Bundesarbeitsgericht Zehnter Senat	Urteil vom 24. Januar 2024 - 10 AZR 33/23 - ECLI:DE:BAG:2024:240124.U.10AZR33.23.0
I. Arbeitsgericht Dortmund	Urteil vom 7. April 2022 - 4 Ca 3034/21 -
II. Landesarbeitsgericht Hamm	Urteil vom 10. November 2022 - 5 Sa 519/22 -

---

Entscheidungsstichworte:

Urlaubsgeld - Gesamtzusage - Schriftformgebot bei Nebenabrede - ablösende Betriebsvereinbarung - tarifvertraglicher Regelungsvorrang - Umdeutung

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren Parallelsachen

BUNDESARBEITSGERICHT

10 AZR 33/23
5 Sa 519/22
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Januar 2024

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 2024 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder, den Richter am Bundesarbeitsgericht Pessinger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Nowak sowie die ehrenamtlichen Richter Menke und Satl für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 10. November 2022 - 5 Sa 519/22 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers auf ein übertarifliches Urlaubsgeld für das Kalenderjahr 2021. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten, welche seit 1978 Mitglied im Kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) ist, seit dem 1. September 1990 beschäftigt. Im Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien die Anwendung des Bundesmanteltarifvertrags für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G II). Dieser bestimmte unter § 4 Abs. 2 Satz 1: 2

> „Nebenabreden sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden."

Bis einschließlich 1992 zahlte die Beklagte den bei ihr beschäftigten Arbeitern ein Urlaubsgeld ausschließlich nach Maßgabe des Tarifvertrags über ein Urlaubsgeld für Arbeiter vom 16. März 1977 (TV Urlaubsgeld), welcher in der Fassung vom 26. Mai 1992 eine Zahlung in Höhe von 650,00 DM vorsah. In diesem Tarifvertrag war unter § 3 geregelt: 3

> „Wird dem Arbeiter aufgrund örtlicher oder betrieblicher Regelung, aufgrund betrieblicher Übung, nach dem Arbeitsvertrag oder aus einem sonstigen Grunde ein Urlaubsgeld oder eine ihrer Art nach entsprechende Leistung vom Arbeitgeber oder aus Mitteln des Arbeitgebers gewährt, ist der dem Arbeiter zustehende Betrag auf das Urlaubsgeld nach diesem Tarifvertrag anzurechnen. …"

Unter dem 30. September 1992 richtete der damalige Geschäftsführer der Beklagten ein Schreiben mit dem Betreff „Gewährung eines Urlaubsgeldes an die Beschäftigten der F GmbH“ an alle Mitarbeiter/innen. Dieses hat auszugsweise folgenden Wortlaut: 4

> „Liebe Mitarbeiterinnen, liebe Mitarbeiter,
>
> seit dem 1. Januar d. J. ist die F GmbH Tochter-Unternehmen der D AG. …
>
> Für die bei der F GmbH in Vollzeit- oder Teilzeitarbeitsverhältnissen (nicht geringfügig Beschäftigte) tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter galt es, noch eine Regelung über die Gewährung eines Urlaubsgeldes zu treffen. …
>
> Ich habe dazu dem Vorstand einen konkreten Vorschlag unterbreitet, der für die einzelnen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter folgende Regelung vorsieht:
>
> 1. Auf jederzeitigen Widerruf wird die F GmbH ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern ab 1993 ein Urlaubsgeld zahlen.
> 2. Der tarifliche Anspruch auf Gewährung eines Urlaubsgeldes wird auf die Leistung der F GmbH angerechnet.
> 3. Das Urlaubsgeld wird nur voll- oder teilzeitbeschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gewährt, die mindestens zwölf Monate vor dem Monat der Gewährung des Urlaubsgeldes ununterbrochen bei der F GmbH beschäftigt waren.
> 4. Die Gewährung des Urlaubsgeldes ist von der weiteren Verbesserung des Betriebsergebnisses abhängig.
> 5. Die Höhe des Urlaubsgeldes für die schon bei der Gesellschaft beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ist unter Anrechnung eines noch zu bestimmenden Teiles der Vergütung wie folgt gestaffelt:
>
>   1993 = 35 %
>
>   …
>
>   1997 = 100 %
>
> …
>
> Die weiteren Einzelheiten über das Urlaubsgeld werden nach Abstimmung mit dem Betriebsrat bekanntgegeben.

> Ich glaube, daß mit dieser Regelung eine gute Grundlage für eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und der Geschäftsführung der F GmbH gegeben ist.
>
> …“

Ab dem Jahr 1993 zahlte die Beklagte ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sodann ein übertarifliches Urlaubsgeld nach der in diesem Schreiben genannten Staffelung. 5

Am 25. November 1999 schloss die Beklagte mit dem bei ihr gebildeten Betriebsrat mit Wirkung zum 1. Dezember 1999 eine „Betriebsvereinbarung über die Gewährung von Urlaubsgeld“ (BV Urlaubsgeld), die im Wesentlichen folgende Regelungen beinhaltete: 6

