

beglaubigte Abschrift

9 Sa 955/16  
~~1 Ca 266/16~~  
ArbG Detmold



Landesarbeitsgericht Hamm

Im Namen des Volkes

Urteil

In Sachen

Verkündet am: 17.01.2017

Wix  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

	Mit Z. K. Rücksprache	Wiederverlage
<b>DGB Rechtsschutz GmbH Büro Hamm</b>		
14. FEB. 2017		
Erledigt	Fristen + Termine	Bearbeitet

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:  
DGB Rechtsschutz GmbH, Rechtssekretär Kapeller, Nordenwall 5, 59065 Hamm,

gegen

Pfeifer & Langen GmbH & Co. KG Werk Lage, vertreten durch die Pfeifer & Langen  
Zucker-Beteiligungen GmbH, diese wiederum vertreten durch die Geschäftsführer U.  
Schöneberg, Dr. T. Kuhlmann, F. Walser, Heidensche Straße 70, 32791 Lage,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter:  
Arbeitgeberverband der Zuckerindustrie NRW e.V., Herwarthstraße 18 - 20, 50672  
Köln,

hat die 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm  
auf die mündliche Verhandlung vom 17.01.2017  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Pakirius  
sowie die ehrenamtlichen Richter Schuchart und Hofmann  
für Recht erkannt:

9 Sa 955/162

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Detmold vom 21.07.2016, 1 Ca 266/16, abgeändert.

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 105,00 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.04.2016 zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger eine Herren-Marzipantorte der Firma Niederegger (560 g) auszuhändigen.
3. Für den Fall, dass die Beklagte die Verpflichtung nach Ziffer 2., dem Kläger eine Herren-Marzipantorte der Firma Niederegger (560 g) auszuhändigen, nicht innerhalb von fünf Wochen nach Zustellung des Urteils erfüllt, wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger eine Entschädigung in Höhe von 24,50 € zu zahlen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über ein Weihnachtsgeld für den Kläger als Betriebsrentner der Beklagten und um die Gewährung einer Marzipantorte.

Der am 09.05.1941 geborene Kläger war seit dem Jahr 1976 bei der Beklagten beschäftigt. Er bezieht nach Angabe in der Klageschrift seit dem 01.06.2003 von der Beklagten eine betriebliche Altersversorgung. Insgesamt leistet die Beklagte an etwa 1.350 Versorgungsempfänger eine Betriebsrente.

Seit Beginn des Bezugs der Betriebsrente erhielt der Kläger, wie die Kläger in sechs weiteren Parallelverfahren vor der Berufungskammer, von der Beklagten daneben jährlich ein Weihnachtsgeld in Höhe von 105,00 €. Zugleich gewährte die Beklagte

9 Sa 955/163

diesen jeweils eine Herren-Marzipantorte der Marke Niederegger, verziert mit dem Firmenlogo (zwei Zuckerhüte).

Unter folgenden Daten sandte die zentrale Personalabteilung der Beklagten in Köln an Versorgungsempfänger Schreiben folgenden Inhalts:

*20.11.2001: „Zum bevorstehenden Weihnachtsfest übermitteln wir Ihnen unsere besten Grüße. Gleichzeitig wünschen wir Ihnen ein gesundes und zufriedenes Jahr 2002.*

*Ein Weihnachtsgeld in Höhe von € 105,--, das wir Ihnen in diesen Tagen auf Ihr Bankkonto überweisen, sowie eine Marzipantorte, die Ihnen in den nächsten Tagen mit getrennter Post zugeht, sollen Ausdruck unserer Verbundenheit mit Ihnen sein.“*

*20.11.2002: „Zum bevorstehenden Weihnachtsfest übermitteln wir Ihnen unsere besten Grüße. Gleichzeitig wünschen wir Ihnen ein gesundes und zufriedenes Jahr 2003.*

*Ein Weihnachtsgeld in Höhe von € 105,--, das wir Ihnen in diesen Tagen auf Ihr Bankkonto überweisen sowie eine Marzipantorte sollen Ausdruck unserer Verbundenheit mit Ihnen sein.“*

*17.11.2003: „Zum bevorstehenden Weihnachtsfest übermitteln wir Ihnen unsere besten Grüße. Gleichzeitig wünschen wir Ihnen ein gesundes und zufriedenes Jahr 2004.*

*Ein Weihnachtsgeld in Höhe von € 105,--, das wir Ihnen in diesen Tagen auf Ihr Bankkonto überweisen sowie eine Marzipantorte sollen Ausdruck unserer Verbundenheit mit Ihnen sein.“*

*21.11.2005: „Zum bevorstehenden Weihnachtsfest übermitteln wir Ihnen unsere besten Grüße. Gleichzeitig wünschen wir Ihnen ein gesundes und zufriedenes Jahr 2006.*

9 Sa 955/164

*Ein Weihnachtsgeld in Höhe von € 105,--, das wir Ihnen in diesen Tagen auf Ihr Bankkonto überweisen sowie eine Marzipantorte sollen Ausdruck unserer Verbundenheit mit Ihnen sein.“*

Mit Datum vom 23.11.2007 sandte wiederum die zentrale Personalabteilung der Beklagten dem Versorgungsempfänger Friedrich-Wilhelm Kampmeier in Detmold folgendes Schreiben:

*„Zum bevorstehenden Weihnachtsfest übermitteln wir Ihnen unsere besten Grüße. Gleichzeitig wünschen wir Ihnen ein gesundes und zufriedenes Jahr 2008.*

*Angesichts der Ihnen bekannten, deutlich verschärften, wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in der Zuckerindustrie freuen wir uns, Ihnen trotzdem in diesem Jahr ein Weihnachtsgeld in Höhe von € 105,-- zu überweisen. Dies als auch die Marzipantorte sollen Ausdruck unserer Verbundenheit sein.“*

Mit Zahlung des Weihnachtsgeldes und Gewährung der Marzipantorte im Jahr 2009 hat die Beklagte durch ihre Zentrale in Köln ein auf den 24.11.2009 datiertes Begleitschreiben versandt. Dieses ist ersichtlich im Adressfeld mit den typischen Textfeldern der Serienbrieffunktion für einen Versand an eine Vielzahl von Empfängern verfasst worden. Es enthält neben Wünschen für das bevorstehende Weihnachtsfest und den anstehenden Jahreswechsel folgende Formulierung:

*„Die Zuckerindustrie steht weiterhin vor großen Herausforderungen. Viele gewohnte Strukturen sind in Frage gestellt, neue Wege müssen geprüft und mutig besritten werden. Dennoch sind wir als Unternehmen nach wie vor erfolgreich und dies gründet sich nicht zuletzt auf den Leistungen früherer Mitarbeitergenerationen.*

*Deshalb freuen wir uns, Ihnen auch in diesem Jahr gemeinsam mit der Marzipantorte ein Weihnachtsgeld in Höhe von 105,00 € als Zeichen unserer Verbundenheit gewähren zu können.“*

9 Sa 955/165

Im Jahr 2015 gewährte die Beklagte dem Kläger und anderen Versorgungsempfängern weder ein Weihnachtsgeld noch eine Marzipantorte. Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Gewährung beider Leistungen für das Jahr 2015.

