

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 863/09
15 Sa 860/09
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Januar 2011

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richter Thiel und Petri für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 15. Oktober 2009 - 15 Sa 860/09 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über eine restliche Jahressonderzahlung für das Jahr 2007. 1

Der Kläger ist beim Beklagten seit dem 1. November 1991 als Erzieher beschäftigt. Der Beklagte ist Träger von 70 rechtlich nicht selbstständigen diakonischen Einrichtungen. Er beschäftigt ca. 6.000 Arbeitnehmer. Er ist Mitglied im Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche von Westfalen. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden kraft einzelvertraglicher Vereinbarung die Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche in Deutschland (*im Folgenden: AVR*) in der jeweils gültigen Fassung Anwendung. 2

In der Anlage 14 zu den AVR heißt es ua.: 3

„Anlage 14 - Jahressonderzahlung

(1) Die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter, die oder der sich am 01. November eines Jahres in einem Beschäftigungsverhältnis befindet, das mindestens bis zum 31. Dezember des Jahres besteht, erhält eine Jahressonderzahlung.

...

(3) Die Jahressonderzahlung wird zur Hälfte im November des laufenden Jahres, die zweite Hälfte im Juni des Folgejahres gezahlt. ...

(4) Weist die Dienstgeberin bzw. der Dienstgeber nach, dass bei voller Juni-Zahlung der anteiligen Bruttopersonalkosten der Jahressonderzahlung für alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ein negatives betriebliches Ergebnis im Vorjahr (Wirtschaftsjahr der geleisteten Novemberzahlung) vorliegen würde, entfällt der Anspruch auch teilweise in dem Maße, in dem die Reduzierung in

der Summe zu einem ausgeglichenen Ergebnis führt. Der Nachweis gilt als erbracht, wenn die Dienststellenleitung der Mitarbeitervertretung ein Testat eines vereidigten Wirtschaftsprüfers oder einer Treuhandstelle vorlegt, aus dem sich der Umfang des negativen betrieblichen Ergebnisses und die Summe der regulären betrieblichen Juni-Zahlung ergibt. Bestandteil der vorzulegenden Unterlagen ist die Zuordnung der Kosten der zentralen Dienste zu den wirtschaftlich selbständig arbeitenden Teilen der Einrichtung.“

§ 1 Abs. 5 AVR lautet ua.:

4

„Von den Abweichungsmöglichkeiten in § 17 und den Anlagen 14 und 17 der AVR können Einrichtungen nur Gebrauch machen, wenn

- a) auf alle Dienstverhältnisse der Einrichtung und der mit ihr verbundenen Einrichtungen, die Mitglied in einem Diakonischen Werk sind, die Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) oder eine gleichwertige Arbeitsvertragsgrundlage angewandt werden,
- b) Leiharbeitnehmer nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) nur zur kurzfristigen Überbrückung von Personalengpässen eingesetzt werden. Bei Einrichtungsträgern, in deren Einrichtungen insgesamt mehr als 50 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigt sind, ist eine kurzfristige Überbrückung im Sinne dieser Regelung anzunehmen, wenn nicht mehr als 5 v. H. der insgesamt im Jahresdurchschnitt beschäftigten Vollkräfte in den Einrichtungen des Trägers Leiharbeitnehmer i. S. d. AÜG sind. Bei der Ermittlung der Anzahl der Vollkräfte sind Teilzeitbeschäftigte anteilig zu berücksichtigen.“

Mit dem „Testat Jahressonderzahlung gemäß Anlage 14 AVR“ vom 2. Juni 2008 kamen die vereidigten Wirtschaftsprüfer der W AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu dem Ergebnis, dass „unter Berücksichtigung der regulären betrieblichen Juni-Zahlung von € 4.959.533,90 sich ... ein negatives betriebliches Ergebnis von € 1.288.297,02 für das Jahr 2007 ergeben (würde)“. Mit Schreiben vom 11. Juni 2008 teilte der Beklagte den Mitarbeitern mit, der

5

Vorstand habe nach Feststellung des handelsrechtlichen Jahresergebnisses und nach eingehender Beratung beschlossen, zum Verlustausgleich von den Abweichungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen. Allerdings werde nicht die tariflich mögliche und testierte Reduzierung von 13 % durchgeführt, sondern es erfolge nur eine Reduzierung um 8 %.