> „§ 1 Anspruchsvoraussetzungen
>
> (1) Nachstehende Regelungen gelten nur für Voll- und Teilzeitbeschäftigte, nicht dagegen für geringfügig Beschäftigte.
>
> (2) Alle Arbeitnehmer-/innen, die vor dem 01.01.2000 bereits in einem Arbeitsverhältnis bei der F GmbH standen, erhalten ab dem Jahr 2000 in jedem Jahr ein übertarifliches Urlaubsgeld, wenn sie am 01.07. eines Kalenderjahres in einem Arbeitsverhältnis stehen und mindestens 12 Monate vor diesem Stichtag ununterbrochen bei der F GmbH beschäftigt waren. …
>
> (3) Für alle anderen Arbeitnehmer-/innen gelten die tarifvertraglichen Regelungen nach BAT/BMT-G II.
>
> § 2 Höhe des Urlaubsgeldes
>
> Das Urlaubsgeld beträgt bei einer ununterbrochenen Beschäftigungsdauer vor dem jeweils 01.07. von mindestens
>
> …
>
> 60 Monaten 100 % der monatlichen festen Bezüge.
>
> § 3 Auszahlung
>
> Das Urlaubsgeld wird mit den Bezügen für den Monat Juli ausgezahlt.
>
> …“

Vor dem Hintergrund der Ablösung des BMT-G II sowie der diesen ergänzenden Tarifverträge durch den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), welcher die Zahlung eines Urlaubsgelds nach dem Auslaufen der diesbezüglichen Übergangsregelungen im Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) mit Wirkung zum 1. Januar 2007 nicht mehr vorsieht, vereinbarten die Betriebsparteien am 20. November 2006 einen Zusatz zur BV Urlaubsgeld. In dieser Zusatzvereinbarung war geregelt, dass das Urlaubsgeld der unter den Geltungsbereich der BV Urlaubsgeld fallenden Beschäftigten mit Wirkung vom 1. Januar 2007 um den bis dahin gewährten tariflichen Teil (im Fall des Klägers zuletzt 332,34 Euro) gekürzt wird. Auf dieser Basis leistete die Beklagte in den Folgejahren mit der Entgeltabrechnung für den Monat Juli ein Urlaubsgeld an den Kläger, letztmalig im Jahr 2020 in Höhe von 3.505,12 Euro brutto. Der Betrag setzte sich aus dem Grundentgelt und verschiedenen weiteren Entgeltbestandteilen zusammen. Die Beklagte kündigte die BV Urlaubsgeld gegenüber dem Betriebsrat mit Wirkung zum 30. Juni 2021 und setzte die Belegschaft mit Schreiben vom 31. März 2021 hiervon in Kenntnis. 7

Mit seiner Klage begehrt der Kläger - nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung - die Zahlung des Urlaubsgelds für das Jahr 2021 in Höhe eines Monatsentgelts nach unstreitiger Berechnung, gekürzt um den früheren tariflichen Anspruch. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er könne über das Jahr 2020 hinaus die Zahlung eines Urlaubsgelds aus fortbestehenden Zusagen der Beklagten, hilfsweise aus betrieblicher Übung beanspruchen. Das tarifliche Schriftformerfordernis stehe der Verpflichtung aus einer Gesamtzusage nicht entgegen. Eine Widerruflichkeit der Leistung sei nicht wirksam vereinbart. Die BV Urlaubsgeld und die Zusatzvereinbarung seien von Anfang an wegen des Verstoßes gegen die tarifliche Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG unwirksam gewesen. Dem Gesamtkontext sowie Aussagen des Geschäftsführers auf einer Betriebsversammlung aus dem Jahr 1999 sei der Wille der Arbeitgeberin zu entnehmen, den langjährig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und 8

Arbeitnehmern unabhängig von der Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung weiterhin ein Urlaubsgeld zu zahlen. Jedenfalls mit Einführung des TVöD sei die durch die Zusatzvereinbarung modifizierte BV Urlaubsgeld unwirksam geworden, so dass ein Anspruch aus einer vorangegangenen Gesamtzusage oder einer betrieblichen Übung wieder auflebe bzw. nunmehr eine Umdeutung der Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage vorzunehmen sei.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 9

> die Beklagte zu verurteilen, an ihn Urlaubsgeld für das Jahr 2021 in Höhe von 3.507,43 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Juli 2021 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, eine etwaige Gesamtzusage aus dem Jahr 1992 sei bereits formnichtig. Selbst wenn sich hieraus ein Anspruch ergäbe, sei dieser durch die BV Urlaubsgeld abgelöst worden. Die BV Urlaubsgeld und die Zusatzvereinbarung könnten auch im Fall ihrer Unwirksamkeit nicht in eine Gesamtzusage umgedeutet werden. Ein dauerhafter Bindungswille ohne Kündigungsmöglichkeit habe nicht bestanden, was bereits das im Schreiben vom 30. September 1992 angesprochene Widerrufsrecht zeige. Ein Anspruch aus betrieblicher Übung bestehe nicht, da sie - die Beklagte - nur ihrer Verpflichtung aus der BV Urlaubsgeld und der Zusatzvereinbarung nachgekommen sei. 10

In der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht hat die Beklagte „die im Schreiben vom 30. September 1992 gemachte Zusage eines Urlaubsgelds mit Wirkung für die Zukunft“ widerrufen. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren - nach Rücknahme eines Feststellungsantrags - unter Aufrechterhaltung seiner Rechtsauffassung weiter. 11