Der Kläger hat vorgetragen, die Beklagte habe an ihre Betriebsrentner in der Vergangenheit bis zum Jahr 2015 ohne Vorbehalt ein Weihnachtsgeld in Höhe von 105,00 € gezahlt und eine Marzipantorte ausgehändigt. Die Beklagte habe nicht ausreichend deutlich gemacht, dass sie diese Leistungen nur freiwillig gewähren und eine Bindung für die Zukunft ausschließen wolle. Auch habe die Beklagte nicht in jedem Jahr an den Kläger ein Schreiben mit dem Inhalt „Deshalb freuen wir uns, Ihnen auch in diesem Jahr gemeinsam mit der Marzipantorte ein Weihnachtsgeld in Höhe von 105,00 € als Zeichen der Verbundenheit gewähren zu können“ gerichtet. Er habe aufgrund betrieblicher Übung Anspruch auf diese Leistungen für das Jahr 2015.

Der Kläger hat beantragt,

1. Die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 105,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. Die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger eine Herren-Marzipantorte der Marke Niederegger (500 g) auszuhändigen.
3. Für den Fall, dass die Beklagte den Verpflichtungen nach Ziffer 2), dem Kläger eine Herren-Marzipantorte der Marke Niederegger (500 g) auszuhändigen nicht innerhalb von fünf Wochen nach Zustellung des Urteils erfüllt, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine Entschädigung zu zahlen, die in das Ermessen des Gerichts gestellt wird und 24,50 € nicht unterschreiten sollte.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, nach dem Vortrag des Klägers bleibe es unklar, ob der Kläger selbst jedes Jahr das Weihnachtsgeld und die Torte erhalten habe. Auch habe keine allgemeine betriebliche Übung gegenüber allen Betriebsrentnern bestanden.

## 9 Sa 955/166

Teilweise hätten Betriebsrentner keine zusätzlichen Leistungen erhalten, teilweise nur eine Marzipantorte, teilweise nur das Weihnachtsgeld.

Die Beklagte habe zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit entschieden, Umstrukturierungsmaßnahmen durchzuführen und zusätzliche Leistungen an die Betriebsrentner einzustellen. Die Betriebsrentner hätten jeweils ein Begleitschreiben erhalten, in dem die Formulierung „*auch in diesem Jahr*“ enthalten gewesen sei. Hierdurch sei ausreichend zum Ausdruck gebracht worden, dass eine Gewährung ohne jede Einschränkung und auf Dauer nicht beabsichtigt sei. Ein Rechtsbindungswille der Beklagte könne deshalb nicht angenommen werden.

Gegen eine betriebliche Übung spreche auch, dass es sich bei dem Weihnachtsgeld von 105,00 € und der Marzipantorte nicht um Leistungen handele, welche die wirtschaftliche Lage der Betriebsrentner wesentlich verbessert hätten.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Das Urteil ist dem Kläger am 01.08.2016 zugestellt worden. Hiergegen richtet sich die am 12.08.2016 eingelegte und mit dem – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 02.11.2016 - am 27.10.2016 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründete Berufung.

Der Kläger wendet sich unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage gegen das erstinstanzliche Urteil. Er trägt ergänzend vor, die Beklagte habe seit vielen Jahren, spätestens seit 2001, an ihre Betriebsrentner das Weihnachtsgeld und die Marzipantorte geleistet. Den in den Jahren 2001, 2002, 2003 und 2005 an die Versorgungsempfänger gerichteten Begleitschreiben lasse sich nicht entnehmen, dass der Beklagten ein Rechtsbindungswille gefehlt habe. Auch sei nicht mitgeteilt worden, dass kein Anspruch für die Zukunft habe begründet werden sollen und die Beklagte in jedem Jahr neu über die Leistung entscheiden wolle.

Der Kläger beantragt,

9 Sa 955/167

das Urteil des Arbeitsgerichts Detmold vom 21.07.2016, 1 Ca 266/16 abzuändern und

1. Die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 105,00 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
2. Die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger eine Herren-Marzipantorte der Firma Niederegger (560 g) auszuhändigen.
3. Für den Fall, dass die Beklagte die Verpflichtung nach Ziffer 2., dem Kläger eine Herren-Marzipantorte der Firma Niederegger (560 g) auszuhändigen, nicht innerhalb von fünf Wochen nach Zustellung des Urteils erfüllt, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine Entschädigung zu zahlen, die in das Ermessen des Gerichts gestellt wird und 24,50 € nicht unterschreiten sollte.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags zur Sach- und Rechtslage. Sie meint, mit der Vorlage der in vier Jahren ab 2001 bis einschließlich 2005 versandten anonymisierten Schreiben, die anlässlich der Gewährung des Weihnachtsgeldes und der Marzipantorte, versandt wurden, habe der Kläger nicht dargelegt, dass er diese Schreiben erhalten habe. Auch habe er nicht dargelegt, dass diese von der Personalabteilung der Zentrale in Köln gefertigten Schreiben überhaupt an Mitarbeiter der Beklagten am Standort Lage versandt worden seien. Die Beklagte verfüge über mehrere Standorte in Deutschland und auch im Ausland, so dass nicht klar sei, an welchen Betriebsrentner an welchem Standort diese Schreiben überhaupt versandt worden seien.

Gegen das Entstehen einer betriebliche Übung spreche auch, dass es sich bei dem Weihnachtsgeld in Höhe von 105,00 € und der Marzipantorte nicht um Zuwendungen handele, welche die wirtschaftliche Lage der Betriebsrentner wesentlich verbessern

9 Sa 955/168

würden. Es handele sich um Vergünstigungen, welche zwar eine Annehmlichkeit darstellen, jedoch nicht unmittelbar den Lebensstandard verbessern würden. Der Kläger beziehe neben der Betriebsrente auch eine gesetzliche Rente. Die gesetzliche Rente betrage in den alten Bundesländern durchschnittlich ca. 1.231,45 €. Im Verhältnis zu dieser würden 105,00 € eine bloße Annehmlichkeit darstellen.

Im Streitfall seien Rechtsfragen von grundsätzlicher und allgemeiner Bedeutung entscheidungserheblich. Die Beklagte habe ca. 1.300 Betriebsrentner, so dass sich die Klärung der Rechtsfragen zukünftig in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen könne und für die Beklagte eine erhebliche wirtschaftliche Auswirkung habe. Auch zeige die Berichterstattung über die erstinstanzlichen Verfahren ein abstraktes Interesse der Allgemeinheit an der Klärung der Rechtsfragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den von ihnen in Bezug genommenen Inhalt der in beiden Rechtszügen zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

### Entscheidungsgründe

I. Die Berufung ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 Buchst. b ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 519 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und innerhalb der Frist (§ 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und auch ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) begründet worden.

