

Wer schweigt, akzeptiert

Eine Sonderzahlung, die im Arbeitsvertrag durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag vereinbart worden ist, kann nur durch Kündigung oder vertragliche Abreden unter Vorbehalt gestellt, verschlechtert oder beseitigt werden. Erfährt ein Arbeitnehmer allerdings davon, dass eine solche Sonderzahlung gestrichen wird, arbeitet er schweigend weiter, obwohl nach der Verkehrssitte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein ausdrücklicher Widerspruch zu erwarten gewesen wäre, so gilt die Streichung als akzeptiert.

Quelle: Wolfgang Büser

Umfang und Wirkung einer Bezugnahme Klausel

Gericht: BAG

Datum: 24.11.2004

Aktenzeichen: 10 AZR 202/04

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2004, 28204

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Augsburg - 18.06.2003 - AZ: 2 Ca 289/03 N

LAG München - 11.03.2004 - AZ: 4 Sa 868/03

Rechtsgrundlagen:

§ 3 Abs. 3 TVG

§ 4 Abs. 5 TVG

§ 133 BGB

§ 147 BGB

§ 151 S. 1 BGB

§ 157 BGB

Fundstellen:

BAGE 113, 29 - 39

ArbRB 2005, 100-101 (Volltext mit amtl. LS)

AuA 2005, 438 (Volltext mit red. LS)

AuR 2005, 164 (amtl. Leitsatz)

AUR 2005, 164 (amtl. Leitsatz)

BAGReport 2005, 112-115

BB 2005, 1745-1748 (Volltext mit amtl. LS)

DB 2005, IX Heft 8 (amtl. Leitsatz)
DB 2005, 615-617 (Volltext mit amtl. LS)
EBE/BAG 2005, 45-48
EzA-SD 5/2005, 8
FA 2005, 159 (amtl. Leitsatz)
FA 2005, 181 (Volltext mit amtl. LS)
FA 2005, 93 (amtl. Leitsatz)
FAr 2005, 93
GmbHR 2005, R 136-R 137 (Kurzinformation)
GmbH-Report 2005, R 136-R 137 (Kurzinformation)
KrV 2005, 148
MDR 2005, 760-761 (Volltext mit amtl. LS)
NJW 2005, X Heft 13 (Kurzinformation)
NWB 2005, 1285 (Kurzinformation)
NWB 2005, 3884 (Kurzinformation)
NZA 2005, 349-352 (Volltext mit amtl. LS)
PersV 2005, 226
SAE 2005, 256
ZAP 2005, 499-500 (Kurzinformation)
ZAP EN-Nr. 333/2005
ZBVR online 2005, 14-15 (amtl. Leitsatz)
ZfPR online 2005, 10 (amtl. Leitsatz)

BAG, 24.11.2004 - 10 AZR 202/04

Amtlicher Leitsatz:

1. Ein Anspruch auf eine Sonderzahlung, der im Arbeitsvertrag durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag vereinbart worden ist, kann nur durch Kündigung oder vertragliche Abreden unter Vorbehalt gestellt, verschlechtert oder beseitigt werden.
2. Die Grundsätze zur sog. gegenläufigen betrieblichen Übung sind nur auf solche Fälle anwendbar, in denen der Anspruch auch durch eine betriebliche Übung entstanden ist.
3. Ein Anspruch aus betrieblicher Übung kann nur dann entstehen, wenn es an einer anderen kollektiv- oder individualrechtlichen Grundlage für die Leistungsgewährung fehlt.
4. Das Schweigen zu einer angetragenen nachteiligen Veränderung des Arbeitsvertrags kann nur unter engen Voraussetzungen als Zustimmung gewertet werden, nämlich dann, wenn 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.

Tenor:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 11. März 2004 - 4 Sa 868/03 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über eine Jahressonderzahlung für das Jahr 2002.
- 2 Der Kläger ist seit 1. Oktober 1986 bei der Beklagten als Schreiner zu einem Bruttomonatsverdienst von zuletzt durchschnittlich 2.181,78 Euro beschäftigt. Sein schriftlicher Arbeitsvertrag enthält ua. folgende Regelungen:
 - 3 *"§ 2 Entlohnung*

...

