

Gegenläufige betriebliche Übung - Weihnachtsgeld

Leitsätze

1. Hat ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer jahrelang vorbehaltlos Weihnachtsgeld gezahlt, wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung nicht dadurch aufgehoben, dass der Arbeitgeber später bei der Leistung des Weihnachtsgeldes erklärt, die Zahlung des Weihnachtsgeldes sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch, und der Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widerspricht.

2. Erklärt ein Arbeitgeber unmissverständlich, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Weihnachtsgeldzahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht, kann nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 nach § 308 Nr 5 BGB eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme der Zahlung durch den Arbeitnehmer nicht mehr den Verlust des Anspruchs auf das Weihnachtsgeld bewirken (Aufgabe der Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung, vgl. BAG 4. Mai 1999 - 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283; 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr 38).

Tenor

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 22. Januar 2008 - 9 Sa 1184/07 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über Weihnachtsgeld für das Jahr 2006 in rechnerisch unstreitiger Höhe von 1.354,08 Euro brutto.
- 2 Der Kläger ist seit dem 1. August 1971 bei der Beklagten als Spezialbaufacharbeiter gegen einen Stundenlohn iHv. zuletzt 14,56 Euro brutto beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht abgeschlossen. Die nicht tarifgebundene Beklagte zahlte dem Kläger seit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum Jahr 2005 Weihnachtsgeld. Dieses erhielten der Kläger und die anderen Arbeitnehmer der Beklagten zunächst am Jahresende. Für die Jahre 2002 bis 2005 zahlte die Beklagte das Weihnachtsgeld jeweils in drei Raten. Die erste Rate leistete die Beklagte jeweils im November, die zweite Rate jeweils im Dezember und die dritte Rate jeweils im Januar des Folgejahres. Mit Ausnahme der Lohnabrechnungen für November 2002 und November 2003 enthielten die Lohnabrechnungen der Beklagten für die Monate, in denen sie dem Kläger und ihren anderen Arbeitnehmern für die Jahre 2002 bis 2005 Weihnachtsgeldraten zahlte, jeweils den handschriftlichen Vermerk: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“
- 3 Der Kläger ist der Ansicht, ihm stehe aufgrund betrieblicher Übung für das Jahr 2006 Weihnachtsgeld zu. Er habe einer abändernden betrieblichen Übung nicht zugestimmt, sondern mit einem anwaltlichen Schreiben vom 20. Februar 2002 dem Freiwilligkeitsvorbehalt in den Lohnabrechnungen ausdrücklich widersprochen.

- 4 Der Kläger hat beantragt,  
die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag iHv. 1.354,08 Euro brutto nebst Zinsen iHv. von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2006 zu zahlen.
- 5 Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, der Kläger habe keinen Anspruch auf Weihnachtsgeld für das Jahr 2006. Falls sie aus betrieblicher Übung zur Zahlung von Weihnachtsgeld verpflichtet gewesen sein sollte, sei diese Verpflichtung jedenfalls durch eine gegenläufige betriebliche Übung aufgehoben worden. Von ihren insgesamt 42 Arbeitnehmern habe auch nur der Kläger die Zahlung von Weihnachtsgeld für das Jahr 2006 geltend gemacht. Ein anwaltliches Schreiben des Klägers vom 20. Februar 2002 habe sie nicht erhalten.
- 6 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten, soweit für die Revision von Interesse, zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe

- 7 Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Die Beklagte schuldet dem Kläger für das Jahr 2006 Weihnachtsgeld in unstreitiger Höhe von 1.354,08 Euro brutto.
- 8 I. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass dem Kläger aus betrieblicher Übung Weihnachtsgeld für das Jahr 2006 zusteht. Für jährlich an die gesamte Belegschaft gezahlte Gratifikationen besteht die Regel, dass eine dreimalige vorbehaltlose Gewährung zur Verbindlichkeit erstarkt (*st. Rspr., vgl. BAG 30. Juli 2008 - 10 AZR 606/07 - NZA 2008, 1173; 28. Juni 2006 - 10 AZR 385/05 - BAGE 118, 360, 368 f.*). Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, aufgrund der vorbehaltlosen Zahlung von Weihnachtsgeld in den Jahren 1971 bis 2001 habe sich die Beklagte nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung vertraglich zur Zahlung von Weihnachtsgeld verpflichtet, hat die Beklagte auch nicht mit Revisionsrügen angegriffen.
- 9 II. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Anspruch des Klägers auf Weihnachtsgeld nicht durch eine geänderte betriebliche Übung aufgehoben worden. Dies gilt auch dann, wenn der Kläger den Freiwilligkeitsvorbehalten der Beklagten in den Lohnabrechnungen nicht widersprochen hat.
- 10 1. Allerdings konnte nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats eine betriebliche Übung durch eine geänderte betriebliche Übung beendet werden (*26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 38*). Der Senat hat dies bei Gratifikationszahlungen dann angenommen, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, die Zahlung der Gratifikation sei eine freiwillige Leistung, auf die zukünftig kein Rechtsanspruch bestehe, und die Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widersprochen haben. Aufgrund der dadurch zustande gekommenen konkludenten Vereinbarung sei der Arbeitgeber nicht mehr zur Zahlung der Gratifikation verpflichtet. Durch die dreimalige widerspruchslose Annahme einer ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation schaffe der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand. Dieser habe aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers keine Veranlassung, eine ausdrückliche Änderung der vertraglichen Abrede herbeizuführen.

- 11 2. Diese Rechtsprechung ist im arbeitsrechtlichen Schrifttum ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen (*Henssler FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht S. 683, 704 ff.*; *Schaub/Koch ArbR-Hdb. 12. Aufl. § 111 Rn. 28*; *ErfK/Preis 9. Aufl. § 611 BGB Rn. 225*; *HWK/Thüsing Arbeitsrecht 3. Aufl. § 611 BGB Rn. 235*; *Speiger NZA 1998, 510*; *Kettler NJW 1998, 435*; *Franzen Anm. BAG 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - SAE 1997, 344, 346 ff.*; *Goertz AuR 1999, 463*; *Waltermann RdA 2006, 257, 268 f.*; *kritisch auch Bepler RdA 2004, 226, 238 ff.*) . Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 4. Mai 1999 (- 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283) grundsätzlich daran festgehalten, dass sich der Arbeitgeber von einer betrieblichen Übung durch eine gegenläufige betriebliche Übung lösen kann. Er hat dabei auf die Anwendung der Grundsätze zurückgegriffen, die zum Entstehen eines Anspruchs aus betrieblicher Übung führen. Danach ist nicht allein eine wiederholte Leistungsgewährung maßgeblich. Entscheidend ist vor allem, dass der Arbeitgeber diese nicht mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbunden und den Hinweis unterlassen hat, dass aus der Zahlung keine Rechtsansprüche für die Zukunft abgeleitet werden können. Die sich aus einem solchen unterlassenen Hinweis des Arbeitgebers ergebenden Rechtsfolgen hat der Senat auf die Spiegelseite übertragen und angenommen, dass auch an eine vom Arbeitnehmer unterlassene Erklärung Rechtsfolgen geknüpft werden können (*aA Maties Die gegenläufige betriebliche Übung S. 50 ff.*; *Thüsing NZA 2005, 718, 720*; *Speiger NZA 1998, 510, 511 f.*; *Franzen SAE 1997, 344, 347*) . Allerdings hat der Senat in seiner Entscheidung vom 4. Mai 1999 (- 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283) der Kritik an seiner Rechtsprechung teilweise Rechnung getragen und die Anforderungen an eine gegenläufige betriebliche Übung erheblich verschärft. Er hat verlangt, dass der Arbeitgeber nicht nur deutlich machen muss, dass er das Weihnachtsgeld künftig unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit der Leistung zahlen will, sondern darüber hinaus seinen Arbeitnehmern unmissverständlich erklären muss, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Zahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht.
- 12 3. Der Senat hält nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG aufgegeben wurde, an seiner Rechtsprechung zur Verschlechterung oder Beseitigung vertraglicher Ansprüche von Arbeitnehmern auf Sonderzahlungen aufgrund einer gegenläufigen betrieblichen Übung nicht fest. Eine dreimalige widerspruchslose Annahme einer vom Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation kann nach § 308 Nr. 5 BGB nicht mehr den Verlust eines vertraglichen Anspruchs auf die Gratifikation bewirken.
- 13 a) Nach der vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Vertragstheorie werden durch eine betriebliche Übung vertragliche Ansprüche der Arbeitnehmer auf die üblich gewordenen Leistungen begründet (*vgl. 19. August 2008 - 3 AZR 194/07 - DB 2009, 463*; *28. Mai 2008 - 10 AZR 274/07 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 80 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 8*; *26. September 2007 - 5 AZR 808/06 - AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 58 = EzA BGB 2002 § 305c Nr. 13*; *28. Juni 2006 - 10 AZR 385/05 - BAGE 118, 360, 369*; *26. Mai 1993 - 4 AZR 149/92 - AP AVR Diakonisches Werk § 12 Nr. 2 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 28*) . Ein im Arbeitsvertrag vereinbarter Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Gratifikation kann nur durch Kündigung oder vertragliche Abrede unter Vorbehalt gestellt, verschlechtert oder beseitigt werden, nicht aber durch eine gegenläufige betriebliche Übung (*BAG 24. November 2004 - 10 AZR 202/04 - BAGE 113, 29*) . Da eine dreimalige vorbehaltlose Gratifikationszahlung den Arbeitgeber vertraglich zur Leistung verpflichtet, kann er einen nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandenen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Gratifikation ebenso wie einen im Arbeitsvertrag geregelten Gratifikationsanspruch auch nur durch Kündigung oder eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer unter

