



mit ZK Rücksprache	Wiedervorlage	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Hamburg		
11. April 2012		
Erledigt	Fristen + Termine	Bearbeitet
		SP

Arbeitsgericht Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

Geschäftszeichen:
23 Ca 209/11



- Klägerin -

Prozessbevollmächtigter:
DGB Rechtsschutz GmbH
- Büro Hamburg -
Besenbinderhof 60
20097 Hamburg

Verkündet am: 21. März 2012

gegen

Diakonie-Klinikum Hamburg
gemeinnützige Gesellschaft mbH
vertr. d. d. Geschäftsführer Jörn Wessel
Hohe Weide 17
20259 Hamburg

- Beklagte -

Heine
Justizfachangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Prozessbevollmächtigter:
Nehls Rechtsanwälte
Hohe Bleichen 5
20354 Hamburg

erkennt das Arbeitsgericht Hamburg,
auf die mündliche Verhandlung vom
durch die Vizepräsidentin des Arbeitsgerichts
als Vorsitzende
den ehrenamtlichen Richter
den ehrenamtlichen Richter

23. Kammer,
21. März 2012
Voßkühler

Bahnsen
Haupt

für Recht:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.187,53 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 1. Juli 2011 zu zahlen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Der Streitwert wird festgesetzt auf 1.187,53 €.
4. Für den Fall, dass der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 € nicht übersteigen sollte, wird die Berufung gesondert zugelassen.

Bahnsen

Voßkühler

Haupt

Tatbestand

Die Klägerin begehrt die Zahlung des zweiten Teils der Jahressonderzahlung 2010.

Die Klägerin ist seit dem 1. April 2008 bei der Beklagten als GKP mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden/Woche beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung die Richtlinien des Diakonischen Werkes in Deutschland (AVR) in der jeweils gültigen Fassung Anwendung.

Zur Gewährung einer Jahressonderzahlung enthalten die AVR in ihrer Anlage 14 (Anlage K 1, Bl. 5f. d. A.) folgende Regelungen:

„(1) Die Mitarbeiterinnen 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.

(2) Die Höhe der Jahressonderzahlung errechnet sich aus der Summe der Bezüge gemäß Unterabsatz 3 der Monate Januar bis einschließlich Oktober des Jahres, dividiert durch zehn. Für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, mit denen vertraglich variable Mehrarbeit vereinbart ist, erhöht sich dieser Betrag um die durchschnittliche Vergütung der tatsächlich geleisteten Mehrarbeit

...

(3) Die Jahressonderzahlung wird zur Hälfte im November des laufenden Jahres, die zweite Hälfte im Juni des Folgejahres gezahlt. Die Höhe der Zahlung im Juni ist vom betrieblichen Ergebnis der Einrichtung abhängig. Dies gilt auch für die wirtschaftlich selbstständig arbeitenden Teile der Einrichtung, wenn die zuständige Mitarbeitervertretung in einer Dienstvereinbarung der Anwendung einer von der Dienstgeberin bzw. dem Dienstgeber vorgelegten Liste von wirtschaftlich selbstständig arbeitenden Teilen der Einrichtung zugestimmt hat.

(4) Weist die Dienstgeberin bzw. der Dienstgeber nach, das bei voller Juni-Zahlung der anteiligen Bruttopersonalkosten der Jahressonderzahlung für alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ein negatives betriebliches Ergebnis im Vorjahr (Wirtschaftsjahr der geleisteten November Zahlung) vorliegen würde, entfällt der Anspruch auch teilweise in dem Maße, in dem die Reduzierung in Summe zu einem ausgeglichenen Ergebnis führt. Der Nachweis gilt als erbracht, wenn die Dienststellenleitung der Mitarbeitervertretung ein Testat eines vereidigten Wirtschaftsprüfers oder

einer Treuhandstelle vorliegt, 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 selbstständig arbeitenden Teilen der Einrichtung.

(5) Ein negatives betriebliches Ergebnis liegt vor, wenn der Jahresüberschuss, der sich aus § 243 HGB abgeleitet

- ohne betriebsfremde Aufwendungen und Erträge
- ohne außerordentliche Aufwendungen und Erträge im Sinne von § 277 Abs. 4 HGB
- ohne aperiodische Aufwendungen und Erträge
- ohne Ergebnis Auswirkungen aus Bilanzierungs- und Bewertungsänderungen
- mit Pflichtrückstellungen für Altersteilzeit, Jubiläumszuwendungen und bereits beauftragten Instandhaltungsmaßnahmen, die im ersten Quartal des Folgejahres abgeschlossen werden
- ohne Erträge aus der Auflösung bzw. ohne Aufwendungen aus der Bildung von Aufwandsrückstellungen gemäß § 249 Abs. 2 HGB
- bei Einrichtungen, die zur Finanzierung laufender Kosten regelmäßig und betriebsüblich Spenden einsetzen, mit Spenden in der entsprechenden Höhe
- mit außerordentlichen Erträgen aus Pflegesatzstreitigkeiten

negativ ist...“

§ 1 Abs. 5 AVR enthält zum Anwendungsbereich der Anlage 14 folgende Bestimmung (Anlage K 2, Bl. 7 f. d. A.):

(5) 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 Richtlinien (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 Einrichtun-

gen des Trägers Leiharbeitnehmer i.S. d. AÜG sind. Bei der Ermittlung der Anzahl der Vollkräfte sind Teilzeitbeschäftigte anteilig zu berücksichtigen.