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. 12

I. Die zulässige Leistungsklage ist unbegründet. Der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung eines Urlaubsgelds für das Jahr 2021 ergibt sich weder aus einer vor Abschluss der BV Urlaubsgeld zustande gekommenen (widerruflichen) Gesamtzusage noch aus betrieblicher Übung. Der zunächst auf Grundlage einer Gesamtzusage entstandene Anspruch auf ein Urlaubsgeld, zu dessen Höhe und Zusammensetzung allerdings sowohl Vortrag des Klägers als auch Feststellungen der Vorinstanzen fehlen, ist durch die BV Urlaubsgeld abgelöst worden. Der aus dieser folgende Anspruch ist spätestens durch die Kündigung der Betriebsvereinbarung mit Wirkung zum 30. Juni 2021 erloschen. Eine Umdeutung der BV Urlaubsgeld iVm. der Zusatzvereinbarung in eine (erneute) Gesamtzusage kommt nicht in Betracht. 13

1. Ein Anspruch auf Fortzahlung des Urlaubsgelds für das Jahr 2021 folgt nicht aus einer Gesamtzusage. Zwar kann im Vollzug der im Schreiben vom 30. September 1992 angekündigten Regelung durch die auf dieser Grundlage erfolgte gestaffelte Auszahlung eines Urlaubsgelds an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beklagten - auch wenn Feststellungen zu dessen genauer Zusammensetzung fehlen - eine Gesamtzusage der Arbeitgeberin erblickt werden. Auch steht das tarifliche Schriftformerfordernis nach § 4 Abs. 2 Satz 1 BMT-G II der Entstehung des Anspruchs nicht entgegen. Die unter dem Vorbehalt des Widerrufs stehende Gesamtzusage ist jedoch durch die BV Urlaubsgeld vom 25. November 1999 abgelöst worden. 14

a) Eine Gesamtzusage ist die an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete ausdrückliche Willenserklärung des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen. Eine ausdrückliche Annahme des in der Erklärung enthalte- 15

nen Antrags iSv. § 145 BGB wird dabei nicht erwartet und es bedarf ihrer auch nicht. Das in der Zusage liegende Angebot wird gemäß § 151 Satz 1 BGB angenommen und ergänzender Inhalt des Arbeitsvertrags. Die Arbeitnehmer - auch die nachträglich in den Betrieb eintretenden - erwerben einen einzelvertraglichen Anspruch auf die zugesagten Leistungen, wenn sie die Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Dabei wird die Gesamtzusage bereits dann wirksam, wenn sie gegenüber den Arbeitnehmern in einer Form verlautbart wird, die den einzelnen Arbeitnehmer typischerweise in die Lage versetzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Auf dessen konkrete Kenntnis kommt es nicht an *(BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 442/17 - Rn. 50 mwN, BAGE 165, 132)*. Ob es sich um eine Gesamtzusage handelt und welchen Inhalt sie hat, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Auslegung einer Gesamtzusage durch das Landesarbeitsgericht unterliegt der vollen revisionsrechtlichen Überprüfung *(BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 450/17 - Rn. 47, BAGE 165, 168; 23. Mai 2007 - 10 AZR 363/06 - Rn. 16)*.

b) Danach durften die Arbeitnehmer die Umsetzung der im Schreiben vom 30. September 1992 bekannt gemachten beabsichtigten Regelung ab dem Jahr 1993 - anders als das Landesarbeitsgericht annimmt - als Gesamtzusage verstehen. Dem tatsächlichen Zahlungsverhalten der Beklagten kann hingegen kein hiervon unabhängiger Verpflichtungstatbestand im Sinn einer betrieblichen Übung entnommen werden. 16

aa) Zutreffend führt das Landesarbeitsgericht zunächst aus, dass das Schreiben selbst nur die Mitteilung einer beabsichtigten Regelung enthält, die der Abstimmung mit dem Vorstand der Gesellschafterin, der D AG, sowie hinsichtlich weiterer Einzelheiten der Abstimmung mit dem Betriebsrat bedurfte, was sich aus den einleitenden Sätzen und dem vorletzten Absatz des Schreibens ergibt. Jedoch wird sowohl aus der Einleitung des Schreibens, wonach es „galt“, für die bei der Beklagten tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter noch eine Regelung über die Gewährung des Urlaubsgelds zu treffen, als auch aus der abschließenden Formulierung, dass mit dieser Regelung eine Grundlage für eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen der Belegschaft und der Geschäftsführung geschaffen werden solle, deutlich, dass die Geschäftsleitung mit Annahme des 17

Vorschlags durch den Vorstand der Gesellschafterin die Einführung einer entsprechenden - widerruflichen - Regelung nach Abstimmung der Einzelheiten mit dem Betriebsrat beabsichtigte. Anderenfalls hätte es vor der Abstimmung des konkreten Vorschlags mit der Muttergesellschaft und dem Betriebsrat einer Bekanntgabe der beabsichtigten Regelungen an die Belegschaft nicht bedurft. Abweichende Regelungen wurden im Anschluss an die Bekanntgabe des Schreibens nicht kommuniziert. Die in der Folgezeit ab 1993 erfolgte Auszahlung des Urlaubsgelds nach der im Schreiben vom 30. September 1992 genannten Staffelung konnten die Arbeitnehmer der Beklagten daher nur so verstehen, als habe sich die Beklagte - wenn auch widerruflich und in Abstimmung mit dem Betriebsrat - entsprechend der angekündigten Regelung zur Zahlung eines übertariflichen Urlaubsgelds verpflichten wollen. Auch die tatsächliche Praxis des Vollzugs einer (hier zunächst nur angekündigten) vertraglichen Regelung durch die vertragschließenden Parteien kann Anhaltspunkte für den tatsächlichen Vertragswillen enthalten und somit für die Auslegung von Bedeutung sein *(vgl. BAG 20. Juni 2018 - 4 AZR 371/15 - Rn. 26; 7. Juni 2006 - 4 AZR 272/05 - Rn. 43 mwN)*.