Vorbehalt stellen, verschlechtern oder beseitigen. Der nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandene Rechtsanspruch ist kein vertraglicher Anspruch minderer Rechtsbeständigkeit. Der Arbeitgeber kann ihn daher im Vergleich zu einem durch ausdrückliche arbeitsvertragliche Abrede begründeten Anspruch des Arbeitnehmers nicht unter erleichterten Voraussetzungen zu Fall bringen (vgl. *Henssler FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht S. 683, 706; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 225*).

- 14 b) Es ist bereits zweifelhaft, ob ein Freiwilligkeitsvorbehalt wie derjenige in den Lohnabrechnungen der Beklagten ein Vertragsangebot iSv. § 145 BGB darstellt oder ob es sich lediglich um die Ankündigung einer möglichen Einstellung oder Einschränkung der Gratifikationszahlung oder die Äußerung einer Rechtsansicht handelt (vgl. *Maties Die gegenläufige betriebliche Übung S. 43 f.; Waltermann RdA 2006, 257, 268 f.; Thüsing NZA 2005, 718, 720; Goertz AuR 1999, 463, 465; Speiger NZA 1998, 510, 512; Kettler NJW 1998, 435, 437*). Selbst wenn ein Vertragsangebot anzunehmen ist, ergab sich eine Obliegenheit des Klägers, das Angebot ausdrücklich abzulehnen, wenn er dieses nicht annehmen wollte, nicht daraus, dass er die Gratifikationszahlung schweigend entgegengenommen hat. Das Schweigen auf ein günstiges Angebot kann dem Schweigen auf ein verschlechterndes Angebot nicht gleichgestellt werden (vgl. *Schaub/Koch ArbR-Hdb. § 111 Rn. 28*). Abgesehen von der Deutung konkludenten Verhaltens als ein bestimmtes Erklärungsverhalten und von den gesetzlichen Erklärungsfiktionen, zB in den § 108 Abs. 2 Satz 2, § 177 Abs. 2 Satz 2, § 415 Abs. 2 Satz 2, § 416 Abs. 1 Satz 2, § 455 Satz 2 BGB, ist das Unterlassen einer Handlung und damit auch das Schweigen keine Erklärung und kann vor allem im Geschäftsverkehr der Verbraucher auch nicht als solche gedeutet werden oder Erklärungswirkung entfalten (*H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 10. Aufl. § 308 Nr. 5 BGB Rn. 5*).
- 15 c) Allerdings ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannt, dass eine widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer nach einem Änderungsangebot des Arbeitgebers gemäß den §§ 133, 157 BGB als konkludente Annahme der Vertragsänderung ausgelegt werden kann, wenn diese sich unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirkt, nicht hingegen, solange deren Folgen nicht hervortreten (*1. August 2001 - 4 AZR 129/00 - BAGE 98, 293; 22. Dezember 1970 - 3 AZR 52/70 - AP BGB § 305 Billigkeitskontrolle Nr. 2 = EzA BGB § 315 Nr. 4; 17. Juli 1965 - 3 AZR 302/64 - AP BGB § 242 Ruhegehalt Nr. 101*). Letzteres war der Fall. Das Arbeitsverhältnis der Parteien änderte sich nicht unmittelbar. Die Beklagte hat das Weihnachtsgeld für die Jahre 2002 bis 2005 weitergezahlt. Anders als bei einer Einschränkung oder Einstellung der Gratifikationszahlung wirkte sich der von der Beklagten in den Lohnabrechnungen erklärte Vorbehalt der Freiwilligkeit damit nicht unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus. In einem solchen Fall muss ein Arbeitnehmer nicht erkennen, dass seine widerspruchslose Weiterarbeit als Einverständnis mit einer Vertragsänderung verstanden wird (vgl. *Ricken DB 2006, 1372, 1376, der den Freiwilligkeitsvorbehalt für eine ungewöhnliche Klausel iSv. § 305c Abs. 1 BGB hält*). Setzt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit widerspruchslos fort, darf der Arbeitgeber dem regelmäßig nicht das Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Aufgabe seines bisherigen Rechtsanspruchs auf die Gratifikation entnehmen.
- 16 d) Der Kläger hat allerdings selbst behauptet, dass er einer abändernden betrieblichen Übung nicht nur nicht zugestimmt, sondern mit einem an die Beklagte gerichteten anwaltlichen Schreiben vom 20. Februar 2002 dem Freiwilligkeitsvorbehalt ausdrücklich widersprochen hat. Dies legt nahe, dass er die Erklärung der Beklagten in den Lohnabrechnungen als abänderndes Vertragsangebot verstanden hat und sich deshalb veranlasst sah, ausdrücklich zu widersprechen. Ohne Bedeutung ist, dass er den Zugang des Schreibens nicht nachgewiesen hat. Entscheidend ist vielmehr, dass nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 ABGB aufgegeben wurde, einer

dreimaligen widerspruchslosen Annahme einer vom Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation nicht mehr die bisher angenommene Bedeutung beigemessen werden kann. Unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer den Vorbehalt, die Gratifikationszahlung sei eine freiwillige Leistung und begründete keinen Rechtsanspruch, als Änderungsangebot des Arbeitgebers verstanden hat oder nicht, muss das Schweigen des Arbeitnehmers als Ablehnung verstanden werden.