II. Die Berufung ist begründet.

1. Die Klage ist begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte für das Jahr 2015 Anspruch auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes in Höhe von 105,00 € nebst Rechtshängigkeitszinsen sowie die Zuwendung einer Marzipantorte der Firma Niederegger mit einem Gewicht von ca. 560 Gramm, bei Nichterfüllung auf Zahlung von weiteren 24,50 €.

9 Sa 955/169

2. Der Anspruch des Klägers auf Zahlung von Weihnachtsgeld wie auch auf die Gewährung der Marzipantorte folgt aus betrieblicher Übung.

a) Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung ist die betriebliche Übung durch den Gesetzgeber gemäß § 1 b Abs. 1 Satz 4 BetrAVG ausdrücklich als Rechtsquelle anerkannt (*BAG 12. Dezember 2006 - 3 AZR 57/06 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 77, Rn. 25*). Eine betriebliche Übung wirkt auf alle Arbeitsverhältnisse ein; individuelle Einzelheiten werden nicht verhandelt. Sie führt ähnlich wie ein Formulararbeitsvertrag zur Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen und damit zu einer Typisierung (*BAG 12. Dezember 2006 - 3 AZR 57/06 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 77, Rn. 25; BAG 25. 6. 2002 - 3 AZR 360/01 - AP BetrAVG § 16 Nr. 50 [B II 1 der Gründe]*).

Auch durch Leistungen an Versorgungsempfänger kann eine betriebliche Übung begründet werden. Für eine betriebliche Übung ist entscheidend, ob die Begünstigten dem Verhalten des Arbeitgebers einen Verpflichtungswillen entnehmen können. Auf die subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers und damit auf seine interne Entscheidungsfindung kommt es nicht an. Dementsprechend müssen auch sogenannte Freiwilligkeitsvorbehalte, die das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern sollen, gegenüber den Begünstigten hinreichend klar zum Ausdruck gebracht werden (*BAG 12. Dezember 2006 - 3 AZR 57/06 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 77*). Auch die Arbeitnehmer beziehungsweise Versorgungsanwärter, die unter Geltung einer betrieblichen Übung im Betrieb gearbeitet haben, können auf die Fortführung dieser Übung nach ihrem Ausscheiden bei Eintritt des Versorgungsfalles vertrauen (*BAG 12. Dezember 2006 - 3 AZR 57/06 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 77, Rn. 26; BAG 29. April 2003 - 3 AZR 247/02 - NJOZ 2004, 3640; BAG 16. Juli 1996 - 3 AZR 352/95 - AP BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 7*). Es ist unschädlich, wenn diese Leistung in der Ruhegeldordnung nicht vorgesehen ist (*BAG 30. Oktober 1984 - 3 AZR 236/82 - AP BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 1 [I 2 a der Gründe]*).

Eine betriebliche Übung entsteht durch ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers, das den Inhalt der Arbeitsverhältnisse oder der Rechtsverhältnisse mit Betriebsrentnern gestaltet und geeignet ist, vertragliche Ansprüche auf eine Leistung zu begründen, wenn und soweit Arbeitnehmer oder Betriebsrentner aus dem

9 Sa 955/1610

Verhalten des Arbeitgebers schließen durften, ihnen werde eine entsprechende Leistung auch künftig gewährt (BAG 12. Dezember 2006 - 3 AZR 57/06 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 77, Rn. 27; BAG 25. 6. 2002 - 3 AZR 360/01 - AP BetrAVG § 16 Nr. 50, [B I 1 der Gründe]). Eine Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung wird durch eine mindestens dreimalige vorbehaltlose Gewährung einer Weihnachtsgratifikation begründet, wenn nicht die Umstände des Falles eine andere Auslegung bedingen, mit der Folge, dass er sich von dieser Verpflichtung nicht mehr einseitig lossagen kann (BAG 16 Februar 2010 - 3 AZR 118/08 - NZA 2011, 104, Rn. 11; BAG 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50 zu II 1 der Gründe). Für die Zahlung von Weihnachtsgeld an Betriebsrentner gilt nichts anderes (BAG 16 Februar 2010 - 3 AZR 118/08 - NZA 2011, 104, 105 Rn. 11). Die subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers und damit seine interne Entscheidungsfindung sind nicht erheblich. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer dem Verhalten des Arbeitgebers einen Verpflichtungswillen entnehmen kann (BAG 12. Dezember 2006 - 3 AZR 57/06 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 77, Rn. 27); BAG 19. Mai 2005 - 3 AZR 660/03 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 71).

b) Die Beklagte hat durch Leistungsgewährung des Weihnachtsgeldes und der Torte zumindest in den Jahren von 2001 bis einschließlich 2005 eine auf deren Weitergewährung gerichtete betriebliche Übung begründet. An dieser nehmen auch Versorgungsanwärter teil. Dabei können der Ausgangspunkt einer betrieblichen Übung - die mehrfache Zahlung des Rentnerweihnachtsgeldes - und deren Grundlage - die Anschreiben an die Betriebsrentner - nicht von der Erklärung des Vorbehalts getrennt werden. Es ist davon auszugehen, dass die Versorgungsanwärter von der Zahlung eines Rentnerweihnachtsgeldes erfahren, was auch für einen mit der Zahlung gegebenenfalls verbundenen Vorbehalt gilt (BAG 12. Dezember 2006 - 3 AZR 57/06 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 77 Rn. 32).

Die Darlegungen des Klägers zur Entstehung der betrieblichen Übung sind hinreichend (aa). Die Beklagte hat zumindest vor dem Jahr 2007 keinen Vorbehalt erklärt, welcher einer Bindung für die Zukunft entgegen stehen würde (bb). Ein solcher war auch nicht wegen der Zuwendung bloßer Annehmlichkeiten entbehrlich (cc).

## 9 Sa 955/1611

aa) Der Kläger ist für die Tatsachen, welche die Entstehung einer betrieblichen Übung begründen, im Ausgangspunkt darlegungs- und beweisbelastet. Sein Vortrag hierzu ist nach den Umständen des Streitfalles hinreichend, um die Begründung einer auf die Gewährung des Weihnachtsgeldes und der Marzipantorte gerichteten, betrieblichen Übung durch die entsprechende Leistungsgewährungen schon in den Jahren 2001 bis 2005 zu bejahen. Während dieser Zeit war der Kläger bereits Arbeitnehmer der Beklagten, das Arbeitsverhältnis begann im Jahr 1976.

Die Beklagte hat zumindest während der Jahre 2001 bis einschließlich 2014 die streitgegenständlichen Leistungen gegenüber ihren Versorgungsempfängern erbracht. Dies hat der Kläger spätestens mit der Berufungsbegründung vorgetragen. Dieses Vorbringen gilt gemäß § 138 ZPO als zugestanden, wie sich aus den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast ergibt.