bb) Darüber hinaus ist für eine vom Inhalt des Schreibens unabhängige unwiderrufliche Zusage der Arbeitgeberin in Gestalt einer betrieblichen Übung kein Raum. 18

(1) 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 *(st. Rspr., zuletzt zB BAG 25. Januar 2023 - 10 AZR 109/22 - Rn. 11 mwN)*. Erbringt der Arbeitgeber die Leistungen erkennbar aufgrund einer anderen Rechtspflicht, kann der Arbeitnehmer nicht davon ausgehen, ihm solle eine Leistung auf Dauer unabhängig von dieser Rechtspflicht gewährt werden *(st. Rspr., zB BAG 17. August 2021 - 1 AZR 175/20 - Rn. 39;* 19

18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - Rn. 52 mwN, BAGE 170, 172; 23. August 2017 - 10 AZR 136/17 - Rn. 18). Dabei trägt nicht der Arbeitgeber die Darlegungslast dafür, dass er für den Arbeitnehmer erkennbar irrtümlich glaubte, die betreffenden Leistungen in Erfüllung einer (zB tarifvertraglichen) Verpflichtung erbringen zu müssen. Vielmehr ist es Sache der klagenden Partei, die Anspruchsvoraussetzungen darzulegen. Dazu gehört im Fall der betrieblichen Übung auch die Darlegung, dass das Verhalten des Arbeitgebers aus Sicht des Empfängers ausreichende Anhaltspunkte dafür bot, der Arbeitgeber wolle Leistungen erbringen, ohne hierzu bereits aus anderen Gründen verpflichtet zu sein *(vgl. BAG 17. August 2021 - 1 AZR 175/20 - aaO; 18. März 2020 - 5 AZR 36/19 - aaO)*.

(2) Vorliegend sind Anhaltspunkte für die Annahme, die Arbeitgeberin habe sich unabhängig von der mit Schreiben vom 30. September 1992 angekündigten widerruflichen Regelung verpflichten wollen, dauerhaft ein Urlaubsgeld in Höhe eines Monatsentgelts zu leisten, weder vorgetragen noch erkennbar. Dagegen spricht bereits die Auszahlung des Urlaubsgelds nach Maßgabe der im Schreiben vom 30. September 1992 genannten Staffelung ab dem Jahr 1993. Mit der Auszahlung hat die Beklagte lediglich das im vormaligen Schreiben angekündigte Verhalten praktiziert und damit keine über deren Inhalt hinausgehende betriebliche Übung begründet. 20

c) Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen hindert das Schriftformerfordernis des § 4 Abs. 2 Satz 1 BMT-G II die Wirksamkeit der Zusage nicht. Es handelt sich bei der Zusage eines übertariflichen Urlaubsgelds nicht um eine Nebenabrede zum Arbeitsvertrag im Tarifsinn. 21

aa) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts haben die Parteien im Arbeitsvertrag aus dem Jahr 1990 die Anwendung des BMT-G II vereinbart. Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 BMT-G II (jetzt § 2 Abs. 3 Satz 1 TVöD) sind Nebenabreden nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart sind. Es handelt sich um eine gesetzliche Schriftform iSd. § 125 Satz 1, § 126 BGB. Ihre Missachtung hat die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge *(BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 450/17 - Rn. 52 mwN, BAGE 165, 168; 15. März 2011 - 9 AZR* 22

799/09 - Rn. 34 ff., BAGE 137, 221; 1. Dezember 2004 - 7 AZR 135/04 - zu I 4 b bb der Gründe, BAGE 113, 64).

bb) Bei der Zusage eines übertariflichen Urlaubsgelds an die gesamte Belegschaft handelt es sich nicht um eine Nebenabrede iSv. § 4 Abs. 2 Satz 1 BMT-G II, sondern um eine Abrede, die im Zusammenhang mit den Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis steht, welche nach § 4 Abs. 1 BMT-G II formlos vereinbart und abgeändert werden können *(vgl. zu § 4 Abs. 1 BAT BAG 25. Juli 1996 - 6 AZR 179/95 - zu I 1 b der Gründe, BAGE 83, 338)*. 23