3.
Die Zahlung tariflicher Sonderzahlungen sowie sonstiger gesetzlicher und freiwilliger Leistungen ist durch entsprechende Gesetze oder Betriebsvereinbarungen geregelt.

...

§ 6 Sonstiges

...

2.
Im Übrigen gelten für das Arbeitsverhältnis die ergänzenden Vorschriften der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des jeweils gültigen Tarifvertrages der Bayerischen Holz- und Kunststoffverarbeitenden Industrie sowie die speziellen Betriebsvereinbarungen.

3.
Vertragsänderungen können nur schriftlich erfolgen."
- 4 Die Beklagte, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages mit dem Kläger tarifgebunden war, trat zum 31. Dezember 1990 aus dem Arbeitgeberverband aus. Der Kläger gehörte zu keinem Zeitpunkt einer Gewerkschaft an.
- 5 Der einschlägige Tarifvertrag zur Regelung betrieblicher Sonderzahlungen sah eine nach 12, 24 und 36 Monaten Betriebszugehörigkeit gestaffelte Sonderzahlung vor, die nach 36 Monaten 70 % eines Bruttomonatseinkommens betrug.
- 6 In den Jahren 1991 bis 1998 zahlte die Beklagte weiterhin Sonderzuwendungen in der bisherigen Höhe. In den jeweiligen Mitteilungen an die Arbeitnehmer heißt es: "Wir weisen darauf hin, dass auf außertarifliche und freiwillige Leistungen kein Rechtsanspruch besteht."
- 7 Im Jahre 1999 führte die Beklagte eine Anwesenheitsprämie ein. Ab diesem Jahr richtete sie jeweils Mitteilungen "an alle Abteilungen", wonach sie eine Staffelung der Sonderzuwendung nach einer Betriebszugehörigkeit bis zu drei, ab drei und ab fünf Jahren ankündigte und auf die Regelung zur Anwesenheitsprämie verwies. In den Jahren 1999 und 2000 lag die Sonderzuwendung zwischen 45

und 65 % und im Jahr 2001 zwischen 22,5 % und 32,5 % eines Bruttomonatsgehalts. Im Jahr 2001 hieß es außerdem: "Sollte sich die wirtschaftliche Situation im nächsten Jahr verbessern, wird eine außerordentliche Sonderzahlung zur Jahresmitte erwogen."

8 An den Kläger schrieb die Beklagte im Jahre 1999 Folgendes:

9 "...

als Anerkennung für Ihre treue und tatkräftige Mitarbeit während des vergangenen Jahres erhalten Sie folgende Sonderzuwendung:

10 *Wir weisen ausdrücklich darauf hin, daß es sich hierbei um eine freiwillige Leistung handelt, auf die auch bei wiederholter Zahlung kein Rechtsanspruch besteht. Auszahlung erfolgt nur bei ungekündigtem Arbeitsverhältnis. Erfolgt eine Beendigung vor dem 31.03.2000, ist die Gratifikation zurückzuzahlen."*

11 Diese Zahlung war insgesamt höher als 70 % eines Bruttomonatsverdienstes.

12 Gleich formulierte Schreiben erhielt der Kläger auch jeweils im Dezember der Jahre 2000 und 2001. Im Jahre 2000 betrug die Sonderzuwendung 65 % des monatlichen Durchschnittslohnes, nämlich 3.100,00 DM brutto und die Anwesenheitsprämie unter Abzug von sechs Fehltagen 248,00 DM, so dass der Kläger 3.348,00 DM brutto erhielt. Auch diese Zahlung lag geringfügig über einem Betrag von 70 % eines Bruttomonatsverdienstes. Im Jahr 2001 ging die Beklagte von 32,5 % des monatlichen Durchschnittslohnes, nämlich von 1.506,00 DM brutto als Sonderzahlung aus und von 172,00 DM brutto als Anwesenheitsprämie, so dass 1.678,00 DM brutto an den Kläger gezahlt wurden, während 70 % eines Bruttomonatsverdienstes 3.243,63 DM betragen hätten.