Beschäftigte, die mindestens in Höhe des AVR - Entgeltes beschäftigt werden, bleiben außer Betracht.

Erfüllen Einrichtungen am 01. Juli 2007 diese Voraussetzungen nicht, so können sie von den Abweichungsmöglichkeiten Gebrauch machen, wenn sie durch Dienstvereinbarung

a) einen Zeitraum von bis zu fünf Jahren zur vollständigen Anwendung der AVR oder einer gleichwertigen Arbeitsvertragsgrundlage oder

b) für drei Jahre eine abweichende Beschäftigungsquote für Leiharbeitnehmer

festlegen.

Anmerkung zu Abs. 5:

Gleichwertig ist eine Arbeitsvertragsgrundlage, die nach Maßgabe der jeweils anzuwendenden kirchlichen Arbeitsrechtsregelung zu Stande gekommen ist, sowie die für den öffentlichen Dienst geltenden tarifvertraglichen Regelungen.

Die Beklagte ist Mitglied des Diakonischen Werks Hamburg. Die Mitglieder des Diakonischen Werkes Hamburg sind gemäß § 7 Abs. 2 c der Satzung (Anlage B 4, Bl. 50 d. A.) verpflichtet, die

„AVR des diakonischen Werks der EKD, das in der Nordelbischen Ev.-Luth. Kirche gültige Tarifvertragsrecht oder ein Arbeitsvertragsrecht wesentlich gleichen Inhalts anzuwenden.“

Mit Schreiben vom 19. November 2003 (Anlage B 5, Bl. 51 d. A.) teilte das diakonische Werk Hamburg der Beklagten mit, dass sie

„gemäß Beschluss des Aufsichtsrates vom 8.4.2003 von der Erfüllung der Verpflichtung nach § 7 Abs. 2 c der Satzung des diakonischen Werkes unbefristet befreit ist.“

Die Beklagte schließt mit ihren Mitarbeitern Dienstverträge ab, die auf die AVR verweisen. Abweichungen von den AVR bestehen in zweierlei Hinsicht, nämlich zum einen in Bezug auf die Altersversorgung und zum anderen in Bezug auf die Vergütung für geringfügig Beschäftigte.

Zur Altersversorgung bestimmt § 27 Abs. 1 AVR:

„Die Dienstgeberin bzw. der Dienstgeber ist verpflichtet, eine zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters bei einer Zusatzversorgungseinrichtung, die Überleitungsabkommen mit Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes abgeschlossen hat, sicherzustellen. Erfüllt die Dienstgeberin bzw. der Dienstgeber die Voraussetzungen für den Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung mit einer Zusatzversorgungseinrichtung nach Satz 1 nicht und hat sie bzw. er dieses nicht zu vertreten, so hat sie bzw. er eine andere angemessene zusätzliche Alters- und Hinterbliebenensicherung (z. B. Betriebsrente, Direktversicherung) sicherzustellen.“

Bei der Beklagten sind hinsichtlich der gewährten Versorgungszusagen drei Gruppen von Mitarbeitern zu unterscheiden:

Die Dienstverträge der bis zum 30. April 2004 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der „Krankenhäuser Alten Eichen / Bethanien gemeinnützige GmbH“ eingestellten Mitarbeiter verweisen ohne Einschränkungen auf die AVR in der jeweils geltenden Fassung. Diese Mitarbeiter sind bei der Evangelischen Zusatzversorgungskasse, Anstalt des öffentlichen Rechts, Darmstadt (EZVK), versichert. Die vom Dienstgeber an die EZVK zu leistenden Beiträge betragen zumindest 3,84 % der Bruttovergütung des Mitarbeiters. Der Anteil der Mitarbeiter, denen eine solche Versorgung entsprechend § 27 AVR zugesagt ist, beträgt derzeit noch 24 %.

