzung

Legt die unterlegene Partei Revision ein, wird der **Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfung** durch die in der Revisionsinstanz angefallenen Streitgegenstände bestimmt. Hat das zweitinstanzliche LAG einen **Hauptantrag** (hier: Klage auf Zahlung einer tariflichen Jahressonderzahlung) abgewiesen, fällt dieser Antrag beim Revisionsgericht nicht an, wenn der Beklagte bloß gegen die auf den **Hilfsantrag** (hier: Klage auf Zahlung einer Sonderzahlung aufgrund betrieblicher Übung) gestützte Klagestattgabe Revision einlegt. Der durch Abweisung seines Hauptantrags beschwerte Kläger ist gehalten, selbst ein Rechtsmittel einzulegen - sonst wird die gerichtliche Entscheidung in diesem Umfang rechtskräftig ( BAG, 23.01.2019 - 4 AZR 445/17 - mit Hinweis auf BAG, 20.09.2017 - 6 AZR 474/16 ).

## 7.9 Gesamtzusage - 1

Eine Gesamtzusage, und keine betriebliche Übung, liegt vor, wenn der Arbeitgeber einseitig bekannt gibt, dass er jedem Arbeitnehmer, der von ihm **abstrakt festgelegte Voraussetzungen** erfüllt, eine bestimmte Leistung gewährt. Dabei handelt es sich um eine nicht notwendig an einzelne Arbeitnehmer, sondern **an die Belegschaft als Ganzes** gerichtete Willenserklärung des Arbeitgebers, die durch die Arbeitnehmer gemäß § 151 BGB - Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden - durch die bloße Entgegennahme der Leistung ohne ausdrückliche Erklärung angenommen wird. Die aus einer Gesamtzusage gegenüber den einzelnen Mitarbeitern entstandene Verpflichtung, eine **Ballungsraumzulage** zu zahlen, geht bei einem Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Erwerber über ( BAG, 04.06.2008 - 4 AZR 421/07 - zur Ballungsraumzulage der LVA-Mitarbeiter für den Stadt- und Umlandbereich München).

### 7.10 Gesamtzusage - 2

Ansprüche können nicht nur aus betrieblicher Übung, sondern auch aus einer Gesamtzusage entstehen, zB. der Anspruch auf **Zahlung eines Zuschusses zum Krankengeld**. So eine Gesamtzusage ist *"die an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen."* Dabei wird eine ausdrückliche Annahme des in dieser Erklärung untergebrachten Arbeitgeberangebots i.S.d. § 145 BGB weder vorausgesetzt noch ist eine ausdrückliche Annahme notwendig. "Das in der Zusage liegende Angebot wird gemäß § 151 BGB angenommen und ergänzender Inhalt des Arbeitsvertrags." Da **keine ausdrückliche Annahme** erforderlich ist, wird eine Gesamtzusage bereits dann wirksam, wenn der Arbeitgeber sie gegenüber seinen Mitarbeitern in irgendeiner Form kundtut und der einzelne Arbeitnehmer so in die Lage versetzt wird, von ihr Kenntnis zu nehmen. Dabei kommt es auch nicht auf eine konkrete Kenntnis an, die Gesamtzusage ist auch nicht auf die im Zeitpunkt ihrer erstmaligen Erklärung beschäftigten Mitarbeiter beschränkt. Von der Gesamtzusage erfasste Arbeitnehmer *"erwerben einen einzelvertraglichen Anspruch auf die zugesagten Leistungen, wenn sie die betreffenden Anspruchsvoraussetzungen erfüllen* [es folgt ein Hinweis auf BAG, 13.11.2013 - 10 AZR 848/12] . Von der seitens der Arbeitnehmer angenommenen vorbehaltlosen Zusage kann sich der Arbeitgeber individualrechtlich nur durch Änderungsvertrag oder wirksame Änderungskündigung lösen" ( BAG, 20.08.2014 - 10 AZR 453/13 ).

### 7.11 Gesamtzusage - 3

Die Gesamtzusage eines Arbeitgebers (hier: Treueprämie) ist eine an alle Arbeitnehmer seines Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil seiner Arbeitnehmer "in allgemeiner Form gerichtete ausdrückliche **Willenserklärung** ..., bestimmte Leistungen erbringen zu wollen." Dabei wird nicht erwartet, dass die Arbeitnehmer den in der Gesamtzusage enthaltenen Antrag i.S.d. § 145 BGB ausdrücklich annehmen. So eine **ausdrückliche Annahme** ist auch **nicht nötig**. "Das in der Zusage liegende Angebot wird gemäß § 151 Satz 1 BGB angenommen und ergänzender Inhalt des Arbeitsvertrags. Die Arbeitnehmer erwerben einen einzelvertraglichen Anspruch auf die zugesagten Leistungen, wenn sie die betreffenden Anspruchsvoraussetzungen erfüllen" (s. dazu BAG, 08.12.2010 - 5 AZR 697/09 und BAG, 19.08.2015 - 5 AZR 450/14 ). Es reicht für das Wirksamwerden der Gesamtzusage schon aus, dass der Arbeitgeber sie gegenüber seinen Mitarbeitern in einer Form äußert, "die den einzelnen Arbeitnehmer typischerweise in die Lage versetzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Auf dessen konkrete Kenntnis kommt es nicht an" ( BAG, 22.03.2017 - 5 AZR 424/16 - mit Hinweis auf BAG, 20.08.2014 - 10 AZR 453/13 ).