13 Der bei der Beklagten errichtete Betriebsrat hatte mehrfach darauf hingewiesen, dass die Belegschaft mit der Handhabung der Jahressonderzahlung nicht einverstanden sei. Im Jahre 2002 gewährte die Beklagte dem Kläger - wie auch anderen Arbeitnehmern - keine Sonderzahlung.

14 Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er könne für das Jahr 2002 eine Jahressonderzahlung gemäß dem Tarifvertrag vom 21. Oktober 1980 zur Regelung betrieblicher Sonderzahlungen für Arbeitnehmer der Säge- und Holzbearbeitungsindustrie, Holzhandlungen und angeschlossenen Betriebe sowie für die Möbelindustrie, die Holzverarbeitende Industrie und verwandten Industriezweige in Bayern (TV Sonderzahlungen) iHv. 70 % eines durchschnittlichen Bruttomonatsgehalts beanspruchen.

15 Im Arbeitsvertrag sei die Anwendung der jeweils gültigen Tarifverträge der bayerischen Holz- und Kunststoffverarbeitenden Industrie auf das Arbeitsverhältnis der Parteien vereinbart worden. Auch nach Austritt aus dem Arbeitgeberverband sei die Beklagte gegenüber den gewerkschaftlich organisierten und den ihnen gleichgestellten Arbeitnehmern weiterhin zur Gewährung der Sonderzahlung verpflichtet gewesen. Dieser vertraglichen Verpflichtung habe sie sich nicht durch eine im Wege konkludenten Verhaltens praktizierte "betriebliche Übung" entziehen können. Die Beklagte habe wegen der Reaktionen des Betriebsrats auch nicht darauf vertrauen können, dass die Belegschaft und damit auch der Kläger mit Änderungen hinsichtlich der Handhabung der Jahressonderzahlung einverstanden gewesen seien. Eine Änderungsvereinbarung der Parteien scheitere auch an dem im Arbeitsvertrag vorgesehenen Schriftformerfordernis für Vertragsänderungen.

16 Der Kläger hat beantragt,

17 die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.527,25 Euro zuzüglich Zinsen iHv. 5 % über dem Basiszinssatz seit 11. Dezember 2002 zu zahlen.

- 18 Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag vorgetragen, mit der Verweisung auf die "Bestimmungen des jeweils gültigen Tarifvertrages" nehme der Arbeitsvertrag des Klägers nur auf den jeweils gültigen Manteltarifvertrag Bezug. Die Klausel sei nicht klar genug gefasst, und werde dadurch gegenstandslos. Eine eventuelle Nachwirkung des TV Sonderzahlungen sei durch betriebliche Übung entfallen. Seit ihrem Austritt aus dem Arbeitgeberverband seien alle Arbeitnehmer jährlich mit formularmäßigen Anschreiben darauf hingewiesen worden, dass es sich bei der Zahlung des Weihnachtsgeldes um eine freiwillige und jederzeit widerrufliche Leistung handele, auf die auch bei wiederholter Zahlung kein Rechtsanspruch bestehe. Da die Rechtsprechung die positive betriebliche Übung den im BGB geregelten Vorschriften über den Vertragsabschluss unterwerfe und hierfür kein eigenes Rechtsinstitut entwickelt habe, müsse die negative betriebliche Übung dogmatisch gleich behandelt werden. Eine solche könne deshalb auch bei originären vertraglichen Ansprüchen eintreten. Die Stellungnahmen des Betriebsrats genügten den Anforderungen an einen Widerspruch nicht. Ein eventueller Widerspruch sei auch verspätet. Sie habe seit 1990 bis zur erstmaligen Intervention des Betriebsrats im Jahre 1997 darauf vertrauen dürfen, dass die Arbeitnehmer und damit auch der Kläger mit der Freiwilligkeit der Sonderzahlungen einverstanden seien. Im Übrigen könne der Betriebsrat einer Abänderung individualrechtlicher Ansprüche nicht widersprechen.
- 19 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte weiterhin Klageabweisung, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- 20 Die Revision ist unbegründet.

