

## Die betriebliche Übung und der Rosenmontag

Viele Dienstgeber gewähren ihren Mitarbeitern<sup>1</sup> neben den vereinbarten Leistungen aus Arbeitsvertrag und Tarifregelung auch solche, die auf Gewohnheit beruhen. Diese können als „betriebliche Übung“ für den Dienstgeber unter bestimmten Voraussetzungen verbindlich werden.

### Begriff

Unter dem juristischen Begriff „betriebliche Übung“ versteht man eine regelmäßige Wiederholung einer begünstigenden Verhaltensweise des Dienstgebers, aus der die Mitarbeiter schließen können, dass ihnen eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer eingeräumt wird.<sup>2</sup>

Um eine solche betriebliche Übung annehmen zu können, hat die Rechtsprechung einige Voraussetzungen definiert.<sup>3</sup> Für die Annahme einer betrieblichen Übung bedarf es die **„mindestens dreimalige gleichförmige vorbehaltlose Gewährung eines Vorteils durch den Dienstgeber“**. Beispiele hierfür sind übertarifliche Zulagen oder die Gewährung von freien Tagen, die nicht tariflich festgelegt sind.

### Beispiel Rosenmontag

Der Kindergarten Sankt M. liegt in der Seelsorgeeinheit E, in der am Rosenmontag traditionell ein großer Fastnachtsumzug stattfindet. Viele Mitarbeiter sind in Fastnachtzünften organisiert und feiern ausgelassen. In dem Kindergarten Sankt M. bekommen alle Mitarbeiter seit über 20 Jahren am Rosenmontag frei, ohne dass sie für diesen Tag Urlaub nehmen müssten oder Mehrzeit ausgeglichen wird. Der Rosenmontag ist folgerichtig schon seit über 20 Jahren ein Schließtag in der Jahresplanung. Diese „Tradition“ wurde vom Dienstgeber schon immer ohne Vorbehalte gewährt.

<sup>1</sup> Im gesamten Text wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit bei geschlechtsspezifischen Begriffen die maskuline Form verwendet. Diese Form versteht sich explizit als geschlechtsneutral. Gemeint sind selbstverständlich immer beide Geschlechter.

<sup>2</sup> BAG, Urteil vom 12.01.1994 – 5 AZR 41/93.

<sup>3</sup> z.B. BAG, Urteil vom 16.07.1997 AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG Betriebliche Übung = NZA 97, 664.

### **Besonderheit im öffentlichen Dienst**

Für Betriebe des öffentlichen Dienstes gilt das Institut der betrieblichen Übung nur eingeschränkt. Aufgrund der haushaltsrechtlichen Vorgaben unterstellt die Rechtsprechung bei einem öffentlichen Arbeitgeber, dass er sich lediglich an die geltenden Normen halten möchte und generell keine übertariflichen oder außertariflichen Leistungen oder Vergünstigungen erbringen will.<sup>4</sup> Öffentliche Arbeitgeber haben danach eine vom Staat, Land oder Kommune auferlegte „Sparsamkeitsvorgabe“. Sie sollen sich an geltende Regelungen halten. Auch wenn ein öffentlicher Arbeitgeber jahrelang zusätzliche Leistungen an seine Arbeitnehmer gewährt hat, die unter normalen Umständen eine betriebliche Übung darstellen würden, so kann er diese unbeschadet einstellen. Er kann sich darauf berufen, lediglich tarifliche Leistungen erbringen zu müssen.

### **Anwendbarkeit auf den kirchlichen Dienst**

Fraglich ist nun, ob die Rechtsprechung für den öffentlichen Dienst auch für die Kirchen und die Träger der freien Wohlfahrtspflege zu übertragen ist, zumal die kirchlichen Regelungen (AVO und AVR-Caritas) in Anlehnung an die öffentlich-rechtlichen Tarifwerke von TV-L und TVöD verhandelt werden. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einem Grundsatzurteil<sup>5</sup> erkannt, dass für die kirchlichen Einrichtungen nicht die gleichen Maßstäbe angewendet werden können, wie für den öffentlichen Dienst. Die kirchlichen Dienstgeber sind rechtlich bei der Gestaltung der vertraglichen Beziehungen zu ihren Mitarbeitern freier als die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes, denn sie unterliegen nicht den gleichen strengen haushaltsrechtlichen Überwachungsbestimmungen.<sup>6</sup> Die Kirchen handeln in der Verwendung der zufließenden Finanzmittel nicht hoheitlich, wie die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes, weil sie durch den Erhalt staatlicher Finanzmittel nicht Sachwalter öffentlicher Interessen werden.<sup>7</sup> Sobald staatliche Mittel an die Kirchen ausgeschüttet werden, verlieren sie ihren Charakter als öffentliche Mittel und werden Teil der Finanzausstattung der Kirchen.<sup>8</sup>

Ein Stolperstein könnten die Regelungen des § 7 Abs. 2 AVR-AT bzw. § 3 Abs. 3 AVO sein, die verlangen, dass zusätzliche Vereinbarungen, welche das Arbeitsverhältnis betreffen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedürfen. Das Bundesarbeitsge-

---

<sup>4</sup> Koch in Schaub Arbeitsrechtshandbuch § 110 Rdn. 13. M.w.N.

<sup>5</sup> BAG, Urteil vom 26.05.1993 - Az. 4 AZR 130/93.

<sup>6</sup> BAG, Urteil vom 28.10.1987 - Az. 5 AZR 518/85.