Mit Schreiben vom 9. Juli 2008 forderte der Kläger den Beklagten auf, den nicht gezahlten Betrag der Jahressonderzahlung 2007 in Höhe von 247,38 Euro brutto an ihn zu leisten. Mit der dem Beklagten am 13. November 2008 zugestellten Klage hat der Kläger diesen Anspruch gerichtlich weiterverfolgt. 6

Der Kläger ist der Auffassung, der Beklagte habe die Jahressonderzahlung 2007 nicht kürzen dürfen. Ein negatives Ergebnis im Wirtschaftsjahr sei nicht nachgewiesen. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 AVR seien nicht erfüllt. Leiharbeiter würden nicht nur zur kurzfristigen Überbrückung von Personalengpässen, sondern vielmehr dauerhaft eingesetzt. Mitarbeiter der mit dem Beklagten verbundenen T GmbH seien regelmäßig beschäftigt und ersetzt Stammmitarbeiter. Die T GmbH wende nicht die AVR, sondern die zwischen der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) und dem Arbeitgeberverband mittelständischer Personaldienstleister e. V. (AMP) geschlossenen Tarifwerke zur Arbeitnehmerüberlassung an. 7

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag iHv. 247,38 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 13. November 2008 zu zahlen. 8

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Ansicht vertreten, gemäß Abs. 4 der Anlage 14 AVR sei er zur Kürzung der Jahressonderzahlung für 2007 berechtigt gewesen. Es liege zum einen ein vom Wirtschaftsprüfer testiertes erhebliches negatives Betriebsergebnis vor. Zum anderen seien er und alle Tochtergesellschaften Mitglied im Diakonischen Werk und wendeten die AVR oder gleichwertige Arbeitsvertragsgrundlagen an. Die 9

T GmbH sei wegen ihrer fehlenden Gemeinnützigkeit nur Gastmitglied im Diakonischen Werk. Gastmitglieder erfasse § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR aber nicht. Auch habe das Diakonische Werk der Evangelischen Kirche von Westfalen bei der Aufnahme der T GmbH auf die Anwendung „kirchlichen Arbeitsrechts“ verzichtet, nachdem diese im Aufnahmeantrag ausdrücklich auf die Anwendung der Tarifwerke der CGZP hingewiesen habe. Er habe im Jahr 2007 Leiharbeitnehmer nur zur kurzfristigen Überbrückung eingesetzt. 0,72 % der Mitarbeiter seien Leiharbeitnehmer gewesen, weshalb die unwiderlegbare Fiktion des § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. b Satz 2 AVR eingreife.

Das Arbeitsgericht hat der Zahlungsklage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Dem Kläger steht der Anspruch auf Zahlung der restlichen Jahressonderzahlung für das Jahr 2007 nach Abs. 3 der Anlage 14 AVR nicht zu. Der Beklagte hat zu Recht von den Abweichungsmöglichkeiten nach § 1 Abs. 5 AVR iVm. Abs. 4 der Anlage 14 AVR Gebrauch gemacht. 11

1. Die Voraussetzungen nach Abs. 4 Satz 1 Anlage 14 AVR sind erfüllt. 12

a) Nach Abs. 4 Satz 1 Anlage 14 AVR entfällt der Anspruch auf Auszahlung der im Juni des Folgejahres fälligen anteiligen Jahressonderzahlung, wenn der Dienstgeber nachweist, dass bei voller Juni-Zahlung der anteiligen Bruttopersonalkosten der Jahressonderzahlung für alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ein negatives betriebliches Ergebnis im Vorjahr vorliegen würde. Dabei gilt nach Satz 2 der Regelung der Nachweis als erbracht, wenn die Dienststellenleitung der Mitarbeitervertretung ein Testat eines vereidigten Wirtschaftsprüfers oder einer Treuhandstelle vorlegt, aus dem sich der Umfang 13

des negativen betrieblichen Ergebnisses und die Summe der regulären betrieblichen Juni-Zahlung ergeben.

b) Nach den nicht mit Revisionsrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wies der Beklagte unter Berücksichtigung der anteiligen Bruttopersonalkosten der Jahressonderzahlung für Juni für das Wirtschaftsjahr 2007 ein negatives Betriebsergebnis in Höhe von 1.288.297,02 Euro auf. 14

aa) Das folgt aus dem testierten Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Damit ist der Nachweis iSv. Abs. 4 Satz 2 Anlage 14 AVR als hinreichend erbracht anzusehen. 15