21 I.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dem Kläger stehe ein Anspruch auf Jahressonderzahlung iHv. 70 % eines Bruttomonatseinkommens nach näherer Maßgabe der einschlägigen tariflichen Bestimmungen zu. Die Auslegung des Arbeitsvertrages des Klägers ergebe, dass im Wege einer dynamischen Bezugnahme alle branchenmäßig relevanten Tarifregelungen der bayerischen Holz- und Kunststoffverarbeitenden Industrie und damit auch der zu diesem Zeitpunkt geltende TV Sonderzahlungen vereinbart worden seien. Diese Gleichstellungsabrede habe nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den Zweck, den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer einem kraft einschlägiger Gewerkschaftszugehörigkeit tarifunterworfenen Arbeitnehmer gleichzustellen. Da der TV Sonderzahlungen vom 21. Oktober 1980 durch den TV Sonderzahlungen vom 10. März 1995 und eine Protokollnotiz vom 22. April 1997 inhaltlich nicht geändert worden sei, gelte er auch nach dem Austritt der Beklagten aus dem Arbeitgeberverband gem. § 3 Abs. 3 TVG kraft Nachbindung auf Grund der arbeitsvertraglichen Vereinbarung statisch weiter. Diese Weitergeltung sei auch nicht im Wege der Vertragsänderung aufgehoben worden. Die Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Änderung einer entstandenen betrieblichen Übung durch eine sogenannte "negative betriebliche Übung" könnten auf den Fall eines vertraglich unmittelbar durch Verweis auf die Geltung der einschlägigen tariflichen Bestimmungen entstandenen Anspruchs allenfalls unter besonderen - im vorliegenden Fall nicht gegebenen - Voraussetzungen Anwendung finden. In einem solchen Fall könne das bloße, auch längerfristige, Schweigen des Arbeitnehmers zu einer vom Arbeitgeber gewollten Beseitigung bzw. Einschränkung des Zahlungsanspruchs durch Beifügung eines Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehaltes ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht als Willenserklärung des Arbeitnehmers gewertet werden. Ein entsprechendes Vertrauen des Arbeitgebers sei nicht schutzwürdig. Somit bestehe der geltend gemachte Anspruch des Klägers in der schlüssig vorgetragenen und unstreitigen Höhe, ohne dass es auf die vertragliche Schriftformklausel und die Wertung der Interventionen des Betriebsrats ankomme.

22 II.

Dem folgt der Senat im Ergebnis und auch weitgehend in der Begründung. Der Kläger hat auf Grund der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf die einschlägige tarifliche Regelung auch für das Jahr 2002 einen Anspruch auf eine Sonderzahlung iHv. 70 % eines Bruttomonatseinkommens.

23 1.

Das Landesarbeitsgericht hat die Regelung in § 6 Ziff. 2 iVm. § 2 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages der Parteien vom 20. Oktober 1986 zutreffend so ausgelegt, dass damit ua. auf die Bestimmungen des zu dieser Zeit geltenden TV Sonderzahlungen vom 21. Oktober 1980 Bezug genommen worden ist.

24 a)

Die Auslegung der typischen Vertragsklauseln des Formulararbeitsvertrages kann vom Revisionsgericht ohne Einschränkung überprüft werden (BAG 30. August 2000 - 4 AZR 581/99 - BAGE 95, 296, 299 [BAG 30.08.2000 - 4 AZR 581/99] ; 16. Mai 2000 - 9 AZR 245/99 - BAGE 94, 325, 327). Das Landesarbeitsgericht hat die Regelungen in § 2 und § 6 des Arbeitsvertrages richtig ausgelegt.

25 b)

Diesem ist zu entnehmen, dass alle branchenmäßig relevanten Tarifregelungen der bayerischen Holz- und kunststoffverarbeitenden Industrie einzelvertraglich in Bezug genommen werden sollten. Abgesehen davon, dass sich die Beklagte als Verwenderin des Formulars nicht auf die Unklarheitenregelung mit der Folge der Unwirksamkeit ihrer selbst gesetzten Vorschrift berufen kann, sind die Vorschriften auch nicht unklar.

26 Wenn auch der Verweis auf "gesetzliche Regelungen" im Zusammenhang mit tariflichen Bestimmungen keine rechtstechnisch einwandfreie Formulierung bedeutet, wird in beiden arbeitsvertraglichen Regelungen deutlich, dass auf das Arbeitsverhältnis die jeweils einschlägigen tariflichen Bestimmungen der bayerischen Holz- und kunststoffverarbeitenden Industrie Anwendung finden sollen. Außerdem sind in § 2 die entsprechenden speziellen tariflichen Bestimmungen über Sonderzahlungen in Bezug genommen.