<sup>7</sup> Glöckner ZAT 2013, 49 f. (50).

<sup>8</sup> BAG, Urteil vom 12.10.2010 - Az. 9 AZR 554/09 Rdn. 61.

richt<sup>9</sup> geht davon aus, dass bei einer von beiden Seiten gewollten Regelung, (siehe Beispielsfall) das Schriftformerfordernis einvernehmlich durch konkludentes Verhalten aufgehoben wurde.

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf<sup>10</sup> hat das Bestehen einer betrieblichen Übung verneint. Das Gericht hatte über folgenden Fall zu entscheiden: ein Mitarbeiter hatte jahrelang eine Psychatriezulage irrtümlich weitergewährt bekommen, obwohl diese Zulage für ihn weggefallen war.

Das Gericht begründete die Verneinung der betrieblichen Übung damit, dass dem Mitarbeiter die Psychatriezulage nach den AVR ohnehin nicht zustand, da er nicht auf einer psychiatrischen Station gearbeitet hatte. Zudem handelte es sich um einen Einzelfall (kein Kollektivbezug). In diesem Fall, so das Gericht, muss sich der Mitarbeiter damit abfinden, dass die Psychatriezulage nicht weiter gezahlt werden muss, da der Dienstgeber lediglich dazu verpflichtet ist, die nach den AVR vereinbarte Vergütung zu bezahlen. Bei der Betrachtung der vorbehaltlosen Gewährung des Rosenmontags, kommen wir jedoch zu einem anderen Ergebnis.

### **Lösung Rosenmontag**

Die Gewährung des Rosenmontags als freier Tag wird in den Einrichtungen oftmals für nahezu alle Mitarbeiter umgesetzt. Dort, wo die Schließung der Einrichtung unmöglich ist, werden den Mitarbeitern, die an diesem Tag arbeiten müssen, Stunden gutgeschrieben oder aus dem Soll gerechnet. Es gibt hier also einen Kollektivbezug. Darüber hinaus, gibt es weder in den AVR-Caritas noch in der AVO eine Regelung, die den Mitarbeitern einen solchen freien Tag am Rosenmontag gewährt. Daher kann sich der Dienstgeber in diesem Fall nicht darauf berufen, lediglich nach „Tarif“ handeln zu wollen. Die Mitarbeiter müssen und können demnach davon ausgehen, dass die Gewährung des freien Tages freiwillig und dauerhaft ist und bleiben wird. Sofern diese Praxis schon über Jahre vollzogen wurde, ist eine betriebliche Übung anzunehmen.

### **Aufhebung der betrieblichen Übung**

Eine einmal entstandene betriebliche Übung wirkt wie ein ungeschriebener Zusatz zum Dienstvertrag. Dies geschieht kraft stillschweigender Vereinbarung.<sup>11</sup> Im Klartext heißt das: ist eine betriebliche Übung einmal entstanden, kann der Dienstgeber sie nicht einseitig wieder abschaffen. Nach der früheren Rechtsprechung des BAG kann-

<sup>9</sup> BAG, Urteil vom 26.05.1993 - Az. 4 AZR 130/93

<sup>10</sup> LAG Düsseldorf, Urteil vom 27.11.2002 - Az. 12 Sa 1071/02

<sup>11</sup> BAG Urteil vom 18.03.2009 - Az. 10 AZR 281/08

te der Dienstgeber die ihm lästige Betriebsübung durch eine gegenläufige betriebliche Übung wieder aus der Welt schaffen, indem er z.B. den Rosenmontag drei Jahre hintereinander nicht mehr freigab, oder die Freistellung mit der Erklärung der Freiwilligkeit verband. Das BAG hat diese Rechtsprechung im Jahre 2009 aufgegeben und durch neue Grundsätze ersetzt<sup>12</sup>. Um die betriebliche Übung nun loszuwerden, muss der Dienstgeber entweder eine einvernehmliche Vertragsänderung mit den einzelnen Mitarbeitern treffen oder er muss eine Kündigung bzw. Änderungskündigung (Kündigung mit gleichzeitigem Angebot eines Arbeitsvertrags zu neuen Konditionen) aussprechen. Hierbei trägt der Dienstgeber allerdings ein sehr hohes Risiko. Eine Kündigung (auch Änderungskündigung) muss nämlich sozial gerechtfertigt sein und ist gerichtlich überprüfbar. Das Arbeitsgericht kann dann feststellen, ob dringende betriebliche Erfordernisse für die Kündigung vorliegen. Das Gericht kann eine solche Kündigung im Zweifelsfall auch für ungerechtfertigt erklären. Andere Alternativen hat der Dienstgeber nicht mehr.

#### **FAZIT:**

Die betriebliche Übung und der Rosenmontag sind zwar ein schwieriges Thema, aber auch im kirchlichen Bereich kann eine betriebliche Übung entstehen. Es muss hierfür der Einzelfall betrachtet werden.

Dazu muss geprüft werden, ob die Gewährung des Rosenmontags vorbehaltlos, schon jahrelang (mindestens drei Mal) und für möglichst viele Mitarbeiter (Kollektivbezug) gilt. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist von einer betrieblichen Übung auszugehen. Dann haben die Mitarbeiter einen Anspruch auf den freien Rosenmontag und sollten ihn auch geltend machen. Dies muss individualrechtlich erfolgen. Die MAV kann hier lediglich unterstützend tätig werden.

---

<sup>12</sup> BAG Urteil vom 18.03.2009 - Az. 10 AZR 281/08