### 7.12 Irrtum

Für das Entstehen einer betrieblichen Übung kommt es für sich genommen nicht darauf an, ob und - wenn ja - welche **Entscheidungsträger des Arbeitgebers** wirklich einem Irrtum (hier: der - möglicherweise - subjektiven **Fehlvorstellung**, Zeitzuschläge seien in die Berechnungsgrundlagen für Sonderzahlungen einzubeziehen) unterlegen sind. Das Vorhandensein solcher Fehlvorstellungen allein ist unbedeutend - es kommt darauf an, *"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"*. Lässt sich das nicht bejahen, dürfen die Arbeitnehmer zu Recht annehmen, ihr Arbeitgeber wolle auf Dauer übertarifliche Zahlungen leisten ( BAG, 29.08.2012 - 10 AZR 571/11 ; bestätigt durch BAG, 11.07.2018 - 4 AZR 443/17 ).

### 7.13 Ruheständler

Eine betriebliche Übung kann nicht nur im **Verhältnis Arbeitgeber/aktive Mitarbeiter** entstehen. Erfahrungsgemäß finden **auch bei den Betriebsrentnern** noch ein Kontakt und ein Austausch über den Betrieb und ihre Betriebsrenten statt. Auch ihnen werden Leistungen des Arbeitgebers bekannt, die zu einem annahmefähigen Angebot werden können. Insoweit kann eine betriebliche Übung auch durch **Versorgungsleistungen an Ruheständler** entstehen und zu ihren Gunsten anspruchsbegründend wirken ( BAG, 23.08.2011 - 3 AZR 650/09 ).

#### 7.14 Schriftformklausel

Verweigert der Arbeitnehmer die **Fortsetzung einer betrieblichen Übung** mit Hinweis auf eine Schriftformklausel im Formulararbeitsvertrag ("*Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrags sowie der Verzicht auf das Schriftformerfordernis bedürfen der Schriftform*"), ist diese Schriftformklausel **unwirksam**. Sie ist zu weit gefasst und verstößt gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB . Sie erweckt beim Arbeitnehmer entgegen der Schutzvorschrift des § 305b BGB - Vorrang der Individualabrede - den Eindruck, auch eine **mündliche individuelle Vertragsabrede** sei wegen Nichteinhaltung der Schriftform nach § 125 Satz 2 BGB unwirksam ( BAG, 20.05.2008 - 9 AZR 382/07 ).

#### 7.15 Schlüssiges Verhalten

Zahlt der Arbeitgeber zum vereinbarten Monatsgehalt eine **einmalige Sonderzahlung**, muss zunächst via §§ 133 , 157 BGB durch Auslegung herausgefunden werden, ob sich der Arbeitgeber „nur zu der konkreten Leistung oder darüber hinaus **auch für die Zukunft** verpflichtet hat“ (s. dazu BAG, 14.09.2011 - 10 AZR 526/10 ). Dabei kann sich eine dauerhafte Verpflichtung vor allem aus Verhalten mit Erklärungswert – beispielsweise eine betriebliche Übung – ergeben. Aber selbst wenn keine betriebliche Übung bejaht werden kann, weil der Arbeitgeber die Sonderzahlung nur einem einzigen Arbeitnehmer (hier: seinem Bauleiter) gewährt und deswegen kein für die Annahme einer betrieblichen Übung erforderliches **kollektives Element** da ist, kann für den Mitarbeiter durch die Leistungsgewährung ein Anspruch entstanden sein. "Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer aus einem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers auf ein Angebot schließen konnte, das er gemäß § 151 BGB durch schlüssiges Verhalten angenommen hat" (BAG, 13.05.2015 – 10 AZR 266/14) .

#### 7.16 Überprüfungsmaßstab

Die Beurteilung der **Frage**, ob aus den vom Landesarbeitsgericht **festgestellten Tatsachen** tatsächlich eine betriebliche Übung entstanden ist, unterliegt der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung ( BAG, 28.06.2006 - 10 AZR 385/05 , bestätigt durch BAG, 24.03.2010 - 10 AZR 43/09 ).

#### 7.17 Übertarifliche Leistungen

Eine betriebliche Übung kann auch im Hinblick auf übertarifliche Leistungen und übertarifliche **Anteile einer einheitlichen Leistung** entstehen. Aus Sicht des Arbeitnehmers muss dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitgebers dabei allerdings der **Wille** zu Grunde liegen, dass er eine bestimmte übertarifliche Leistung gewähren will. Bei einer jährlichen Leistung kann in der Regel erst nach 3-maliger Zahlung davon ausgegangen werden, dass sie auch zukünftig gewährt werden soll ( BAG, 24.03.2010 - 10 AZR 43/09 ).