27 Damit handelt es sich um eine Gleichstellungsabrede, die zur Folge hat, dass der Arbeitnehmer unabhängig von seiner Tarifgebundenheit an der Tarifentwicklung des in Bezug genommenen Tarifvertrages teilnimmt wie wenn er tarifgebunden wäre. Die Gleichstellungsabrede ersetzt die durch die Mitgliedschaft in der zuständigen Gewerkschaft begründete Tarifgebundenheit (BAG 26. September 2001 - 4 AZR 544/00 - BAGE 99, 120).

28 2.

Der Kläger kann seinen Anspruch nicht auf den TV Sonderzahlungen in der Fassung vom 10. März 1995 stützen. Eine Gleichstellungsabrede führt weder zu Gunsten des Arbeitgebers noch zu Gunsten des Arbeitnehmers zu weitergehenden Rechten als sie sich aus einer normativen Geltung des in Bezug genommenen einschlägigen Tarifvertrages ergäben. Die Gleichstellungsabrede sieht nicht vor, dass Tarifbestimmungen anwendbar sind, die erst nach Beendigung der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers in späteren Fassungen zu Stande kommen (Schliemann Sonderbeilage zu NZA 2003 Heft 16, 3, 8). Die Beklagte, die zum Ende des Jahres 1990 aus dem Arbeitgeberverband ausgetreten war, war nicht an die aus dem Jahre 1995 stammende Fassung des TV Sonderzahlungen gebunden. Umstände, die eine davon abweichende Auslegung der Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag gebieten, sind nicht ersichtlich.

29 3.

Der Anspruch des Klägers auf die Sonderzahlung für das Jahr 2002 ergibt sich jedoch aus der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel iVm. dem TV Sonderzahlungen in der Fassung vom

21. Oktober 1980. Es kann dahinstehen, wie lange der TV Sonderzahlungen in dieser Fassung in Kraft war und inwiefern er durch die Fassung vom 10. März 1995 bzw. die Protokollnotiz vom 22. April 1997 ersetzt wurde.

30 a)

Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass die im TV Sonderzahlungen vom 21. Oktober 1980 normierten Regelungen für die tarifgebundenen Arbeitnehmer auch noch im Jahre 2002 gem. § 3 Abs. 3 TVG gegolten hätten, da sie durch den TV Sonderzahlungen vom 10. März 1995 und die Protokollnotiz vom 22. April 1997 inhaltlich nicht geändert worden seien. Ob dies zutrifft, kann auf Grund des vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalts nicht abschließend beurteilt werden. Es fehlen Feststellungen dazu, wann und auf welche Weise der TV Sonderzahlungen in der Fassung vom 21. Oktober 1980 durch die vom 10. März 1995 datierende Fassung abgelöst wurde. Wenn die Protokollnotiz vom 22. April 1997 bestimmt, dass der TV Sonderzahlungen vom 10. März 1995 unverändert in Kraft gesetzt werde, könnte dies unter Umständen bedeuten, dass er in der Zwischenzeit außer Kraft getreten war. Darauf kommt es jedoch nicht an.

31 b)

Auch wenn der TV Sonderzahlungen in der Fassung vom 21. Oktober 1980 durch seine spätere Fassung iSd. § 3 Abs. 3 TVG beendet worden sein sollte, ändert sich am Ergebnis nichts.

32

Beim Verbandsaustritt schließt sich an die Nachbindung gem. § 3 Abs. 3 TVG noch die Phase der Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG an. Diese nach unterstellter Beendigung des Tarifvertrages iSd. § 3 Abs. 3 TVG zunächst eintretende Bindung an die tarifvertraglichen Regelungen gegenüber den organisierten Arbeitnehmern hätte jedenfalls im Jahre 2002 fortbestanden, so dass entsprechende Verpflichtungen kraft der Gleichstellungsabrede auch gegenüber den nichtorganisierten Arbeitnehmern und damit auch gegenüber dem Kläger bestanden.