Die Dienstverträge der bis zum 30. April 2004 bei der Beklagten, damals firmierend als „Krankenhaus Elim gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung“, und ihrer Rechtsvorgängerin, der „Diakonie- Klinikum Hamburg gemeinnützige GmbH“ eingestellten Mitarbeiter verweisen auf den „Geschäftsplan der Versorgungskasse des Diakonissenhauses Elim e. V.“ (Anlage B 1, Bl. 41 ff. d. A.). Das „Versorgungswerk Elim“ wurde mit Wirkung zum 30. Juni 2005 geschlossen. Die von den begünstigten Mitarbeitern bis zu diesem Zeitpunkt erworbenen Anwartschaften blieben erhalten, nach dem 1. Juli 2005 konnten jedoch keine weiteren Versorgungsansprüche erworben werden.

Den seit dem 1. Mai 2004 eingestellten Mitarbeitern gewähren die Beklagte und ihre Rechtsvorgänger eine betriebliche Altersversorgung gemäß einer zwischen der Mit-

arbeitervvertretung und der Dienststelle abgeschlossenen Dienstvereinbarung vom 30. April 2004 (Anlage B 2, Bl. 46 ff. d. A.). Diese sieht für die Mitarbeiter die Möglichkeit einer Entgeltumwandlung vor. Der Dienstgeber zahlt einen Zuschuss in Höhe von 20 % des seitens des Mitarbeiters aufgewendeten Betrages, maximal jedoch 40,00 € monatlich. Die Betriebsvereinbarung vom 30. April 2004 war bis zum 31. Dezember 2008 befristet. Sie wird von der Beklagten nach wie vor angewandt. Eine sich anschließende Dienstvereinbarung über die betriebliche Altersversorgung ist zwischen den Beteiligten nicht vereinbart worden.

Bei einer Betrachtung „nach Köpfen“ sind mindestens 6 % der Mitarbeiter der Beklagten geringfügig Beschäftigte. Mit den geringfügig beschäftigten Mitarbeitern vereinbart die Beklagte Arbeitsverträge entsprechend dem Muster Anlage B 3 (Bl. 49 d. A.). Diese Mitarbeiter erhalten eine Stundenvergütung, die auf der Grundlage der für sie maßgeblichen Entgeltgruppe der AVR ermittelt wird. Hierbei bleibt es aber unabhängig von der Dauer der Beschäftigung bei der Vergütung der Einarbeitungsstufe gemäß der Anlage 2 zu den AVR. Die Basisstufe und die Erfahrungsstufe gemäß der Anlage 2 können nicht erreicht werden. Die geringfügig beschäftigten Mitarbeiter erhalten die Jahressonderzahlung anteilig je geleisteter Arbeitsstunde. Die Bestimmungen zum Kündigungsschutz und den Kündigungsfristen aus den AVR finden auf ihre Arbeitsverhältnisse keine Anwendung.

Mit dem Entgelt für November 2011 zahlte die Beklagte die erste Hälfte der Jahressonderzahlung 2010 in Höhe von 1.187,53 € brutto an die Klägerin aus (siehe die Gehaltsabrechnung für den Monat November 2010, Anlage K 2, Bl. 9 d. A.).

Die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellte am 29. April 2011 eine Bescheinigung, die per 31.12.2010 unter Zugrundelegung der Vorgaben aus Anlage 14 Abs. 5 AVR bereits vor Abzug der zweiten Hälfte Jahressonderzahlung 2010 einen negativen Jahresüberschuss der Beklagten von -161.004,01 € bestätigt. Aus der Bescheinigung ergibt sich weiter, dass sich der negative Jahresüberschuss nach Abzug der zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung 2010 auf - 1.302.934,01 € belaufen würde (Anlage B 6, Bl. 52 ff. d. A.).

Die Beklagte zahlte die zweite Hälfte der Jahressonderzahlung 2010, deren Höhe sich gleichfalls auf 1.187,53 € brutto belaufen hätte, nicht an die Klägerin aus. Nachdem die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 30. August 2011 vergeblich zur Auszahlung der zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung 2010 aufgefordert hatte (Anlage K 3, Bl. 10 d. A.), verfolgt die Klägerin ihren Anspruch mit der vorliegenden, am 29. September 2011 beim Arbeitsgericht Hamburg eingegangenen und der Beklagten am 5. Oktober 2011 zugestellten Klage weiter.

Die Klägerin trägt vor, von der Abweichungsmöglichkeit gemäß Anlage 14 AVR könnten nur Einrichtungen Gebrauch machen, die auf alle Dienstverhältnisse die AVR oder eine gleichwertige Arbeitsvertragsgrundlage anwendeten. Diese Voraussetzung werde von der Beklagten nicht erfüllt.

Denn die Beklagte habe mit der ganz überwiegenden Zahl der Belegschaft keine Altersvorsorge nach § 27 AVR vereinbart.

Es werde bestritten, dass die vom Arbeitgeber zu entrichtenden Beiträge an die EZVK nur 3,84 % der Bruttovergütung des jeweiligen Mitarbeiters ausmachten. Selbst wenn dieser Prozentsatz unterstellt werde, sei die Differenz zwischen der von der Beklagten auf Grundlage der Dienstvereinbarung vom 30. April 2004 angewandten Regelung und einer Beitragsleistung an die EZVK nicht als geringfügig einzustufen.