bb) Soweit der Kläger eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör mit dem Hinweis gerügt hat, das Testat sei aus „Gefälligkeit“ gegeben worden und er habe nur kurze Zeit zur Prüfung erhalten, ist dieser Einwand unbeachtlich. Für ein Gefälligkeitstestat bestehen keine Anhaltspunkte. Abs. 4 Satz 2 Anlage 14 AVR verlangt keinen testierten Nachweis gegenüber den Mitarbeitern, sondern lediglich gegenüber der Mitarbeitervertretung. Dies ist erfolgt. Einen darüber hinausgehenden individualrechtlichen Anspruch begründet die Regelung des Abs. 4 Anlage 14 AVR nicht. Dagegen kann nicht eingewandt werden, es liege ein Eingriff in Individualrechte vor. Die restliche, kollektiv geregelte Jahressonderzahlung steht nach Abs. 4 Anlage 14 AVR unter dem Vorbehalt eines fehlenden negativen betrieblichen Ergebnisses. Die AVR-Regelung will verhindern, dass es nach der externen Begutachtung und der Prüfung durch die Mitarbeitervertretung noch zu individuellen rechtlichen Angriffen kommt. Sie sieht vielmehr eine verobjektivierte Feststellung gegenüber der Mitarbeitervertretung als ausreichend an. 16

2. Auch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 AVR sind erfüllt. 17

a) Der Beklagte hat Leiharbeitnehmer nach dem AÜG nur zur kurzfristigen Überbrückung von Personalengpässen eingesetzt. 18

aa) Nach § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. b Satz 2 AVR ist eine kurzfristige Überbrückung im Sinne dieser Regelung generell bei Einrichtungsträgern 19

anzuerkennen, wenn in einer Einrichtung mit insgesamt mehr als 50 beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern nicht mehr als 5 % der insgesamt im Jahresdurchschnitt beschäftigten Vollkräfte in den Einrichtungen des Trägers Leiharbeitnehmer im Sinne des AÜG sind. Bezogen auf die Einrichtung des Beklagten bestehen daran keine Zweifel. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts - die der Kläger nicht mit revisionsrechtlich relevanten Rügen angegriffen hat - hat der Beklagte lediglich 0,72 % seiner Mitarbeiter als Leiharbeitnehmer im Jahr 2007 in seinen Einrichtungen beschäftigt.

bb) Entgegen der Auffassung des Klägers regelt § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. b Satz 2 AVR nicht nur die Beweislastverteilung und eine Beweiserleichterung für den Dienstgeber. Nach dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck der Regelung soll das Tatbestandsmerkmal „kurzfristige Überbrückung“ pauschalierend und abschließend ausgefüllt werden, indem bis zu einem bestimmten Prozentsatz der Mitarbeiter generell davon ausgegangen wird, es liege typischerweise lediglich eine kurzfristige Überbrückung vor. Einer weiteren Aufklärung bedarf es deshalb nicht. Dem Kläger wird die Möglichkeit einer Widerlegung nicht eröffnet. 20

b) Der Beklagte wendet auf die Dienstverhältnisse seiner und der mit ihm verbundenen Einrichtungen, die Mitglied im Diakonischen Werk sind, die AVR iSv. § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR an. 21

aa) Unstreitig wendet der Beklagte auf alle Dienstverhältnisse seiner Einrichtungen die AVR an. Dies gilt auch für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der mit ihm verbundenen S GmbH. 22

bb) Auf die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der T GmbH werden hingegen die AVR - oder gleichwertige Arbeitsvertragsgrundlagen - nicht angewandt, obwohl es sich bei der T GmbH unstreitig um eine mit dem Beklagten verbundene Einrichtung handelt. Dennoch sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR erfüllt. Ob das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, dass die sog. Tariftreueregelung in § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR lediglich auf Vollmitglieder anwendbar sei 23

und bei Gastmitgliedern außer Betracht zu bleiben habe, weil § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR nur von „Mitgliedern“ und nicht von „Mitgliedern und Gastmitgliedern“ spreche, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls fallen Gastmitglieder dann nicht in den Anwendungsbereich dieser Regelung, wenn ihnen vom Vorstand des Diakonischen Werks ein Dispens von den Regelungen des § 4 der Satzung des Diakonischen Werks erteilt worden ist. Das war bei der T GmbH der Fall.