33

Auf Grund der Gleichstellungsabrede wird die Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen im Betrieb nicht nur für die Dauer der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers, sondern auch für die Zeit nach deren Beendigung gewahrt. Dann finden für die Nichttarifgebundenen die Tarifverträge ebenso Anwendung wie sie normativ für die Tarifgebundenen auf Grund der Nachbindung des Arbeitgebers gem. § 3 Abs. 3 TVG bzw. der Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG gelten (BAG 26. September 2001 - 4 AZR 544/00 - BAGE 99, 120). Diese Vorschrift ist nach ihrem Sinn und Zweck auf alle Fälle des Wegfalls der Tarifbindung entsprechend anzuwenden (BAG 18. März 1992 - 4 AZR 339/91 - AP TVG § 3 Nr. 13 = EzA TVG § 4 Nachwirkung Nr. 14; Däubler/Bepler TVG § 4 Rn. 879). In § 4 Abs. 5 TVG wird die Weitergeltung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages angeordnet, bis diese durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Die durch § 4 Abs. 5 TVG angeordnete Nachwirkung eines Tarifvertrages verletzt weder die positive noch die negative Koalitionsfreiheit (BVerfG 3. Juli 2000 - 1 BvR 945/00 - AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 36 = EzA TVG § 4 Nachwirkung Nr. 29), was auch im Hinblick auf die potentielle zeitlich unbegrenzte Nachwirkung gilt (BAG 15. Oktober 2003 - 4 AZR 573/02 - AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 41 = EzA TVG § 4 Nachwirkung Nr. 35, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

34 c)

Die einzelvertragliche Vereinbarung der tarifvertraglichen Regelung über betriebliche Sonderzahlungen ist, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht abgeändert worden.

35 aa)

Da die Bezugnahmeklausel dazu führt, dass der Inhalt des in Bezug genommenen Tarifvertrages als Inhalt des Arbeitsvertrages gilt (BAG 4. März 1993 - 2 AZR 507/92 - AP BGB § 613a Nr. 101 = EzA

BGB § 613a Nr. 107; MünchArbR/Löwisch/-Rieble Bd. 3 2. Aufl. § 269 Rn. 14), führt sie nicht zu einer zwingenden Wirkung der Tarifnormen iSd. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG (Kleinebrink ArbRB 2004, 22, 25). Rechte aus einer arbeitsvertraglichen Inbezugnahme eines Tarifvertrages können also einzelvertraglich gegenüber nichtorganisierten Arbeitnehmern auch schon zu einem Zeitpunkt für den Arbeitnehmer verschlechternd abgeändert werden, zu dem die zwingende Wirkung des Tarifvertrages gem. § 3 Abs. 3 TVG einer entsprechenden einzelvertraglichen Regelung bei einem organisierten Arbeitnehmer noch entgegenstände (vgl. Löwisch/Rieble TVG § 3 Rn. 106 f.; Schulte in Tschöpe Arbeitsrecht 3. Aufl. Teil 3A Rn. 11).

36 bb)

Dies war jedoch nicht der Fall.

37 (1) Ein Angebot auf Abänderung des Arbeitsvertrages in Bezug auf die Sonderzahlung ist in den Jahren 1991 bis 1998 von der Beklagten nicht abgegeben worden. Wenn die Beklagte dem Kläger bei den der Höhe nach unveränderten Zahlungen jeweils mitgeteilt hat, dass sie darauf hinweise, dass auf außertarifliche und freiwillige Leistungen kein Rechtsanspruch bestehe, so konnte diese Mitteilung jedenfalls nicht die Sonderzahlung betreffen, da es sich nicht um eine außertarifliche und wegen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung auch nicht um eine freiwillige Leistung handelte.