Zudem seien von der gesamten Belegschaft von 1024 Mitarbeitern 90 Beschäftigte, also 8,8 % geringfügig beschäftigt. Damit handele es sich bei den Beschäftigten, für die die AVR nur hinsichtlich der Eingruppierung und der Urlaubsregelung Anwendung fänden, um einen erheblichen Teil der Belegschaft.

Die Klägerin beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.187,53 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit dem 01.07.2011 zu zahlen.

**Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.**

Die **Beklagte trägt vor**, § 1 Abs. 5 AVR stehe einem Einbehalt der zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung im vorliegenden Fall nicht entgegen. Der Regelung liege erkennbar der Gedanke zu Grunde, dass solche Einrichtungen von den Flexibilisierungsinstrumenten des § 17 und der Anlagen 14 und 17 AVR Gebrauch machen dürften, die ihren Mitarbeitern Arbeitsbedingungen gewährten, die den AVR entsprächen – unwesentliche Abweichungen seien hierdurch jedoch nicht ausgeschlossen. Weitergehende, also wesentliche Abweichungen zum Nachteil der Mitarbeiter seien ohne Verstoß gegen die Tariftreue möglich, wenn sie nicht einseitig durch den Arbeitgeber, sondern auf der Grundlage einer kollektiven Regelung umgesetzt würden.

Im vorliegenden Fall handele es sich bei den Abweichungen von den AVR um unwesentliche Abweichungen. Als Orientierung für die Grenze der Unwesentlichkeit könne auf § 1 Abs. 5 1. Unterabs. Buchst. b) AVR zurückgegriffen werden. Danach stelle ein Einsatz von Leiharbeitnehmern von bis zu 5 % der insgesamt im Jahresdurchschnitt beschäftigten Vollkräfte keinen Verstoß gegen die Tariftreue dar. Dies könne dahin verallgemeinert werden, dass auch hinsichtlich der übrigen Konditionen, namentlich der Vergütung, eine Abweichung von weniger als 5 % nicht wesentlich sei und damit keine Verletzung der Tariftreue darstelle. Diese Grenze sei vorliegend durch die Abweichung von § 27 AVR nicht überschritten. Denn einerseits betrage die Abweichung weniger als 4 % des Bruttoeinkommens. Andererseits seien nicht alle Mitarbeiter der Beklagten hiervon betroffen, sondern nur ca. 76 %.

Gleiches gelte hinsichtlich der geringfügig beschäftigten Mitarbeiter. Die Abweichungen von den AVR würden teilweise dadurch kompensiert, dass die Beklagte gegenüber diesen Mitarbeitern nicht von den Möglichkeiten zum Einbehalt der zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung Gebrauch mache.

Zudem seien durch § 1 Abs. 5 AVR lediglich einseitige Eingriffe des Arbeitgebers in die AVR ausgeschlossen. Es solle verhindert werden, dass der Arbeitgeber dem Ar-

beitnehmer ohne Rechtfertigung durch eine kollektive Regelung Arbeitsverträge vorlege, die von den AVR abwichen. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da die Beklagte sich jeweils formlos mit der Mitarbeitervertretung verständigt habe. Die Praxis bei der Altersversorgung gehe auf eine Dienstvereinbarung zwischen der Dienstgeberin und der Mitarbeitervertretung zurück. Bei den geringfügig Beschäftigten habe die Mitarbeitervertretung es sukzessive durchgesetzt, dass der als Anlage B 3 vorgelegte Mustervertrag angewandt werde. Die Mitarbeitervertretung erhebe gegen die Einstellung von geringfügig Beschäftigten zu den Konditionen des Mustervertrages keine Einwendungen. Auch insoweit bestehe also eine Verständigung zwischen der Beklagten und der Mitarbeitervertretung.

Im Ergebnis müssten die zwischen der Beklagten und der Mitarbeitervertretung getroffenen Vereinbarungen als tarifkonforme Gestaltung im Sinne des § 1 Abs. 5 AVR angesehen werden.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass § 1 Abs. 5 AVR auch deshalb einem Einbehalt der zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung nicht entgegenstehe, weil die Beklagte durch das diakonische Werk Hamburg von der Verpflichtung zur Anwendung der AVR befreit sei. Ein Dispens habe zur Folge, dass der Dienstgeber ohne Verstoß gegen das Kirchenrecht von der Verpflichtung zur Anwendung des kirchlichen Arbeitsrechts abweichen könne. Wolle man die seitens der Beklagten mit ihren Mitarbeitern vereinbarten Regelungen als für die Frage der Tariftreue wesentliche Abweichung ansehen, wäre diese Abweichung jedenfalls durch die seitens des diakonischen Werks Hamburg erteilte Befreiung gerechtfertigt.