- 17 aa) Erklärt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Gratifikationszahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht, und wird diese Erklärung als Änderungsangebot verstanden, liegt eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung iSv. § 305 Abs. 1 BGB vor. Die Annahme, durch eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme einer vom Arbeitgeber ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation werde die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gratifikationszahlung beendet, ist mit dem Klauselverbot für fingierte Erklärungen in § 308 Nr. 5 BGB nicht zu vereinbaren.
- 18 bb) Nach dieser Vorschrift ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere eine Bestimmung unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Die Bestimmung beruht auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Sie bezweckt, dass der zu den wesentlichen Prinzipien des Privatrechts gehörende Grundsatz, wonach Schweigen in der Regel keine Willenserklärung ist, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nur in engen Grenzen änderbar ist (*Palandt/Grüneberg BGB 68. Aufl. § 308 Rn. 25*) . § 308 Nr. 5 BGB verbietet den Vertragsparteien zwar nicht, zu vereinbaren, dass das Schweigen einer Partei zu einem Antrag der anderen Partei als Annahmeerklärung anzusehen ist. Die Vorschrift untersagt fingierte Erklärungen jedoch für den Fall, dass die drohende Fiktionswirkung dem Vertragspartner des Klauselverwenders nicht hinreichend bewusst gemacht und ihm keine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird (*MünchKommBGB/Kieninger 5. Aufl. § 308 Nr. 5 Rn. 1*) .
- 19 cc) Soll eine an ein Schweigen geknüpfte Fiktionswirkung eintreten, muss dies nach § 308 Nr. 5 BGB nicht nur von den Vertragsparteien vereinbart worden sein. Nach dieser Vorschrift muss der Klauselverwender sich darüber hinaus verpflichtet haben, seinen Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Schweigens besonders hinzuweisen. Schließlich muss dieser Hinweis auch tatsächlich und in einer Form erfolgen, die unter normalen Umständen Kenntnisnahme verbürgt (*Palandt/Grüneberg BGB § 308 Rn. 26a mwN*) . Gibt der Klauselverwender den Hinweis, hat er sich aber dazu vertraglich nicht verpflichtet, tritt die Erklärungsfiktion nicht ein (*Däubler/Dorndorf AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht § 308 Nr. 5 BGB Rn. 6; Palandt/Grüneberg BGB § 308 Rn. 26a; MünchKommBGB/Kieninger § 308 Nr. 5 Rn. 14; H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht § 308 Nr. 5 BGB Rn. 12*) . Dies gilt auch bei einem unterbliebenen Hinweis auf eine vereinbarte Erklärungsfiktion.
- 20 dd) Daran gemessen reicht eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme einer vom Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation nicht aus, um eine vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gratifikationszahlung zu beenden. Haben die Arbeitsvertragsparteien nicht vereinbart, dass das Schweigen des Arbeitnehmers zu einem Änderungsangebot des Arbeitgebers als Annahme des Angebots gilt, reicht selbst ein ausdrücklicher Hinweis des Arbeitgebers bei der Zahlung der Gratifikation nicht aus, dass eine dreimalige widerspruchslose Annahme der unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit geleisteten Zahlung zum Verlust des Rechtsanspruchs

auf die Gratifikationszahlung führt.

- 21 e) Allerdings ist der Kläger bereits seit dem 1. August 1971 bei der Beklagten beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wurde damit viele Jahre vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes begründet und der Arbeitsvertrag im Vertrauen auf die damals geltende Gesetzeslage und die nicht den Bindungen des AGB-Rechts unterworfenen Rechtsprechung abgeschlossen. Bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses bestand für die Parteien deshalb keine Veranlassung, Vereinbarungen zu treffen, die einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB standhalten und den nach § 308 Nr. 5 BGB an fingierte Erklärungen zu stellenden Anforderungen genügen. Dies bewirkt jedoch nicht, dass sich die Beklagte mit Erfolg auf die bisherige Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung berufen kann und deshalb nicht zur Zahlung des vom Kläger beanspruchten Weihnachtsgeldes verpflichtet ist.
- 22 aa) Wollte ein Arbeitgeber die betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Gratifikationszahlung beenden, durfte er sich nach der Entscheidung des Senats vom 4. Mai 1999 (- 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283) nicht wie die Beklagte auf den Hinweis der Freiwilligkeit beschränken, sondern musste gegenüber seinen Arbeitnehmern unmissverständlich erklären, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Zahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht. Damit musste der Arbeitgeber auf die bisherige betriebliche Übung hinweisen und sein Änderungsangebot mit dem Anerkenntnis eines Rechtsanspruchs des Arbeitnehmers auf die Gratifikation verbinden.
- 23 bb) An einem solchen Anerkenntnis fehlt es. Die Beklagte hat in den handschriftlichen Vermerken auf den Lohnabrechnungen lediglich erklärt, die Zahlung des Weihnachtsgeldes sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch.

Dr. Freitag

Marquardt

Brühler

Simon

Kay Ohl