38 (2) Auch in den Jahren ab 1999 ist der Arbeitsvertrag nicht einvernehmlich abgeändert worden. Sofern in den seit 1999 von der Beklagten an den Kläger gerichteten Schreiben überhaupt ein Angebot gesehen werden sollte, das Wirkungen über das jeweilige Jahr hinaus entfalten konnte, hat der Kläger es so jedenfalls nicht angenommen. Ein Vertrag kommt durch ein Angebot und dessen Annahme zustande. Schweigen stellt, wie aus § 147 BGB hervorgeht, in der Regel keine Willenserklärung dar. Wer auf ein Angebot nicht reagiert, stimmt diesem nicht zu. Vor allem dann, wenn eine Partei eine bestehende Vertragssituation nachteilig verändern möchte, kann sie nicht ohne weiteres unterstellen, dass die andere Vertragspartei damit einverstanden ist (BAG 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 38). Von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. Nach § 151 Satz 1 BGB kommt ein Vertrag durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass diese Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Dies betrifft in erster Linie für den Annehmenden günstige Angebote. Einen Fall der nach der Verkehrssitte nicht zu erwartenden ausdrücklichen Erklärung hat das Bundesarbeitsgericht auch darin gesehen, dass ein Änderungsangebot des Arbeitgebers gem. den §§ 133, 157 BGB durch widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit angenommen werden kann, wenn die Vertragsänderung sich unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirkt, nicht hingegen, solange deren Folgen nicht hervortreten (BAG 1. August 2001 - 4 AZR 129/00 - BAGE 98, 293 mwN). Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

39 In den Jahren 1999 und 2000 wirkte sich die veränderte Handhabung der Beklagten nicht aus, da die gezahlte Sonderzuwendung sogar leicht über der arbeitsvertraglich zuvor geschuldeten lag, allerdings hatte sich die Struktur geändert. Nur bei einer unmittelbar eintretenden Änderung im Arbeitsverhältnis hat der Arbeitnehmer Veranlassung, dieser sofort zu widersprechen. Da die Höhe der Sonderzahlung sich nicht verschlechtert hatte, bestand für den Kläger kein Anlass, zu widersprechen und die Beklagte konnte schon aus diesem Grund das Verhalten des Klägers nicht als Annahmeerklärung werten. Zudem konnte sich die Freiwilligkeitsklausel auch nur auf die nicht arbeitsvertraglich abgesicherte Anwesenheitsprämie beziehen.

40 Auch im Jahre 2001 galt nichts anderes, obwohl die dann gezahlte Sonderzuwendung erheblich niedriger war als die arbeitsvertraglich geschuldete von 70 % des Bruttolohnes. Zum einen hatte die Beklagte in der allen Abteilungen zugegangenen Mitteilung angekündigt, dass möglicherweise im Folgejahr im Sommer eine weitere Sonderleistung gezahlt werden sollte, falls es dem Betrieb wirtschaftlich besser gehe. Wenn der Kläger es im Jahre 2001 wegen der auch ihm bekannten wirtschaftlichen Schwierigkeiten hinnahm, dass die Sonderleistung niedriger war, konnte die Beklagte dennoch nicht annehmen, dass er damit auch in Zukunft auf seinen vertraglichen Anspruch

hätte verzichten wollen. Zum anderen war zweifelhaft, ob die Beklagte bei den tarifgebundenen Arbeitnehmern einen Widerspruch erwarten konnte, da nicht anzunehmen war, dass diese wegen der Nachbindung bzw. Nachwirkung des Tarifvertrages auf ihre tariflichen Rechte verzichten wollten. Insoweit spricht die ursprüngliche Absicht der Beklagten, mithilfe der Gleichstellungsabrede nicht zwischen Tarifgebundenen und nicht Tarifgebundenen unterscheiden zu müssen, auch dagegen, dass sie ohne weiteres vom Erklärungswert des Schweigens ausgehen konnte, denn sie wusste nach wie vor nicht, wer Gewerkschaftsmitglied war und wer nicht.