(1) Nebenabreden im Sinn dieser Tarifvorschriften sind Vereinbarungen der Parteien des Arbeitsvertrags, die weder die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers noch die Gegenleistung des Arbeitgebers unmittelbar betreffen *(BAG 15. März 2011 - 9 AZR 799/09 - Rn. 34 ff., BAGE 137, 221)*. Bei Vereinbarungen über die beiderseitigen Hauptrechte und Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis nach § 611a BGB, insbesondere bei Abreden über die Arbeitsvergütung und die Arbeitsleistung, handelt es sich hingegen nicht um Nebenabreden im Sinn tariflicher Formvorschriften. Solche Vereinbarungen betreffen vielmehr den Kern des Arbeitsverhältnisses. Die Zusage einer höheren Arbeitsvergütung als der tariflich vorgesehenen Vergütung betrifft die Vergütungspflicht und damit eine Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag. Unerheblich ist, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Vergleich zur tariflichen Vergütung ein höheres laufendes Arbeitsentgelt zahlt oder beispielsweise zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt eine höhere Leistung erbringt als die tariflich vorgesehene Sondervergütung. In beiden Fällen liegt eine übertarifliche Vergütung vor *(st. Rspr., vgl. zB BAG 1. April 2009 - 10 AZR 393/08 - Rn. 18 [übertarifliche Weihnachtszuwendung]; 4. Juni 2008 - 4 AZR 421/07 - Rn. 34 ff.; 25. Juli 1996 - 6 AZR 179/95 - BAGE 83, 338 [Ballungsraumzulage]; 7. Juli 1999 - 10 AZR 433/98 - zu II 4 a der Gründe [Sondervergütung für die Bedienung einer Heizungsanlage])*. 24

(2) Nach diesen Grundsätzen stellt die Zusage eines übertariflichen Urlaubsgelds keine Nebenabrede dar. Es handelt sich um die Vereinbarung einer das tarifliche Urlaubsgeld seinerzeit deutlich übersteigenden und mit dem Entgelt für den Monat Juli geleisteten Sonderzahlung, die im Hinblick auf das Arbeitsverhält- 25

nis erbracht wird und sich in der Endstufe an der Höhe des Monatsentgelts orientiert. Die Leistung war daher den Hauptpflichten der hiesigen Arbeitgeberin nach § 611 Abs. 1 BGB (jetzt § 611a Abs. 2 BGB) zuzuordnen.

d) Gleichwohl kann der Kläger einen Anspruch auf Fortzahlung des übertariflichen Urlaubsgelds nicht aus einer vor Abschluss der BV Urlaubsgeld zustande gekommenen Gesamtzusage stützen. Diese ist durch die BV Urlaubsgeld wirksam abgelöst worden und lebt nach deren Kündigung nicht wieder auf. 26

aa) Eine vertragliche Regelung - hier durch Gesamtzusage entstanden - kann „betriebsvereinbarungsoffen“ gestaltet sein, wenn sie einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt der Ablösung durch eine spätere Betriebsvereinbarung enthält. Eine solche Vereinbarung kann ausdrücklich oder bei entsprechenden Begleitumständen konkludent erfolgen und kommt namentlich bei betrieblichen Einheitsregelungen und Gesamtzusagen in Betracht *(st. Rspr., vgl. BAG 16. September 1986 - GS 1/82 - zu C II 1 c der Gründe, BAGE 53, 42; 16. November 2011 - 10 AZR 60/11 - Rn. 15 f.; vgl. zur Frage der Betriebsvereinbarungsoffenheit bei der Gestaltung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen einerseits zB BAG 30. Januar 2019 - 5 AZR 442/17 - Rn. 64 ff. mwN, BAGE 165, 132; andererseits BAG 11. April 2018 - 4 AZR 119/17 - Rn. 47 ff., BAGE 162, 293)*. 27

bb) An einer ausdrücklichen Regelung in der erteilten Gesamtzusage fehlt es zwar. Vorliegend ergibt sich aber aus dem Regelungsgegenstand, dem Widerrufsvorbehalt und dem ausdrücklichen Hinweis auf eine Bekanntgabe weiterer Einzelheiten nach Abstimmung mit dem Betriebsrat, dass die Zusage einer Abänderung durch Betriebsvereinbarung zugänglich ist. 28

(1) Die Arbeitgeberin hat mit dem Schreiben vom 30. September 1992 und dessen Umsetzung eine betriebseinheitliche Regelung geschaffen, die den Anspruch der Beschäftigten auf ein übertarifliches Urlaubsgeld abhängig von der Dauer der vor dem Auszahlungsmonat jeweils zurückgelegten Betriebszugehörigkeit gestaltet *(vgl. Ziff. 3 u. Ziff. 5 Satz 2 des Schreibens vom 30. September 1992)*. Danach ist ein kollektiver Tatbestand gegeben, der - soweit die Verteilung 29

des hierfür von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten Finanzierungsvolumens betroffen ist - das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG in Fragen der betrieblichen Lohngestaltung berührt, sofern eine abschließende tarifliche Regelung nicht besteht. Nach der Konzeption des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hängt das Mitbestimmungsrecht nicht vom Geltungsgrund der Entgeltleistung, sondern nur vom Vorliegen eines kollektiven Tatbestands ab *(BAG 24. Januar 2017 - 1 AZR 772/14 - Rn. 37 mwN, BAGE 158, 44; vgl. auch BAG 23. August 2017 - 10 AZR 136/17 - Rn. 26 ff.)*. Dementsprechend hat die Beklagte im vorletzten Absatz des Schreibens vom 30. September 1992 die Abstimmung weiterer Einzelheiten mit dem Betriebsrat angekündigt. Damit war für die Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger eindeutig erkennbar, dass die von der Arbeitgeberin zu erbringenden Leistungen in Abstimmung mit dem Betriebsrat aus- und umgestaltet werden können *(vgl. zu einem ähnlichen Hinweis BAG 15. Februar 2011 - 3 AZR 35/09 - Rn. 47; 10. Dezember 2002 - 3 AZR 671/01 - zu II 1 der Gründe)*.