#### 7.18 Voraussetzungen

Betriebliche Übung ist die regelmäßige **Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen** des Arbeitgebers, "aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung **auf Dauer eingeräumt** werden" (s. dazu BAG, 24.02.2016 - 4 AZR 990/13 - und BAG, 23.03.2011 - 4 AZR 268/09 ). Aus dem - von den Mitarbeitern in der Regel stillschweigend als Vertragsangebot angenommenen (s. § 151 BGB ) - Arbeitgeberverhalten entstehen **arbeitsvertragliche Ansprüche** auf die üblich gewordenen Leistungen (s. dazu BAG, 24.02.2016 - 4 AZR 990/13 - und BAG, 23.03.2011 - 4 AZR 268/09 ).

Für das **Entstehen des Anspruchs** kommt es darauf an, wie die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers von seinen Mitarbeitern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände ( §§ 133 , 157 BGB ) verstanden werden musste und durfte (s. dazu BAG, 23.03.2011 - 4 AZR 268/09 - und BAG, 17.03.2010 - 5 AZR 317/09 ). Der Arbeitgeber braucht nicht mal mit einem auf das Ergebnis zielenden



Verpflichtungswillen gehandelt zu haben. "Die **Wirkung einer Willenserklärung** im Rechtsverkehr setzt [schon] ein, wenn der Erklärende aus der Sicht des Erklärungsempfängers einen auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichteten **Willen geäußert** hat" ( BAG, 11.07.2018 - 4 AZR 443/17 - mit Hinweis auf BAG, 23.03.2011 - 4 AZR 268/09 - u. BAG, 18.04.2007 - 4 AZR 653/05 ).

### 7.19 Vorbehaltlose Zahlung

Zahlt der Arbeitgeber **mehrmals** vorbehaltlos eine Gratifikation , kann daraus nach der BAG-Rechtsprechung (s. dazu BAG, 13.05.2015 - 10 AZR 266/14 ) auf ein verbindliches Angebot des Arbeitgebers i.S.d. § 145 BGB geschlossen werden, in jedem Kalenderjahr eine Sonderzahlung zu leisten. Diese Rechtsprechung betrifft allerdings nur Fälle, in denen **eine ausdrückliche Vereinbarung** fehlt. Steht im Arbeitsvertrag "Zusätzlich zum Grundgehalt wird - nach Ablauf der Probezeit - als freiwillige Leistung - eine Weihnachtsgratifikation gezahlt ...", ist das kein Fall, auf den sich die oben vorgestellte BAG-Rechtsprechung bezieht. Zahlt der Arbeitgeber hier mehrmals ohne (nochmals ausdrücklich erklärten, Anm. d. Verf.) Vorbehalt, setzt er nur die **Vereinbarung im Arbeitsvertrag** um (BAG, 23.08.2017 - 10 AZR 376/16) .

### 7.20 Weitergabe von Entgelterhöhungen

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A hatte mit Gewerkschaft G im Januar 2006 einen **Haustarifvertrag** geschlossen, der in vielen Punkten auf den TVöD Bezug nahm. Für die Jahre 2006 und 2007 war in dem Haustarifvertrag ein vom TVöD-Tabellenentgelt abweichendes **Bemessungsentgelt** festgelegt: zunächst 94 % des TVöD-Tabellenentgelts, ab 01.07.2006 dann 95,5 % und ab dem 01.07.2007 97 %. Im Zeitraum 2008 bis 2013 gab A die im TVöD vereinbarten Entgelterhöhungen an Mitarbeiterin M weiter, weil er sich irrtümlich dazu verpflichtet sah. M meinte, sie habe nun **Anspruch** auf weitere Lohnerhöhungen. Im Haustarifvertrag sei eine dynamische Bezugnahme geregelt.

Das vereinfachte Ergebnis: Das Bundesarbeitsgericht hat das von M erstrittene Berufungsurteil aufgehoben. Es sah **keine Anspruchsgrundlage** für M's Forderung. Zum einen war ihre Berufungsbegründung in einigen Teile unzureichend und das Rechtsmittel insoweit schon unzulässig . Zum anderen konnte hier in der vorbehaltlosen Weitergabe von Entgelterhöhungen **keine betriebliche Übung** gesehen werden. A hat nicht mit Verpflichtungswillen gehandelt, sondern **irrtümlich geglaubt**, durch den Haustarifvertrag zur Weitergabe der Entgelterhöhungen verpflichtet zu sein. "Voraussetzung für die Begründung einer betrieblichen Übung wäre jedoch, dass die Bekl. in positiver Kenntnis einer anderweitig fehlenden Verpflichtung gezahlt hätte" (BAG, 19.02.2020 – 5 AZR 189/18) .