(1) Zwar lässt sich aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR und der Systematik der AVR keine eindeutige Präferenz für die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals der Regelung erkennen. Der Wortlaut ist nicht eindeutig. Auch systematische Überlegungen aus den AVR führen insoweit nicht weiter. 24

(2) Der Sinn und Zweck des § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR spricht aber eindeutig dafür, dass Gastmitglieder, die die AVR-Regelungen aufgrund eines vom Vorstand des Diakonischen Werks erteilten Dispenses von den Regelungen des § 4 der Satzung des Diakonischen Werks nicht anwenden müssen, nicht unter den Anwendungsbereich dieser AVR-Regelung fallen. Mit der Regelung des § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR sollte verhindert werden, dass Einrichtungen des Diakonischen Werks ihren Mitarbeitern Arbeitsbedingungen anbieten, die sich von Arbeitsvertragsrichtlinien - oder vergleichbaren Regelungen - entfernen. Dies entspricht zum einen dem Verständnis der Dienstgemeinschaft iSd. § 1 Abs. 2 AVR und zum anderen auch den sich aus der Mitgliedschaft im Diakonischen Werk übernommenen Mitgliedspflichten. Nach § 4 Abs. 2 Nr. 7 der Satzung des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche von Westfalen (*im Folgenden: Satzung*) sind die 25

„Mitglieder verpflichtet,

- a) die Mitarbeitenden nach Arbeitsbedingungen zu beschäftigen, die in einem kirchengesetzlich anerkannten Verfahren gesetzt werden, welches auf strukturellem Gleichgewicht der Dienstgeber- und der Dienstnehmerseite beruht,

- b) sich der Kirchlichen Zusatzversorgungskasse Rheinland-Westfalen oder einer gleichwertigen Kasse anzuschließen, mit der eine Überleitungsregelung besteht,
- c) das Mitarbeitervertretungsrecht der Evangelischen Kirche von Westfalen anzuwenden und den Vollzug der Wahl der Mitarbeitervertretung unverzüglich der Geschäftsstelle des Diakonischen Werkes mitzuteilen,
- d) das Kirchengesetz über die Ordnung der diakonischen Arbeit in der Ev. Kirche von Westfalen (Diakoniegesetz) in der jeweils gültigen Fassung anzuwenden“.

Für Gastmitglieder bestimmt die Satzung in § 5 Abs. 4: 26

„Im Übrigen gelten für Gastmitglieder die Bestimmungen des § 4 entsprechend, soweit nicht der Vorstand abweichende Bedingungen festsetzt.“

Die Satzungsbestimmungen gehen somit für den Regelfall davon aus, 27
dass Gastmitglieder grundsätzlich auch die AVR anwenden müssen und werden. Im Zusammenhang mit § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR bedeutet dies, dass eine Privilegierung einer Einrichtung in Form einer möglichen Reduzierung der Jahressonderzahlung grundsätzlich nur in Betracht kommen wird, wenn alle Dienstverhältnisse der Einrichtung und der verbundenen Einrichtungen die Arbeitsvertragsrichtlinien - oder vergleichbare gleichwertige Arbeitsvertragsgrundlagen - anwenden. Durch eine Ausgliederung von Einrichtungen, die zwar der Satzung des Diakonischen Werks verpflichtet sind, aber nicht die entsprechenden AVR anwenden, soll eine Anwendung der AVR durch die Einrichtungsträger nicht umgangen werden. Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Vorstand des Diakonischen Werks einem Gastmitglied einen Dispens von den Bestimmungen des § 4 der Satzung erteilt hat. Die Dispenserteilung wirkt sich so aus, dass eine Zuständigkeit der Arbeitsrechtlichen Kommission und damit auch eine Verpflichtung, die AVR anzuwenden, nicht mehr besteht (*siehe auch Scheffler/Mayer AVR-Kommentar 5. Aufl. Stand Januar 2011 § 1 Anm. 5*). Die sog. Tariftreue wird damit nicht infrage gestellt.

(3) Im Entscheidungsfall hat der Vorstand des Diakonischen Werks für die Gastmitgliedschaft der T GmbH mit Beschluss vom 14. Dezember 2006 auf die Einhaltung der Satzungspflicht, kirchliches Arbeitsrecht gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 7 Buchst. a der Satzung anzuwenden, verzichtet. Danach bestand für die T GmbH keine Verpflichtung, die AVR oder vergleichbare Regelungen anzuwenden. Daraus folgt, dass auch der Beklagte nicht mehr iSv. § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR verpflichtet war, dafür Sorge zu tragen, dass die mit ihm verbundene Einrichtung der T GmbH für die bei ihr beschäftigten Mitarbeiter die Regelungen der AVR anwendet. 28

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. 29

Mikosch

Mestwerdt

Eylert

Thiel

Petri