- 41** Dies gilt weiterhin auch deshalb, weil die Parteien in ihrem Arbeitsvertrag die Schriftform für Vertragsänderungen vorgesehen haben. Zwar ist ein konkludenter Zugangsverzicht auch bei Rechtsgeschäften, die der Schriftform unterliegen, möglich, sofern nicht gerade der mit dem Schriftformerfordernis verfolgte Zweck einen Zugang der Annahmeerklärung verlangt (BGH 27. Mai 1986 - KZR 38/85 - ZIP 1986, 1149). Dies kann insbesondere bei solchen Vertragsänderungen angenommen werden, die für den Erklärungsgegner ausschließlich vorteilhaft sind (BGH 27. April 2004 - XI ZR 59/03 - ZIP 2004, 1303 [BGH 27.04.2004 - XI ZR 49/03]). Der Zweck der Schriftform besteht in der Regel darin, leichter Beweis führen zu können über die vorhandenen vertraglichen Regelungen und darin, vor leichtfertigen mündlichen Erklärungen zu schützen. Bietet der Arbeitgeber ausschließlich für den Arbeitnehmer günstige Leistungen unter Verzicht auf die Schriftform an, geht er davon aus, dass es keiner ausdrücklichen Annahmeerklärung bedurfte. Insoweit macht er auch deutlich, dass er auf die Einhaltung der Schriftform keinen Wert legt. Aus diesem Grund kann aus einem tatsächlichen Verhalten eine betriebliche Übung auf eine in der Regel zusätzliche Leistung entstehen, obwohl Schriftform vereinbart war. Dies gilt aber nicht ohne weiteres für eine für den Empfänger nachteilige angestrebte Regelung. Dann muss der Erklärende erwarten, dass sein Erklärungsgegner sich darauf verlässt, dass er nachteilige Vertragsänderungen nur hinnehmen muss, wenn diese schriftlich zustande kommen.
- 42** (3) Die Parteien haben den Vertrag auch nicht nach den Grundsätzen der sog. gegenläufigen betrieblichen Übung abgeändert.
- 43** Nach der Rechtsprechung des Senats kann ein Anspruch auf Gratifikationszahlung aus betrieblicher Übung durch eine geänderte betriebliche Übung beendet werden, wenn der Arbeitgeber erklärt, die jährliche Zahlung der Gratifikation sei eine "freiwillige, jederzeit widerrufliche Leistung, auf die - auch zukünftig - kein Rechtsanspruch besteht" und die Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widersprechen (BAG 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 38). Dies beruht darauf, dass der Arbeitgeber das Schweigen des Arbeitnehmers auf die geänderte betriebliche Übung nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte als Akzeptierung der geänderten betrieblichen Übung ansehen kann, weil er annehmen darf, dass der Arbeitnehmer der Änderung widersprechen würde, wenn er mit dieser nicht einverstanden sein sollte (BAG 4. Mai 1999 - 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283).
- 44** Diese Grundsätze gelten jedoch nur dann, wenn der Anspruch auch durch eine betriebliche Übung begründet worden ist. Dies war nicht der Fall. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Anspruch aus betrieblicher Übung nur entstehen, wenn es an einer anderen kollektiv- oder individualrechtlichen Grundlage für die Leistungsgewährung fehlt (zB BAG 27. Oktober 2004 - 10 AZR 138/04 -; 9. Juni 1988 - 8 AZR 752/85 -). Grundlage der Leistungsgewährung an den Kläger war jedoch keine betriebliche Übung, sondern die Bezugnahme auf die tariflichen Regelungen. Deshalb konnte eine betriebliche Übung nicht entstehen und demzufolge auch nicht durch eine gegenläufige betriebliche Übung beendet werden.
- 45** **4.**
- Der Anspruch des Klägers auf die verlangten Zinsen ergibt sich aus § 286 Abs. 1 Satz 1 , Abs. 2 Nr. 1 , § 288 Abs. 1 BGB iVm. § 2 Ziff. 5 TV Sonderzahlungen in der Fassung vom 21. Oktober 1980. Das Arbeitsgericht hat - dem Antrag des Klägers entsprechend - "Zinsen von 5 % über dem Basiszins" zugesprochen. Ob der Antrag des Klägers und der Tenor der arbeitsgerichtlichen Entscheidung iSd. gesetzlich möglichen Zinssatzes (5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz)

auszulegen sind, ist nicht zu entscheiden (vgl. BAG 2. März 2004 - 1 AZR 271/03 - NZA 2004, 852, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, unter VII 2 der Entscheidungsgründe).

46 **III.**

Die Kosten der erfolglosen Revision hat die Beklagte zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

47 Dr. Freitag,
Fischermeier,
Marquardt,
Lindemann,
Alex,