Für das Vorbringen der Parteien im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und vollen Umfangs begründet.

I.

Die Klägerin kann die Zahlung der zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung 2010 in Höhe von 1.187,53 € brutto von der Beklagten verlangen. Der aus der Anlage 14 Abs. 1-3 AVR resultierender Anspruch ist nicht gemäß Anlage 14 Abs. 4 AVR entfallen.

1. Die Klägerin gehört zu dem gemäß Anlage 14 Abs. 1-3 AVR anspruchsberechtigten Personenkreis. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die AVR kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Anwendung. Die Klägerin hat sich, wie von Anlage 14 Abs. 1 AVR gefordert, sowohl am 1. November 2010 als auch am 31. Dezember 2010 in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten befunden. Die Höhe der Jahressonderzahlung 2010 für die Klägerin beläuft sich bei Anwendung der Vorgaben aus Anlage 14 Abs. 2 AVR unstreitig auf insgesamt 2.375,06 € brutto.

Die Höhe der gemäß Anlage 14 Abs. 3 AVR im Juni des Jahres 2011 fälligen Hälfte der Jahressonderzahlung 2010 beträgt demgemäß 1.187,53 € brutto.

2. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Anspruch der Klägerin auf die zweite Hälfte der Jahressonderzahlung 2010 nicht gemäß Anlage 14 Abs. 4 AVR entfallen.

a) Zwar hat die Beklagte mit der Bescheinigung der PricewaterhouseCoopers Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vom 29. April 2011 (Anlage B 6, Bl. 52 ff. d. A.) das Testat eines vereidigten Wirtschaftsprüfers vorgelegt, das bestätigt, dass das betriebliche Ergebnis der Beklagten für das Jahr 2010 bereits ohne Auszahlung der zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung an die Mitarbeite-

rin und Mitarbeiter negativ ist. Dennoch kann sich die Beklagte nicht auf die Flexibilisierungsmöglichkeit aus Anlage 14 Abs. 4 AVR berufen. Von dieser Möglichkeit können nämlich nur die Einrichtungen Gebrauch machen, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 AVR erfüllen. Dies ist bei der Beklagten nicht der Fall.

Denn die Beklagte weicht unstreitig bei der betrieblichen Altersversorgung von 76 % ihrer Mitarbeiter und bei den Arbeitsbedingungen der geringfügig Beschäftigten zu Ungunsten der Mitarbeiter von den AVR ab. Hierdurch hat die Beklagte ihre Personalkosten gegenüber dem Personalkostenniveau bei vollständiger Anwendung der AVR reduziert. Da die Beklagte die AVR nicht vollen Umfangs auf die Arbeitsverhältnisse ihrer Mitarbeiter anwendet, kann sie trotz des negativen betrieblichen Ergebnisses für das Jahr 2010 das weitere Einsparpotenzial der Abweichungsmöglichkeit aus Anlage 14 Abs. 4 AVR nicht nutzen. Die Beklagte ist deshalb zur Auszahlung der zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung 2010 an ihre Mitarbeiter verpflichtet. Dies gilt unabhängig davon, ob der jeweilige Mitarbeiter – wie die Klägerin im vorliegenden Fall – zum Kreis derjenigen gehört, in deren Arbeitsverhältnis sich die Abweichungen der Beklagten von den AVR auswirken, oder ob auf sein Arbeitsverhältnis die AVR uneingeschränkt Anwendung finden.

b) Eine Ausnahmesituation, in der dem Arbeitgeber die Flexibilisierungsinstrumente u. a. der Anlage 14 Abs. 4 AVR zur Verfügung stehen, obwohl er die AVR nicht vollständig anwendet, liegt entgegen der Auffassung der Beklagten im vorliegenden Fall nicht vor. Es sind keine Bedingungen gegeben, unter denen nach den Vorgaben des § 1 Abs. 5 AVR trotz unvollständiger Anwendung der AVR ein Zugriff auf § 14 Abs. 4 AVR möglich wäre.

Mit der Beklagten ist der Sinn und Zweck des § 1 Abs. 5 AVR darin zu sehen, die Flexibilisierungsinstrumente des § 17 und der Anlagen 14 und 17 AVR nur solchen Einrichtungen zur Verfügung zu stellen, die ihren Mitarbeitern Arbeitsbedingungen gewähren, die den AVR entsprechen. In diesem Zusammenhang haben die Normgeber klar formuliert, unter welchen Voraussetzungen Einrichtungen, die die AVR nicht bzw. nicht uneingeschränkt anwenden, von den Flexibilisierungsinstrumenten Gebrauch machen können:

aa) Gemäß § 1 Abs. 5 a) AVR können Einrichtungen die Flexibilisierungsinstrumente nutzen, wenn sie zwar nicht die AVR, aber eine den AVR gleichwertige Arbeitsvertragsgrundlage anwenden. Durch die Anmerkung zu § 1 Abs. 5 ist ausdrücklich klargelegt, welche Arbeitsvertragsgrundlagen als „gleichwertig“ mit den AVR angesehen werden. Die Gleichwertigkeit richtet sich demnach nicht nach dem Grad der Abweichung, sondern nach der Art des Zu-Stande-Kommens bzw. nach dem Geltungsbereich: Als gleichwertig gelten (nur) solche Arbeitsvertragsgrundlagen, die nach Maßgabe der kirchlichen Arbeitsrechtsregelung zu Stande gekommen sind, sowie die für den öffentlichen Dienst geltenden tarifvertraglichen Regelungen.

Bei Zugrundelegung dieser Definition wendet die Beklagte keine mit den AVR „gleichwertige“ Arbeitsvertragsgrundlage an. Denn in der Dienststelle der Beklagten sind die Abweichungen von den AVR unstreitig nicht durch kirchliche Arbeitsrechtsregelung - also auf dem so genannten „dritten Weg“ - zu Stande gekommen; vielmehr gehen die Abweichungen bei der Altersversorgungsregelung auf eine inzwischen durch Fristablauf beendete Dienstvereinbarung und bei den geringfügig Beschäftigten auf eine dienststelleninterne Vertragsgestaltungspraxis zurück.

Der Beklagten ist zuzugestehen, dass sie bei der Ausgestaltung der Abweichungen von den AVR nicht einseitig gehandelt hat, sondern mit der Mitarbeitervertretung kooperiert hat. Die klar definierten Voraussetzungen der „Gleichwertigkeit“ erfüllen die Ergebnisse ihres Vorgehens jedoch nicht. Schon eine wirksame Dienstvereinbarung wäre keine kirchliche Arbeitsrechtsregelung im Sinne der Anmerkung zu § 1 Abs. 5 AVR; erst recht gilt dies für die informelle Kooperation, die dem Handeln der Beklagten im vorliegenden Fall zu Grunde liegt.

bb) Gemäß § 1 Abs. 5 2. Unterabsatz Buchstabe a) AVR können Einrichtungen, die die AVR am 1. Juli 2007 nicht vollständig angewendet haben, dennoch von den Abweichungsmöglichkeiten des § 17 und der Anlagen 14 und 17 AVR Gebrauch machen, wenn sie durch Dienstvereinbarung einen Zeitraum von bis zu

fünf Jahren zur vollständigen Anwendung der AVR oder einer gleichwertigen Arbeitsvertragsgrundlage geregelt haben.

Diese Bestimmung kommt der Beklagten nicht zugute, da es unstreitig an einer entsprechenden Dienstvereinbarung zwischen der Dienststelle und der Mitarbeitervertretung fehlt.

cc) Gemäß § 1 Abs. 5 1. Unterabs. letzter Satz AVR bleiben Beschäftigte außer Betracht, wenn sie mindestens in Höhe des AVR-Entgeltes beschäftigt werden. Das damit normierte Günstigkeitsprinzip kommt im vorliegenden Fall nicht zum Tragen. Denn die Beklagte weicht bei den geringfügig Beschäftigten und bei der Altersversorgung von 76% ihrer Mitarbeiter – u. a. der Klägerin – zu Ungunsten der Mitarbeiter von den AVR ab.

dd) Der Auffassung der Beklagten, sie könne die Flexibilisierungsmöglichkeit aus der Anlage 14 Abs. 4 AVR nutzen, da in ihrer Einrichtung nur geringfügig zu Ungunsten der Mitarbeiter von den AVR abgewichen werde, kann nicht gefolgt werden.

(1) § 1 Abs. 5 1. Unterabs. Buchst. a) AVR stellt die Flexibilisierungsinstrumente nur zur Verfügung, wenn die AVR „angewandt werden“. Ein Tatbestandsmerkmal „Anwendung der AVR ohne wesentliche Abweichungen“ ist in § 1 Abs. 5 1. Unterabs. Buchst. a) AVR nicht enthalten.

Eine ergänzende Auslegung des § 1 Abs. 5 AVR in dem Sinne, dass nur wesentliche Abweichungen von den AVR die Nutzung der Flexibilisierungsinstrumente ausschließen, ist nicht möglich. Es fehlt an einer Regelungslücke, die durch das zusätzliche Merkmal „ohne wesentliche Abweichungen“ gefüllt werden könnte. Denn in § 1 Abs. 5 AVR sind - wie aus den Darlegungen unter I.2.b) aa), bb) und cc) ergibt - dezidierte Regelungen dazu enthalten, in welchen Fällen Einrichtungen, die die AVR nicht bzw. nicht vollständig anwenden, dennoch die Flexibilisierungsinstrumente des § 17 und der Anlagen 14 und 17 AVR nutzen können. Da diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind, kann die Beklagte

sich nicht auf die Anlage 14 Abs. 4 AVR berufen. Darauf, ob die Einschränkungen, die die Beklagte bei der Anwendung der AVR vorgenommen hat, als wesentlich oder unwesentlich zu qualifizieren sind, kommt es nicht entscheidend an.