Kann die darlegungspflichtige Partei, obwohl sie alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, ihrer primären Darlegungslast nicht nachkommen, weil sie außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht, genügt nach den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast das einfache Bestreiten des Gegners der primär darlegungspflichtigen Partei nicht, wenn er die wesentlichen Tatsachen kennt und ihm nähere Angaben zuzumuten sind. Dann kann von ihm das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (*BAG 27. Mai 2015 – 5 AZR 88/14 - NZA 2015, 1053, 1055 Rn. 31; BAG 18. September 2014 – 6 AZR 145/13 - AP InsO § 134 Nr. 2, Rn. 29*).

Der Kläger war Arbeitnehmer an einem der inländischen Standorte der Beklagten, nämlich demjenigen in Lage. Es ist in keiner Weise ersichtlich noch vorgetragen, dass er bei einer dortigen Arbeitnehmerzahl von ca. 85 über die grundsätzliche Kenntnis, dass seit dem Eintritt seines Versorgungsfalles an ihn bis 2015 und zuvor an mehrere Versorgungsempfänger die streitigen Leistungen in der Vergangenheit gewährt wurden hinaus die reale Möglichkeit weiterer Kenntniserlangung darüber hatte, bei welchen Versorgungsempfängern in den vergangenen Jahren der Versorgungsfall eingetreten war und unter welcher Anschrift er diese hätte erreichen und sich bei diesen bezüglich der Gewährung des Weihnachtsgeldes und der Marzipantorte hätte erkundigen können sowie insbesondere auch darüber Kenntnis oder auch nur die

9 Sa 955/1612

Möglichkeit der Kenntniserlangung dazu hatte, welche Versorgungsempfänger gemäß der pauschalen Behauptung der Beklagten keine oder nur eine der beiden Leistungen erhielten. Sein Vorbringen, die Beklagte habe zumindest während der Jahre 2001 bis einschließlich 2014 die streitgegenständlichen Leistungen gegenüber Versorgungsempfängern erbracht, ist damit hinreichend. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die wechselseitig im Rechtsstreit vorgelegten Begleitschreiben zu den Fällen der Leistungsgewährung von der Personalabteilung der Beklagten in Köln stammen, eines hiervon offenbar – wie in der Berufungsverhandlung erörtert wurde – der Ausdruck einer Serienbriefvorlage ist und weiter neben dem für den Standort Lage der Beklagten zuständigen Arbeitsgericht Detmold, welches erstinstanzlich die insgesamt sieben mit diesem Rechtsstreit durch die Berufungskammer zeitgleich entschiedenen Parallelfälle verhandelt hat, weitere gleichgelagerte Verfahren bei den Arbeitsgerichten Bonn und Köln rechtshängig waren. Zudem wurde ein an den Kläger Kampmeier, welcher Arbeitnehmer am Standort Lage war, gerichtetes Begleitschreiben vorgelegt. Diese Umstände sprechen hinreichend dafür, dass es bei der Beklagten eine langjährige, auch den Standort Lage einbeziehende Praxis der Leistungsgewährung durch die Beklagte gab, die zumindest seit dem Jahr 2001 andauerte und weit mehr als nur vereinzelte Arbeitnehmer erfasste. Dies reicht hin, um die sekundäre Behauptungslast der Beklagten auszulösen, ihrerseits substantiiert zu den maßgeblichen Umständen, konkret dazu, welcher Kreis von Versorgungsempfängern beide Leistungen, welcher nur die eine und welcher nur die andere Leistung bezog und von welchen Erklärungen die Leistungserbringung gegebenenfalls begleitet war, vorzutragen. Hierauf wurde die Beklagte mit dem gerichtlichen Schreiben vom 06.01.2016 hingewiesen. Sie hat insoweit ergänzend nicht vorgetragen und auch in der umfassenden, teils wiederholenden Erörterung dieses Aspekts unter Einbeziehung der Grundsätze der gestuften Darlegungslast in der Berufungsverhandlung nicht etwa geltend gemacht, sie sei zu konkretem Vorbringen insbesondere bezüglich der Jahre ab 2001 nicht in der Lage. Vielmehr hat sie sich auf ihren bisherigen Vortrag bezogen und rechtlich die Darlegungs- und Beweislast des Klägers für die anspruchsbegründenden Tatsachen hervorgehoben. Die Beklagte ist somit dem schlüssigen Vortrag des Klägers nicht mit erheblichem Vorbringen entgegengetreten. Sein Vorbringen gilt damit gemäß § 138 ZPO als zugestanden.

9 Sa 955/1613

**bb)** Will der Arbeitgeber vermeiden, dass aus der Stetigkeit seines Verhaltens eine in die Zukunft wirkende Bindung entsteht, muss er den einschränkenden Vorbehalt zwar nicht ausdrücklich formulieren, aber klar und deutlich zum Ausdruck bringen (*BAG 16 Februar 2010 - 3 AZR 118/08 - NZA 2011, 104, 105 Rn. 14; BAG 19. Februar 2008 - 3 AZR 61/06 - Rn. 20 - AP BetrAVG § 1 Nr. 52*). Das Fehlen jedes Rechtsbindungswillens muss klar zum Ausdruck gebracht werden (*BAG 12. Dezember 2006 - 3 AZR 57/06 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 77 Rn. 29; BAG 19. Mai 2005 - 3 AZR 660/03 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 71; BAG 19. Februar 2008 - 3 AZR 61/06 - AP BetrAVG § 1 Nr. 52*). Wenn sich das Zahlungsversprechen erkennbar auf das jeweilige Jahr beschränkt, sind Ansprüche der Leistungsempfänger für die zukünftigen Jahre ausgeschlossen. Es fehlt dann bereits an einer versprochenen Leistung (*BAG 18. März 2009 - 10 AZR 289/08 - NZA 2009, 535, 536 Rn. 18*). Die Beweislast dafür, dass die vom Arbeitgeber vorgetragene Umstände nicht erkennbar geworden sind, ein behaupteter Vorbehalt nicht erklärt oder im Einzelfall hiervon abgewichen worden ist, liegt zwar nach den allgemeinen Regeln der Beweislast beim Arbeitnehmer, welcher einen Anspruch nicht schon aufgrund wiederholter, sondern nur bei festgestellter vorbehaltloser Leistungsgewährung erwirbt (*LAG Hamm 11. April 2011 - 8 Sa 1583/09, BeckRS 2011, 73610*). Dabei hat der Arbeitgeber jedoch substantiiert diejenigen Tatsachen vorzutragen, aus welchen der Arbeitnehmer trotz wiederholter Leistungsgewährung den fehlenden Verpflichtungswillen erkennen soll (*LAG Hamm 11. April 2011 - 8 Sa 1583/09, BeckRS 2011, 73610*), also letztlich zumindest die konkrete Vorbehaltserklärung. Auch dies beruht auf den dargestellten Grundsätzen der sekundären Behauptungslast.