(2) Darüber hinaus hat sich die Arbeitgeberin nicht nur eine Abstimmung mit dem Betriebsrat hinsichtlich der weiteren Einzelheiten, sondern auch einen jederzeitigen Widerruf der Leistung vorbehalten. Die Arbeitnehmer mussten daher mit einer Anpassung oder Änderung der Regelung, ggf. auch mit einer verschlechternden Regelung durch betriebliche Normen oder sogar mit einer vollständigen Einstellung der Zahlung für die Zukunft rechnen. 30

cc) Die Gesamtzusage wurde durch die BV Urlaubsgeld mit dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens zum 1. Dezember 1999 abgelöst. 31

(1) Die BV Urlaubsgeld betraf denselben Regelungsgegenstand wie die Gesamtzusage. Sie regelte den Anspruch auf ein übertarifliches Urlaubsgeld dem Grund und der Höhe nach umfassend und beschränkte diesen gleichzeitig auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die - wie der Kläger - vor dem 1. Januar 2000 in den Betrieb eingetreten sind. 32

(2) Die Betriebsvereinbarung verstieß zum insoweit allein maßgeblichen Ablösungszeitpunkt nicht - wie vom Kläger angenommen - gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG. Ob ein Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG nach Ablösung des BMT-G II und der diesen Tarifvertrag ergänzenden Tarifverträge durch den TVöD zu einem späteren Zeitpunkt vorgelegen hat und die BV Urlaubsgeld mit Wirkung für die Zukunft unwirksam geworden ist, bedarf an dieser Stelle keiner Entscheidung. Ein wirksam abgelöster Anspruch lebt nach einem etwaigen Erlöschen des betriebsverfassungsrechtlichen Anspruchs nicht mehr auf. Weitere Unwirksamkeitsgründe sind nicht ersichtlich. 33

(a) Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nach Satz 2 der Vorschrift dann nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Die Regelung in § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG verdeutlicht, dass es den Tarifvertragsparteien vorbehalten bleibt, ob sie ergänzende Betriebsvereinbarungen zulassen wollen oder nicht. Eine tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen liegt vor, wenn diese in einem nach seinem räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereich einschlägigen Tarifvertrag enthalten ist und der Betrieb in den Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fällt; auf die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers kommt es nicht an. Der Verstoß gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung. Allerdings greift diese nicht, soweit es um Angelegenheiten geht, die nach § 87 Abs. 1 BetrVG der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen *(st. Rspr., vgl. etwa BAG 17. August 2021 - 1 AZR 175/20 - Rn. 19; 13. August 2019 - 1 AZR 213/18 - Rn. 41 mwN, BAGE 167, 264)*. 34

(b) Danach wurde der Regelungsgegenstand der BV Urlaubsgeld zum Ablösungszeitpunkt nicht von der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erfasst. Die im TV Urlaubsgeld enthaltenen Regelungen standen nicht entgegen. Vielmehr ließ dieser Tarifvertrag den Abschluss einer Betriebsvereinbarung über ein übertarifliches Urlaubsgeld zu. 35

(aa) Der Betrieb der Beklagten unterfiel dem räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des TV Urlaubsgeld. Der Tarifvertrag enthält selbst keine ausdrückliche Bestimmung seines fachlichen und räumlichen Geltungsbereichs. Er gilt nach seinem Anwendungsbereich für die unter den Geltungsbereich des BMT-G II fallenden Arbeiter. Nach § 1 Abs. 1 Buchst. a BMT-G II gilt dieser Tarifvertrag für Arbeiter, die in einem Arbeitsverhältnis zu Mitgliedern der Arbeitgeberverbände stehen, die der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände angehören. Darüber hinaus sind Flughafenbetriebe in § 2 Abs. 1 Buchst. d BMT-G II ausdrücklich aufgeführt. 36

(bb) Die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG greift jedoch vorliegend nicht, weil § 3 TV Urlaubsgeld eine Öffnungsklausel iSv. § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG enthält. 37

(aaa) Nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG gilt die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Dies muss nicht wörtlich geschehen. Die Zulassung muss im Tarifvertrag nur deutlich zum Ausdruck kommen *(st. Rspr., vgl. zB BAG 17. Januar 2012 - 1 AZR 482/10 - Rn. 27; 9. Dezember 2003 - 1 ABR 52/02 - zu B II 1 c der Gründe; 29. Oktober 2002 - 1 AZR 573/01 - zu I 1 a cc der Gründe, BAGE 103, 187)*. 38

(bbb) Hier haben die Tarifvertragsparteien den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen über ein Urlaubsgeld zugelassen. Sie haben dies zwar nicht wörtlich getan, aus der Anrechnungsbestimmung unter § 3 TV Urlaubsgeld folgt aber mit der erforderlichen Eindeutigkeit, dass der Abschluss von Betriebsvereinbarungen erlaubt ist. Das ergibt die Auslegung des TV Urlaubsgeld *(zu den Auslegungsgrundsätzen vgl. die st. Rspr., zB BAG 22. Februar 2023 - 10 AZR 332/20 - Rn. 42)*. 39