(2) Nur ergänzend sei deshalb darauf hingewiesen, dass die Abweichungen zu Ungunsten der Mitarbeiter bei der AVR-Anwendung in der Dienststelle der Beklagten nicht als unwesentlich bezeichnet werden können. Eine allgemeine „Relevanzgrenze“ von 5 % kann aus der Regelung in § 1 Abs. 5 AVR nicht abgeleitet werden. Dass die Normgeber Entgeltreduzierungen, die weniger als 5 % der Bruttovergütung ausmachen, als maßgeblichen Eingriff in das Entgeltgefüge ansehen, ergibt sich schon aus der Regelung in der Anlage 14 Abs. 4 AVR zu dem im vorliegenden Verfahren streitigen Flexibilisierungsinstrument: Die zweite Hälfte der Jahressonderzahlung macht 1/26 und damit 3,85% der Jahresvergütung eines Mitarbeiters aus. Obwohl die Grenze von 5% der Jahresvergütung nicht überschritten ist, haben die Normgeber die Entgeltreduzierung um die zweite Hälfte der Jahressonderzahlung an enge Voraussetzungen geknüpft.

Selbst wenn mit der Beklagten davon ausgegangen wird, dass das Einsparvolumen, das die Beklagte bei 76 % ihrer Mitarbeiter realisiert, indem sie für sie keine Altersversorgungsbeiträge an die EZVK leistet, sondern einen Zuschuss in Höhe von 20 % zu den von den Mitarbeitern im Wege der Entgeltumwandlung geleisteten Beiträgen zu einer betrieblichen Altersversorgung zahlt, je Mitarbeiter maximal 3,84 % beträgt, muss die Abweichung von den AVR in diesem Punkt als erheblich bezeichnet werden.

Auch die Abweichungen in Bezug auf die Vertragsbedingungen der geringfügig Beschäftigten sind nicht unwesentlich. Sie betreffen unstreitig mindestens 6 % der Mitarbeiter der Beklagten. Eine Mitarbeitergruppe dieser Größenordnung ist nicht unwesentlich. Dies gilt auch dann, wenn berücksichtigt wird, dass es sich um Teilzeitkräfte mit geringen Stundenvolumina handelt.

ee) Der Umstand, dass das Diakonische Werk Hamburg der Beklagten einen Dispens erteilt hat, der die Beklagte unbefristet von der Verpflichtung befreit, die

AVR des diakonischen Werks der EKD, das in der Nordelbischen Ev. Luth. Kirche gültige Tarifvertragsrecht oder ein Arbeitsvertragsrecht wesentlich gleichen Inhalts anzuwenden, führt nicht dazu, dass die Beklagte das Flexibilisierungsinstrument aus der Anlage 14 Abs. 4 AVR nutzen darf.

Wegen dieses Dispenses verstößt die Beklagte nicht gegen die Satzung des diakonischen Werkes Hamburg, obwohl sie die AVR auf die Arbeitsverhältnisse ihrer Mitarbeiter nur eingeschränkt zur Anwendung bringt. Der Dispens hat aber keine Auswirkungen auf die Anwendungsvoraussetzungen der Anlage 14 Abs. 4 AVR: Da die Beklagte (in zulässiger Weise) zu Ungunsten der Mitarbeiter von den AVR abweicht, ist sie gemäß § 1 Abs. 5 AVR daran gehindert, sich auf ein Entfallen zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung gemäß Anlage 14 Abs. 4 AVR zu berufen.

Die Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Januar 2011 (10 AZR 863/09; NZA 2012, 56) führt zu keinem anderen Ergebnis. In dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall ging es zwar auch um die Dispenserteilung eines diakonischen Werkes und die Auswirkung dieses Dispenses im Rahmen von § 1 Abs. 5 Unterabs. 1 Buchst. a AVR. Doch war die Fallkonstellation eine andere: Die beklagte Einrichtung in dem vom BAG entschiedenen Fall, die das Flexibilisierungsinstrument aus Anlage 14 Abs. 4 AVR genutzt hatte, wandte selbst die AVR ohne Einschränkungen an. Allerdings war die beklagte Einrichtung mit einer Einrichtung verbunden, die Gastmitglied im diakonischen Werk war und ihren Mitarbeitern auf der Grundlage eines Dispenses des diakonischen Werks von den AVR abweichende Arbeitsbedingungen gewährte. In dieser Konstellation hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass die beklagte Einrichtung berechtigt war, das Flexibilisierungsinstrument aus Anlage 14 Abs. 4 AVR einzusetzen, da es die Tariftreue der beklagten Einrichtung als nicht infrage gestellt angesehen hat.