Im Streitfall fehlt es zumindest für die vor 2007 liegenden Jahre seit 2001 an einem hinreichenden, der Begründung von Vertrauen der Leistungsempfänger auf die Dauerhaftigkeit der Leistungserbringung, mithin einer bindenden Verpflichtung entgegenstehenden Vorbehalt der Beklagten. Bereits vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes mit dem 1. Januar 2002 und damit der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB hat die Rechtsprechung verlangt, dass die eine betriebliche Übung oder eine Gesamtzusage einschränkenden Vorbehalte zwar nicht ausdrücklich formuliert, aber deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen (*BAG 5. Februar 1971 - 3 AZR 28/70 - BAGE 23, 213, zu I 2 c der Gründe; BAG 12. Januar 1994 - 5 AZR 41/93 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 43*).

9 Sa 955/1614

Die Beklagte hat den Empfängern der Schreiben in den Jahren 2001, 2002, 2003 und 2005 letztlich nicht mehr als den Umstand der Leistungsgewährung mitgeteilt. Die guten Wünsche anlässlich des Weihnachtsfestes und für das nächste Jahr begründen keine Einschränkung. Insoweit beschränkt sich die Mitteilung auf gute Wünsche und lässt nicht erkennen, dass daneben gewährte Leistungen in der Folgezeit nicht bzw. nur aufgrund einer zukünftigen, eigenständigen Entscheidung der Beklagten erbracht werden würden. Auch die Mitteilung, dass die Zuwendungen Ausdruck der Verbundenheit der Beklagten sein sollten, trägt nicht die Annahme des Vorbehalts einer auf den jeweiligen Einzelfall bezogenen Leistung ohne Bindung für die Zukunft. Es ist nicht erkennbar, woraus ein Empfänger der Erklärung, der leistende fühle sich ihm verbunden, als Vorbehalt, keine Bindung für die Zukunft eingehen zu wollen, herleiten sollte. Denn eine Verbundenheit zwischen Leistendem und Leistungsempfänger ist sowohl rechtlich verbindlich wie auch rein emotional als auch kumulativ möglich. Dass die Verbundenheit, welche die Beklagte ausdrückte, rein emotionaler Art ohne Eingehen einer rechtlichen Bindung sein sollte, hat sie im Streitfall gerade nicht erkennbar zum Ausdruck gebracht. Eine solche Einschränkung ergibt sich auch nicht aus der Jahreszeit. Es ist nicht ungewöhnlich, auch zur Weihnachtszeit Verpflichtungen einzugehen und zu erfüllen.

Soweit die Beklagte meint und in der Berufungsverhandlung nochmals vorgetragen hat, der Streitfall liege hinsichtlich von Vorbehaltserklärungen wie der dem Urteil BAG 12. Januar 1994 – 5 AZR 41/93 zu Grunde liegende Sachverhalt und es sei hier wie dort von einem erklärten Freiwilligkeitsvorbehalt auszugehen, ist dem nicht zu folgen. Dem Sachverhalt und den Gründen jenen Urteils ist zu entnehmen, dass die dortige Beklagte die jahrelang gewährte Vergünstigung, welche in einer teilweisen Freistellung am Rosenmontag/Fastnachtsdienstag sowie am Frankfurter Wäldchestag bestand, nur von Jahr zu Jahr für die jeweiligen unterschiedlichen Tage angekündigt und gewährt hat. Sie hat jedes Jahr von neuem durch Aushang oder Bekanntgabe die Arbeitsbefreiung als solche eingehend geregelt und dabei klargestellt, dass die Vergünstigung "wie in den Vorjahren" bzw. "auch in diesem Jahr" gewährt werden solle - soweit die betrieblichen Belange dies zuließen, was erkennbar dafür sprach, dass die Freistellungen nicht ohne jede Einschränkung auf Dauer gewährt werden sollten (BAG 12. Januar 1994 – 5 AZR 41/93 - NZA 1994, 694, 695). Im Streitfall fehlt es bereits an derartigen eingehenden Regelungen der Verhältnisse für das jeweilige Jahr wie auch

9 Sa 955/1615

dem Hinweis darauf, dass die Leistungen jeweils nur unter Prüfung der betrieblichen Verhältnisse gewährt würden.

**cc)** Der Begründung der betriebliche Übung steht auch die Art der Leistungen nicht entgegen. Angesichts des Umstandes, dass die Gewährung von Geld und einer Marzipantorte zumindest im Streitfall als rechtlicher Vorteil und damit Annehmlichkeit anzusehen sind, würde sich nach der Ansicht der Berufung die Frage stellen können, ab wann eine Annehmlichkeit eine bloße, nach deren Ansicht nicht den Gegenstand einer betrieblichen Übung zu bilden vermögende Annehmlichkeit wäre und ab wann eine solche Annehmlichkeit vorläge, dass es möglich erschiene, auf deren weitere Gewährung ein Vertrauen zu bilden. Diese schon in der Fragestellung zweifelhafte Abgrenzungsfrage stellt sich im Streitfall letztlich nicht.

**(1)** Die von der Beklagten zur Stützung ihrer in der Berufungsverhandlung nochmals vertieften Ansicht herangezogene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16. April 1997 - 10 AZR 705/96 – NZA 1998, 423 führt im vorliegenden Streitfall nicht wegen Gewährung vermeintlich bloßer Annehmlichkeiten zum Ausschluss einer betriebliche Übung. Dem Fall des Bundesarbeitsgerichts (*BAG 16. April 1997 - 10 AZR 705/96 – NZA 1998, 423*) lag eine u.a. in den Jahren 1998 bis 1991 geleistete Sonderzahlung an Versorgungsempfänger in Höhe von jeweils 100,00 DM zu Grunde, deren weitere Zahlung für die Jahre 1992 bis 1994 begehrt wurde. Das Bundesarbeitsgericht entschied, wegen des Inhalts der jeweiligen Ankündigungsschreiben hätten die Betriebsrentner kein Vertrauen in die zukünftige Gewährung dieser Sonderzahlung bilden können. Dabei sei entsprechend der Entscheidung des fünften Senats vom 12. Januar 1994 – 5 AZR 41/93 - auch zu berücksichtigen, dass die Sonderzahlung in Anbetracht ihrer Höhe nicht als materiell ins Gewicht fallende Leistung anzusehen sei und letztlich nur eine Annehmlichkeit bedeute (*BAG 16. April 1997 - 10 AZR 705/96 – NZA 1998, 423, 424 zu II. 1. c) der Gründe*). Mit der Bezugnahme auf die Entscheidung BAG 5 AZR 41/93 hat das Bundesarbeitsgericht deutlich gemacht, deren Grundsätze entsprechend fortführen zu wollen. Dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 12. Januar 1994 – 5 AZR 41/93 – NZA 1994, 694 lag der Streit um die weitere Freistellung im Umfang eines halben Arbeitstages am Frankfurter Wäldchestag sowie am Rosenmontag bzw. Karnevalsdienstag zu Grunde. Auch in diesem Fall hat das Bundesarbeitsgerichts eine betriebliche Übung bereits wegen erkennbar dafür, dass die Freistellungen nicht auf