§ 3 TV Urlaubsgeld setzt die tatsächliche Zahlung eines Urlaubsgelds oder einer ihrer Art nach entsprechenden Leistung aufgrund örtlicher oder betrieblicher Regelung, aufgrund betrieblicher Übung, nach dem Arbeitsvertrag oder aus einem sonstigen Grund ausdrücklich voraus und bestimmt deren An- 40

rechnung auf die tarifliche Leistung. Die Anrechnung bewirkt - soweit sie sich mit der tariflichen Leistung deckt - gemäß § 362 Abs. 1 BGB die Erfüllung der tariflichen Leistung. Lässt die Tarifnorm jedoch die Erfüllung des tariflichen Anspruchs durch eine betrieblich geregelte Urlaubsgeldzahlung zu, liegt darin auch eine Gestattung, eine übertarifliche Leistung durch eine Betriebsvereinbarung zu regeln *(vgl. zu ähnlichen Anrechnungsregelungen bereits BAG 29. Oktober 2002 - 1 AZR 573/01 - zu I 1 a cc der Gründe, BAGE 103, 187; 20. Februar 2001 - 1 AZR 233/00 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 97, 44)*.

Die Vorschrift kann auch nicht einschränkend dahin ausgelegt werden, dass mit der Gewährung eines Urlaubsgelds aufgrund betrieblicher Regelung nur eine betriebliche Übung oder eine Gesamtzusage gemeint ist. Dem steht bereits entgegen, dass die betriebliche Übung in der Aufzählung der Anspruchsgrundlagen in § 3 TV Urlaubsgeld gesondert aufgeführt und gleichrangig neben „örtlichen und betrieblichen Regelungen“ genannt ist. Auch die Bestimmung, wonach auch Leistungen „aus einem sonstigem Grunde“ anzurechnen sind, macht deutlich, dass die Regelung jegliche Anspruchsgrundlagen einzelvertraglicher und kollektiver Art erfassen wollte *(vgl. auch BAG 24. Juni 1980 - 6 AZR 1020/78 - zu II 4 a der Gründe, BAGE 33, 229 [Leistung aus einer Dienstvereinbarung])*. Die Regelung zielt damit ersichtlich darauf ab, zum einen eine Mehrfachbelastung des Arbeitgebers zu vermeiden und zum anderen günstigere freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, die über die tariflich abgesicherte Sonderzahlung hinausgehen, zu erhalten. Soweit darauf hingewiesen wird, dass die Regelung in § 3 TV Urlaubsgeld erforderlich gewesen sei, weil vor Inkrafttreten der Tarifverträge über ein Urlaubsgeld im kommunalen Bereich in gewissem Umfang bereits Urlaubsgeld gezahlt wurde *(vgl. Scheuring/Lang/Hoffmann BMT-G Stand April 2007 TV Urlaubsgeld § 3 Erl. 1)*, steht dieser Umstand der Auslegung als Öffnungsklausel nicht entgegen. Die Norm beschränkt ihren Anwendungsbereich schon ihrem Wortlaut nach nicht auf betriebliche Regelungen, die vor Inkrafttreten des TV Urlaubsgeld Grundlage für die Gewährung von Urlaubsgeld waren *(vgl. zu diesem Aspekt BAG 20. Februar 2001 - 1 AZR 233/00 - zu II 2 c der Gründe, BAGE 97, 44)*. 41

dd) Mit Inkrafttreten der BV Urlaubsgeld ist der Anspruch auf Zahlung eines Urlaubsgelds aus der vormaligen Gesamtzusage erloschen. Mit dieser Betriebsvereinbarung wurden die zuvor auf vertraglicher Grundlage gewährten Leistungen normativ hinsichtlich des Kreises der Anspruchsberechtigten und der Anspruchsvoraussetzungen abschließend neu gestaltet. Dabei gilt zwischen der Gesamtzusage und der sie ablösenden Betriebsvereinbarung die Zeitkollisionsregel. Die Betriebsvereinbarung tritt an die Stelle der bisherigen individualrechtlichen Regelung *(BAG 17. Juli 2012 - 1 AZR 476/11 - Rn. 32, BAGE 142, 294)*. Die Betriebsparteien haben den zunächst auf der Gesamtzusage beruhenden Anspruch durch die BV Urlaubsgeld nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft auf eine neue Grundlage gestellt. Auf einen etwaigen späteren Verstoß der BV Urlaubsgeld gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG mit Inkrafttreten des TVöD kommt es für die Frage der Ablösung nicht an. 42

2. Ein Anspruch auf Fortzahlung des Urlaubsgelds folgt nicht aus der gekündigten BV Urlaubsgeld iVm. der Zusatzvereinbarung. Deren fortbestehende Wirksamkeit nach Inkrafttreten des TVöD unterstellt, kann der Kläger unmittelbar hieraus keinen - auch keinen anteiligen - Anspruch herleiten. Die Beklagte hat die Betriebsvereinbarung gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist wirksam zum 30. Juni 2021 gekündigt und die übertariflichen Leistungen, die alleiniger Gegenstand der BV Urlaubsgeld waren, damit vollständig eingestellt. Die BV Urlaubsgeld wirkt - wie bereits das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - nicht gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG nach *(vgl. zum Ganzen BAG 5. Oktober 2010 - 1 ABR 20/09 - Rn. 19 f. mwN, BAGE 135, 382)*. Aus der gekündigten Betriebsvereinbarung leitet der Kläger zuletzt auch keinen Anspruch mehr her. 43