Für die Konstellation im vorliegenden Fall ist die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht aussagekräftig: Denn anders als in dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall betrifft hier die Entgeltreduzierung durch die Nichtaus-

zahlung der zweiten Hälfte der Jahressonderzahlung 2010 dieselben Mitarbeiter, die durch die Abweichung von den AVR betroffen sind.

In dieser Konstellation ist die Abweichung von den AVR im Rahmen des § 1 Abs. 5 AVR relevant, auch wenn sie vom diakonischen Werk durch einen Dispens gestattet ist.

3. Da die Beklagte nicht berechtigt ist, das Flexibilisierungsinstrument aus Anlage 14 Abs. 4 AVR zu nutzen, braucht nicht entschieden zu werden, ob die Klägerin den mit der Klage geltend gemachten Anspruch auch auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützen könnte.

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz käme als mögliche Anspruchsgrundlage grundsätzlich in Betracht, weil die Beklagte an ihre geringfügig beschäftigten Mitarbeitern 100% der Jahressonderzahlung 2010 ausgezahlt hat, indem sie das Bruttostundenentgelt dieser Mitarbeitergruppe entsprechend erhöht hat. Einer weiteren Auseinandersetzung mit der Anspruchsgrundlage „arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz“ und deren Voraussetzungen bedarf es jedoch nicht, da der Klaganspruch schon aus den unter I. 1. und 2. Gründen gegeben ist.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1 ZPO, 46 Abs. 2 ArbGG.

Bei der Festsetzung des Streitwerts im Urteil (§ 61 Abs. 1 ArbGG) ist die Kammer gemäß § 3 ZPO vom Wert der geltend gemachten Forderung ausgegangen.

Die Berufungsfähigkeit der Entscheidung ergibt sich aus § 64 Abs. 2 lit. b) ArbGG. Für den Fall dass der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 € nicht übersteigt, war die Berufung gesondert zuzulassen. Ein Zulassungsgrund im Sinne des § 64 Abs. 3 Nr. 1 ArbGG liegt vor. Denn die Frage, wie § 1 Abs. 5 AVR auszulegen ist, hat grundsätzliche Bedeutung über den vorliegenden Fall hinaus und ist für eine Fallge-

staltung wie die vorliegende bislang nicht Gegenstand von landes- oder bundesarbeitsgerichtlichen Entscheidungen gewesen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte beim Landesarbeitsgericht Hamburg Berufung einlegen. Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Frist für die Einlegung der Berufung beträgt **einen Monat**. Sie beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. Innerhalb der Frist muss die Berufungsschrift beim Landesarbeitsgericht Hamburg eingegangen sein. Die Berufungsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Berufung gerichtet ist, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt wird. Mit der Berufungsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden.

Die Berufung ist mit einem Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Begründung der Berufung beträgt **zwei Monate**. Sie beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. Innerhalb der Frist muss die Berufungsbegründung beim Landesarbeitsgericht Hamburg eingegangen sein. Die Berufungsbegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit das Urteil angefochten wird, welche Abänderungen des Urteils beantragt werden sowie auf welche neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden die Berufung gestützt wird. Die Berufungsbegründung muss ferner die bestimmte Bezeichnung der im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung enthalten. Die Begründungsfrist kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Landesarbeitsgerichts einmal verlängert werden, wenn nach seiner bzw. ihrer freien Überzeugung der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn die Partei erhebliche Gründe darlegt. Diese Gründe sind glaubhaft zu machen.

Die Berufungsschrift und die Berufungsbegründung müssen unterschrieben sein

- a) von einem Rechtsanwalt oder einer Rechtsanwältin, der bzw. die bei einem deutschen Gericht zugelassen ist, oder
- b) von einem Vertreter oder einer Vertreterin einer Gewerkschaft, einer Vereinigung von Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen oder eines Zusammenschlusses solcher

Verbände, wenn der Vertreter bzw. die Vertreterin kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt ist und der Zusammenschluss, der Verband oder deren Mitglieder Partei sind. Vertretungsberechtigt sind auch Bevollmächtigte, die als Angestellte juristischer Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der vorgenannten Organisationen stehen, handeln, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder der Organisation entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Mitglieder der vorgenannten Organisationen können sich durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen; Entsprechendes gilt für die Angestellten der vorgenannten juristischen Personen.

Anschrift und Sitz des Landesarbeitsgerichts Hamburg lauten:

Osterbekstraße 96, 22083 Hamburg.

Voßkühler

Das Landesarbeitsgericht Hamburg bittet, die Berufungsschrift, die Berufungsbe gründungsschrift und die sonstigen wechselseitigen Schriftsätze in 5-facher Ausfertigung einzureichen.