## 9 Sa 955/1616

Dauer gewährt werden sollten, sprechender Formulierungen verneint und lediglich ergänzend ausgeführt, hinzu komme, dass die Arbeitsfreistellung sich jeweils nur auf wenige Stunden erstreckte und letztlich nur eine Annehmlichkeit bedeutete, jedoch nicht als materiell ins Gewicht fallende Leistung anzusehen gewesen sei. Insoweit verwies das Bundesarbeitsgericht (*BAG 12. Januar 1994 – 5 AZR 41/93 – NZA 1994, 694, 695 zu II.1. der Gründe*) auf die Entscheidung des fünften Senats vom 17. September 1970 - 5 AZR 539/69. In dieser wiederum ging es um die Gewährung eines dienstfreien Tages nach Ostern und nach Pfingsten jeden Jahres. Diesen hatte die Beklagte jeweils besonders angekündigt und in diesem Zusammenhang erklärt, das Institut bleibe geschlossen. Hieraus erkannte das Bundesarbeitsgericht, solche fortgesetzten Anordnungen wären nicht notwendig gewesen, wenn die Betriebsschließung in Verbindung mit der Arbeitsbefreiung nicht jeweils nur für das einzelne Jahr kraft Direktionsrechts des Arbeitgebers als betriebliche Maßnahme erfolgt wäre, sondern sich schon aus dem durch eine bereits eingeführte betriebliche Übung ergänzten Arbeitsvertrag unmittelbar ergeben würde. Wenn der Arbeitgeber in jedem Jahr eine neue ins Einzelne gehende Ankündigung erlasse, so sei für den Arbeitnehmer erkennbar, dass nicht schon wegen der Handhabung in früheren Jahren an den Dienstagen nach Ostern und Pfingsten in diesem Jahre nicht gearbeitet werde; er könne insbesondere nicht ohne weiteres davon ausgehen, es werde lediglich auf einen ohnehin bestehenden Rechtszustand hingewiesen (*BAG 17. September 1970 - 5 AZR 539/69 – BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 9*). Weiter hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, das Landesarbeitsgericht habe auch den Umstand werten können, dass es sich hier nicht, wie zum Beispiel bei Gratifikationen und Jubiläumszuwendungen, um den Lebensstandard des Arbeitnehmers nennenswert beeinflussende Leistungen, sondern um Vergünstigungen handelte, die zwar eine Annehmlichkeit für den Arbeitnehmer darstellten, die aber nicht unmittelbar seine wirtschaftliche Lage verbesserten. Der Arbeitnehmer könne um so eher auf die Fortgewährung einer Vergünstigung vertrauen, je mehr diese seinen materiellen Lebensstandard verbessere. Auf finanzielle Zuwendungen, die mehrere Jahre hindurch gewährt werden, richte sich der Arbeitnehmer erfahrungsgemäß eher ein und seine Lebensgrundlage werde durch sie stärker berührt als durch die Gewährung einzelner freier Tage oder Stunden. Um eine Änderung in den Bezügen der Arbeitnehmer handele es sich hier nicht, da die Dienstage nach Ostern und Pfingsten in jedem Fall bezahlt würden. Es gehe vielmehr ausschließlich um die Freistellung von

## 9 Sa 955/1617

der Arbeit an diesen Tagen. Insoweit sei auch zu berücksichtigen, dass in den letzten Jahren die Arbeitszeit sowohl in der privaten Wirtschaft als auch im öffentlichen Dienst mehrfach verkürzt worden sei, während gleichzeitig der Urlaubsanspruch im BUrlG gesetzlich verankert worden sei und der nunmehr bei dem Beklagten anwendbare BAT sogar einen über die gesetzliche Regelung hinausgehenden Urlaub gewähre (*BAG 17. September 1970 - 5 AZR 539/69 – BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 9 zu 2. b) der Gründe*). Die soeben dargestellte Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zeigt, dass letztlich der materielle Wert der umstrittenen Leistungen allenfalls ein unterstützendes Element bei der Entscheidung darüber bildete, ob nach den Umständen des Einzelfalles die Begünstigten ein schutzwürdiges Vertrauen auf die Weitergewährung der jeweils umstrittenen Begünstigung haben bilden können. In der Ausgangsentscheidung (*BAG 17. September 1970 - 5 AZR 539/69 – BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 9*) fehlte es an jeder finanziellen Auswirkung der in einer bloßen Freistellung von der Arbeitspflicht bestehenden Vergünstigung. Anders als in den durch das Bundesarbeitsgericht wie soeben dargelegt entschiedenen Fällen fehlt es im Streitfall – wie bereits ausgeführt wurde – jedenfalls für die Jahre bis einschließlich 2005 an Erklärungen der Beklagten, die ausreichend erkennbar eine Bindungswirkung für die Zukunft ausschließen würden.

(2) Selbst wenn es darauf nicht ankäme, ist gleichwohl die von der Berufung betonte, relative Geringwertigkeit der Leistungen mit den vermeintlichen Charakter einer bloßen Annehmlichkeit nicht geeignet, der Begründung einer betriebliche Übung auf ein Weihnachtsgeld nebst Marzipantorte für Versorgungsempfänger entgegenzustehen. Dies ergibt sich aus der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. In einem Fall, in dem eine Sonderzuwendung in Höhe von 250,00 DM jährlich bis einschließlich 1998 gezahlt wurde hat es entschieden, die Ansicht, in Anbetracht der geringen Höhe der gewährten Leistung könnten Arbeitnehmer und Betriebsrentner diese nicht als materiell ins Gewicht fallend ansehen und dürften sie letztlich nur als Annehmlichkeit auffassen, was den Schluss verbiete, die Leistung werde auch zukünftig gewährt werden, vermöge nicht zu überzeugen (*BAG 29. April 2003 - 3 AZR 247/02 - NJOZ 2004, 3640, 3642*).

Es trifft zwar zu, dass sich Arbeitnehmer oder Versorgungsempfänger um so eher auf den regelmäßigen Bezug einer Leistung einrichten, je höher sie ist. Ein auf betrieblicher Übung beruhender Anspruch auf Leistungen der betrieblichen

## 9 Sa 955/1618

Altersversorgung setzt jedoch nicht voraus, dass diese „maßgeblich für die Lebensführung ins Gewicht fallen“. Dies folgt schon aus § 3 BetrAVG, der die Abfindung geringwertiger Anwartschaften regelt. Zudem wäre eine solche Bezugsgröße unklar, weil offen bliebe, ob dies im Verhältnis zur Betriebsrente, zur Gesamtversorgung oder zur Summe der Gesamteinkünfte zu sehen wäre (*BAG 29. April 2003 - 3 AZR 247/02 - NJOZ 2004, 3640, 3643*). Im durch das Bundesarbeitsgericht entschiedenen Streitfall war weiter zu berücksichtigen, dass ein Weihnachtsgeld in dieser Höhe alle Betriebsrentner erhalten hatten, auch diejenigen, die nach der dortigen Pensionsordnung weit geringere monatliche Betriebsrenten erhielten als die dortige Klägerin, das Weihnachtsgeld für sie also einen erheblich höheren Stellenwert hatte. Eine unterschiedliche Qualifikation der einheitlich gegenüber allen Betriebsrentnern erbrachten Leistung scheidet jedoch aus (*BAG 29. April 2003 - 3 AZR 247/02 - NJOZ 2004, 3640, 3643*).