3. Der Kläger kann seinen Anspruch auch nicht auf eine Umdeutung der BV Urlaubsgeld in eine Gesamtzusage stützen. Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob die BV Urlaubsgeld iVm. der Zusatzvereinbarung mit der Ablösung des BMT-G II und der diesen ergänzenden Tarifverträge zum 1. Oktober 2005 *(vgl. § 2 Abs. 1 TVÜ-VKA iVm. der Übergangsregelung nach § 20 Abs. 3 TVÜ-VKA idF vom 13. September 2005)* bzw. mit Inkrafttreten des § 20 TVöD/VKA zum 44

1. Januar 2007 *(vgl. § 39 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a TVöD)* gegen die Regelungssperre des § 77 Abs. 3 BetrVG verstoßen hat und damit unwirksam geworden ist. Auch eine spätere Unwirksamkeit der BV Urlaubsgeld unterstellt, kommt eine Umdeutung dieser Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage nach § 140 BGB nicht in Betracht. Auch davon sind die Vorinstanzen mit zutreffender Begründung ausgegangen.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist es aller- 45
dings nicht ausgeschlossen, eine unwirksame Betriebsvereinbarung entsprechend § 140 BGB in eine Gesamtzusage umzudeuten. Bezugsobjekt einer solchen Umdeutung bildet dabei nicht die Betriebsvereinbarung selbst als kollektives Gestaltungsmittel. Anknüpfungspunkt kann vielmehr nur die auf ihren Abschluss gerichtete Erklärung des Arbeitgebers sein. Die Umdeutung einer solchen Erklärung in eine vertragliche Zusage erfordert allerdings besondere Umstände, die die Annahme rechtfertigen, der Arbeitgeber habe sich unabhängig von der Betriebsvereinbarung auf jeden Fall verpflichten wollen, seinen Arbeitnehmern die in dieser vorgesehenen Leistungen zu gewähren. Hierbei ist vor allem zu berücksichtigen, dass sich der Arbeitgeber von einer Betriebsvereinbarung durch Kündigung nach § 77 Abs. 5 BetrVG ohne Grund jederzeit lösen kann. Eine Änderung der Arbeitsverträge - zu deren Inhalt eine Gesamtzusage wird - kann hingegen nur im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer oder durch - gerichtlich überprüfbare - Änderungskündigung erfolgen. Ein hypothetischer Wille des Arbeitgebers, sich unabhängig von der Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung auf Dauer einzelvertraglich zu binden, kann daher nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Ein solcher Rechtsbindungswille kann vor allem nicht aus den in der Betriebsvereinbarung selbst getroffenen Regelungen abgeleitet werden. Er muss sich aus außerhalb der Betriebsvereinbarung liegenden Umständen ergeben und auf einen von der Betriebsvereinbarung losgelösten Verpflichtungswillen des Arbeitgebers gegenüber allen oder einer Gruppe von Arbeitnehmern gerichtet sein *(vgl. BAG 9. November 2021 - 1 AZR 206/20 - Rn. 26; 23. Januar 2018 - 1 AZR 65/17 - Rn. 27 mwN, BAGE 161, 305)*.

b) Einem unbedingten Rechtsbindungswillen der Beklagten stehen bereits die betriebsvereinbarungsoffene Gestaltung der vorangegangenen Gesamtzusage sowie der Umstand, dass die Beklagte sich mit der vorangegangenen Regelung nur widerruflich zur Gewährung eines übertariflichen Urlaubsgelds verpflichten wollte, entgegen. Daran ändern auch etwaige Äußerungen des Geschäftsführers in einer Betriebsversammlung vor Abschluss der BV Urlaubsgeld, die vor dem Hintergrund der vorangegangenen Regelung gesehen werden müssen, nichts. Soweit sich der Kläger darauf beruft, der Abschluss der BV Urlaubsgeld habe dem Zweck gedient, der „Kernmannschaft“ weiterhin ein Urlaubsgeld zu gewähren und nicht mit sämtlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern neue Arbeitsverträge schließen zu müssen, wird aus diesem Vortrag vielmehr deutlich, dass sich die Beklagte in Kenntnis der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten gerade für eine - jederzeit kündbare - Betriebsvereinbarung entschieden hat. Dies gilt auch, soweit die Beklagte - wie vom Kläger betont - mit der Betriebsvereinbarung den bisherigen Besitzstand der langjährig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sichern wollte. Der Kläger übersieht, dass die Beklagte ihren Beschäftigten vor Abschluss der Betriebsvereinbarung mit Schreiben vom 30. September 1992 nur eine jederzeit widerrufliche Zahlung von Urlaubsgeld unter den darin genannten Voraussetzungen zugesagt hat. Auf die Wirksamkeit dieses Widerrufsvorbehalts kommt es dabei für die Frage, ob aus der späteren, auf Abschluss der BV Urlaubsgeld gerichteten Erklärung der Arbeitgeberin eine unbedingte Zusage losgelöst vom kollektiven Verpflichtungstatbestand zu verstehen ist, nicht an. 46

II. Die Kostenentscheidung folgt unter Berücksichtigung des zurückgenommenen Feststellungsantrags aus § 97 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. 47

W. Reinfelder Pessinger Nowak

R. Menke Satl

ECLI:DE:BAG:2024:240124.U.10AZR33.23.0