Danach ist auch die Zuwendung nicht hoher Beträge von im Streitfall 105,00 € und nicht großer Sachwerte, vorliegend einer Marzipantorte, geeignet, eine betriebliche Übung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung jedenfalls unter den Verhältnissen des vorliegenden Streitfalles zu begründen. Die von der Beklagten geleisteten Betriebsrenten bewegen sich, ohne dass es entscheidend hierauf ankommt, zumindest soweit sie bekannt sind, auf einem niedrigen Niveau; so betragen sie in den durch die Berufungskammer zeitgleich verhandelten und entschiedenen Parallelverfahren LAG Hamm 9 Sa 955/16 monatlich 257,38 €, in 9 Sa 956/16 monatlich 185,64 € und in 9 Sa 1067/16 monatlich 199,12 €. Gegen eine gesonderte Behandlung des Bezugs der Marzipantorte und der Geldzuwendung spricht zudem, dass die Beklagte zumindest in den für die Begründung der betrieblichen Übung herangezogenen Jahren 2001 bis einschließlich 2003 und 2005 versandten Schreiben die angekündigte Zuwendung der Geldleistung mit derjenigen der Sachleistung in einem Satz unter Verwendung der einer Verknüpfung von Gliedern einer Aufzählung dienenden Konjunktion „sowie“ mitgeteilt hat. Dies verdeutlicht dem jeweiligen Empfänger, dass beide Leistungen eine Einheit bilden sollten. Jedenfalls ist bei einer derartigen Mitteilung für den Empfänger nicht erkennbar, dass die Voraussetzungen der Leistungsgewährung differieren könnten. Ob (auch) dies bei anderen Einzelfallgestaltungen anders liegen könnte, bedarf keiner Entscheidung.

c) Ein Entfall der betrieblichen Übung kann auch unter dem Gesichtspunkt der

9 Sa 955/1619

gegenläufigen betrieblichen Übung nicht angenommen werden. Für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung war ohnehin eine gegenläufige Übung nicht anzuerkennen (*BAG 16 Februar 2010 - 3 AZR 118/08 – NZA 2011, 104, 106 Rn. 23, 24*). Im Übrigen hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts seine bisherige Rechtsprechung, welche die Möglichkeit einer gegenläufigen betriebliche Übung annahm, aufgegeben (*BAG 18. März 2009 - 10 AZR 281/08 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 83*). Ohnehin wären die Voraussetzungen einer gegenläufigen betrieblichen Übung angesichts allenfalls zweier von der Beklagten angeführter, verbleibender Schreiben in den Jahren 2007 und 2009 nicht hinreichend dargelegt, so dass nicht entscheidungsrelevant ist, ob diese einen ausreichenden Vorbehalt enthielten, was aus den durch das Arbeitsgericht Bonn in seinem Urteil vom 28. September 2016 in dem dortigen Parallelverfahren 2 Ca 933/16 EU, welches den Parteien bekannt ist und mit ihnen in der Berufungsverhandlung erörtert wurde, dargelegten Gründen hinsichtlich des Schreibens aus dem Jahr 2009 zudem abzulehnen wäre.

**d)** Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 291 BGB. Die Rechtshängigkeit und damit die Verpflichtung zur Zahlung von Prozesszinsen tritt nach § 291 BGB mit dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag ein (*BAG 30. Oktober 2001 – 1 AZR 67/0 – BeckRS 2001, 30980578; BAG 1. Oktober 2002 – 9 AZR 215/01; BAG 15. November 2000 – 5 AZR 365/99 – NZA 2001, 386, 387*). Die Klagezustellung erfolgte am 04.04.2016. Angesichts dessen besteht seit dem 05.04.2016 ein Anspruch des Klägers auf Zinsen aus dem Betrag von 105,00 €.

**3.** Der Kläger hat zudem für das Jahr 2015 gegen die Beklagte bei Nichterfüllung der Pflicht zur Zuwendung der Marzipantorte in der Frist von fünf Wochen nach Zustellung des Urteils Anspruch auf Zahlung von 24,50 €.

Hinsichtlich der Marzipantorte wurde in der Berufungsverhandlung erörtert, dass eine kleine Herrentorte von Firma Niederegger ausweislich ihres Internetauftritts bei einem Gewicht von ca. 560 Gramm zum Preis von 24,50 € angeboten wird. Auf Leistung dieses Kaufpreises hat der Kläger für den Fall durch die Nichtleistung der Torte durch die Beklagte Anspruch. Es handelt sich um den Betrag, den er aufwenden muss, um die ihm vorenthaltene Leistung zu beschaffen. Bei der Festlegung der Höhe der Entschädigung ist der Schaden zu berücksichtigen, der durch die Nichterfüllung der

## 9 Sa 955/1620

Handlung entsteht (*GMP/Germelmann ArbGG § 61 Rn. 37; (ErfK/Koch ArbGG § 61 Rn. 4)*). Unerheblich ist daher, ob die Beklagte ihrerseits die Marzipantorte zu einem niedrigeren Preis geliefert bekommen könnte und ihr Aufwand zudem dadurch geringer wäre, dass sie gegebenenfalls zum Abzug der Vorsteuer berechtigt wäre.

**4.** Das weitere Vorbringen der Parteien, welches die Kammer bedacht hat, bedarf danach keiner Erörterung.

**III.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat als unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

**IV.** Gründe, die Revision nach § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen, sind nicht vorhanden.

**1.** Eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt nicht vor. Eine Rechtsfrage ist entscheidungserheblich, wenn die Entscheidung von dieser Rechtsfrage abhängt und sie durch das Revisionsgericht klärungsfähig und klärungsbedürftig ist.

Eine Rechtsfrage ist von grundsätzlicher Bedeutung, wenn ihre Klärung entweder von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsordnung ist oder sie wegen ihrer tatsächlichen, z. B. wirtschaftlichen Auswirkungen die Interessen der Allgemeinheit oder jedenfalls eines größeren Teils der Allgemeinheit eng berührt (*BAG 28. Juni 2011 - 3 AZN 146/11 - AP ArbGG 1979 § 72 a Grundsatz Nr. 70 m. Anm. Hergenröder = NZA 2011, 939 940 Rn. 10; BAG 10. Juli 2014 - 10 AZN 307/14 - NZA 2014, 982, 983 Rn. 4; BAG 23. Januar 2007 - 9 AZN 792/06 - BAGE 121, 52 = AP ArbGG 1979 § 72 a Grundsatz Nr. 66*).

Das schließt eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage aus, wenn sie lediglich einen Einzelfall betrifft (*BAG 28. Juni 2011 - 3 AZN 146/11 AP ArbGG 1979 § 72 a Grundsatz Nr. 70 - NZA 2011, 939, 940 Rn. 11; BAG 9. September 1981 - 4 AZN 241/81 - BAGE 36, 85 = AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 9*). Vielmehr muss sich die aufgeworfene Rechtsfrage in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen können und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berühren. Das kann der Fall sein, wenn die Rechtsfrage über ein einzelnes Unternehmen hinaus Bedeutung

## 9 Sa 955/1621

hat und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts betroffen ist. Dass etwa eine Vielzahl von Arbeitnehmern eines Unternehmens unter den Geltungsbereich eines Firmentarifvertrages fällt, kann eine allgemeine Bedeutung allenfalls dann begründen, wenn die zu klärende Rechtsfrage über den Einzelfall hinaus in weiteren Fällen streitig und maßgeblich für eine Vielzahl bereits anhängiger oder konkret zu erwartender gleichgelagerter Prozesse ist (*BAG 28. Juni 2011 - 3 AZN 146/11 AP ArbGG 1979 § 72 a Grundsatz Nr. 70 m. Anm. Hergenröder = NZA 2011, 939, 940 Rn. 11; BAG 5. Oktober 2010 – 5 AZN 666/10 – Rn. 3 und 5 - AP ArbGG 1979 § 72 a Nr. 74*).

Soweit der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Entscheidung vom 26. September 2000 - 3 AZN 181/00 - AP ArbGG § 72 a Grundsatz Nr. 61 [II 2 der Gründe] eine grundsätzliche Bedeutung der dort aufgeworfenen Rechtsfrage allein deshalb angenommen hatte, weil von ihr eine Vielzahl, jedenfalls mehr als 20 Arbeitsverhältnisse bei dem beklagten Arbeitgeber betroffen sein konnte, hält er hieran ausdrücklich nicht fest (*BAG 28. Juni 2011 - 3 AZN 146/11 - AP ArbGG 1979 § 72 a Grundsatz Nr. 70 m. Anm. Hergenröder = NZA 2011, 939, 940 Rn. 12*). Dies entspricht auch der Ansicht des Zehnten Senats (*BAG 10. Juli 2014 – 10 AZN 307/14 – NZA 2014, 982, 983 Rn. 10*).

Danach ist die Revision im Streitfall nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung einer entscheidungserheblichen, klärungsbedürftigen und klärungsfähigen Rechtsfrage zuzulassen. Die Entscheidung hängt nicht von einer solchen Rechtsfrage ab, vielmehr hat die Berufungskammer in Anwendung der dargelegten, anerkannten Grundsätze zum Entstehen einer betrieblichen Übung den im Einzelfall festgestellten Sachverhalt gewürdigt. Soweit die Beklagte in der Berufungsverhandlung gemeint hat, der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16. April 1997 – 10 AZR 705/96 – NZA 1998, 423 lasse sich entnehmen, dass bei Sonderleistungen in der im Streitfall gegebenen Größenordnung letztlich nur Annehmlichkeiten betroffen seien, was der Begründung einer betrieblichen Übung entgegenstehe, wurde bereits zuvor aufgezeigt, dass diese Annahme bereits aufgrund der in dem angezogenen Urteil und den dort in Bezug genommenen weiteren Entscheidungen (*BAG 12. Januar 1994 – 5 AZR 41/93 und BAG 17. Januar 1970 – 5 AZR 539/69*) sowie insbesondere der diesen jeweils zu Grunde liegenden Sachverhalte zu weitgehend ist; keiner der soeben genannten Entscheidungen lässt sich ein Rechtssatz derart entnehmen, dass bei wie

## 9 Sa 955/1622

auch immer als Annehmlichkeiten einzuordnenden Sonderleistungen die Begründung einer betriebliche Übung stets und unabhängig von den Umständen des Einzelfalles ausgeschlossen wäre. Selbst wenn dies anders gesehen würde, ist entscheidend, dass unter Würdigung der besonderen Verhältnissen der betrieblichen Altersversorgung der für Rechtssachen aus der betrieblichen Altersversorgung zuständige Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts die Ansicht, in Anbetracht der geringen Höhe der gewährten Leistung könnten Arbeitnehmer und Betriebsrentner diese nicht als materiell ins Gewicht fallend ansehen und dürften sie letztlich nur als Annehmlichkeit auffassen, was den Schluss verbiete, die Leistung werde auch zukünftig gewährt werden, explizit als nicht überzeugend abgelehnt hat (*BAG 29. April 2003 - 3 AZR 247/02 - NJOZ 2004, 3640, 3642*). Damit wäre auch eine unterstellte Auslegungsregel als Rechtsfrage hinsichtlich der Ablehnung einer betrieblichen Übung wegen Gewährung einer Annehmlichkeit jedenfalls für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung höchstrichterlich geklärt.

Zudem ist nicht ersichtlich noch dargelegt, dass eine derartige mögliche Rechtsfrage maßgeblich für eine Vielzahl bereits anhängiger oder konkret zu erwartender gleichgelagerter Prozesse ist oder dass sie auch über das Unternehmen der Beklagten hinaus in einer Vielzahl von Fällen Bedeutung erlangen könnte. Insoweit ist der Umstand, dass bei den Arbeitsgerichten Bonn und Köln einige wenige gleichgelagerte Verfahren durch Urteil entschieden wurden, wobei, soweit ersichtlich ist, in keinem Fall die Berufung zugelassen wurde, unerheblich. Diese Verfahren wurden abgeschlossen. Die Zahl der Betriebsrentner der Beklagten von ca. 1300 bzw. 1350 begründet gleichfalls nicht die Annahme, mit diesen seien gleichgelagerte Prozesse konkret zu erwarten.

2. Auch der Zulassungsgrund des § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG liegt nicht vor. Die Berufungskammer ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefolgt. Insbesondere hat sie die neuere Rechtsprechung des Dritten Senats des Bundesarbeitsgerichts zu dem Aspekt einer auf Annehmlichkeiten gerichteten betrieblichen Übung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung angewandt (*BAG 29. April 2003 - 3 AZR 247/02 - NJOZ 2004, 3640, 3642*), wie zuvor dargelegt wurde.

9 Sa 955/1623

9 Sa 955/1624

**RECHTSMITTELBELEHRUNG**

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Pakirius

Schuchart

Hofmann

Beglaubigt.  
Hamm, den 14.02.2017  
Wix, Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Dieses Schriftstück wurde maschinell erstellt und ist ohne Unterschrift gültig, § 169 Abs. 3 ZPO.