LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

2 Sa 644/14

10 Ca 323/14

(Arbeitsgericht Würzburg)

Datum: 30.11.2015

Rechtsvorschriften: Art. 3 GG, § 611 BGB

Leitsatz:

Auch wenn das Arbeitsvertragsmodell für die außertariflichen Mitarbeiter die Zahlung eines 13. Monatsgehalts vorsieht, folgt allein daraus kein entsprechender Anspruch für die tariflich bezahlten Mitarbeiter. Es fehlt regelmäßig bereits an der vergleichbaren Lage im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht.

Urteil:

1. Auf die Berufungen der Beklagten werden die Urteile des Arbeitsgerichts Würzburg vom 18.11.2014, Az. 10 Ca 323/14, und vom 27.11.2014, Az. 8 Ca 312/14, abgeändert.
2. Die Klagen werden abgewiesen.
3. Die Kläger tragen die Kosten des Berufungsverfahrens zu gleichen Teilen. Die Kosten der Verfahren vor dem Arbeitsgericht tragen die Kläger jeweils einzeln.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten um eine übertarifliche Sonderzahlung auf Grund des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Die Beklagte betrieb ein Bauunternehmen mit Standorten in K..., D... und M.... Im Jahre 2012 beschäftigte sie 133 Mitarbeiter.

- 2 -

Der Kläger zu 1 war bei der Beklagten seit 21.04.1992 an deren Standort in K... als Maurer/Vorarbeiter zu einem tariflichen Stundenlohn von zuletzt 18,50 € brutto nebst einer Zulage von 0,77 € brutto, insgesamt also 19,27 € brutto bei einer durchschnittlichen monatlichen Arbeitszeit von 174 Stunden beschäftigt, der Kläger zu 2 seit 01.09.1974 als Werkpolier/Hilfsmeister/Arbeitsstellenleiter zu einem tariflichen Stundenlohn von zuletzt 20,25 € brutto bei einer durchschnittlichen monatlichen Arbeitszeit von ebenfalls 174 Stunden. Die Arbeitsverhältnisse der beiden Kläger endeten im Jahre 2014.

Auf die Arbeitsverhältnisse aller gewerblichen Arbeitnehmer, u.a. der Kläger, wandte die Beklagte die jeweiligen Tarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer des Baugewerbes an, u.a. den Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 04.07.2002 in der jeweiligen Fassung (künftig: BRTV) und den Tarifvertrag über die Gewährung eines 13. Monateinkommens im Baugewerbe vom 21.05.1997 in der Fassung vom 26. Mai 1999, 4. Juli 2002 und 29. Oktober 2003 (künftig: TV 13 gewA). Die Kläger sind Gewerkschaftsmitglieder.

Beide Kläger gehörten zuletzt dem Betriebsrat an, der Kläger zu 2 war dessen Vorsitzender.

Die alleinige Gesellschafterin wies mit Beschluss vom 04.07.2013 die Geschäftsführung der Beklagten an, die gesamte operative Geschäftstätigkeit nach Abarbeitung der bestehenden Aufträge unter Berücksichtigung aller vertraglicher Verpflichtungen einschließlich Gewährleistung einzustellen und ab sofort keine neuen Aufträge zu akquirieren (Blatt 234 der Akte). Nach dem Interessenausgleich und Sozialplan vom 24.09.2013 (Blatt 242 ff der Akten) sollte die Betriebsstilllegung bis 31.03.2014 abgeschlossen sein, das operative Geschäft am Standort K... bereits am 31.12.2013.

Der Betrieb ist im Jahre 2014 tatsächlich stillgelegt worden.

Die Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen wurden begleitet von Streiks am 12.08. und vom 21.08. – 02.09.2013. Dies führte zum Abschluss eines Sozialtarifvertrags für alle gewerblichen Arbeitnehmer und drei gewerkschaftlich organisierte Angestellte mit

einer Abfindungsquote von knapp einem Monatsgehalt pro Beschäftigungsjahr. Zusätzlich erhielt der Kläger zu 1 aus dem tariflich vereinbarten Härtefonds eine Zahlung von 12.400,- €, der Kläger zu 2 von 7.100,- €. Der Interessenausgleich und Sozialplan vom 24.09.2013 sieht eine Abfindungsquote von 0,6 Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr vor. Die Beklagte zahlte auch den nichtorganisierten Mitarbeitern eine Abfindung in Höhe des Sozialtarifvertrages.

Im Jahre 2013 zahlte die Beklagte an alle gewerblichen Arbeitnehmer ein 13. Monatseinkommen gemäß dem TV 13 gewA. Dieser Tarifvertrag lautet auszugsweise:

§ 2

13. Monatseinkommen

(1) Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am 30. November des laufenden Kalenderjahres (Stichtag) mindestens zwölf Monate (Bezugszeitraum) ununterbrochen besteht, haben Anspruch auf ein 13. Monatseinkommen in Höhe des 93fachen ihres in der Lohntabelle ausgewiesenen Gesamttarifstundenlohnes.

...

(2) Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am Stichtag noch nicht zwölf, jedoch mindestens drei Monate ununterbrochen besteht, haben für jeden vollen Beschäftigungsmonat, den sie bis zum Stichtag ununterbrochen im Betrieb zurückgelegt haben, Anspruch auf ein Zwölftel des 13. Monatseinkommens gemäß Abs. 1.

(3) Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis vor dem Stichtag

a) durch ordentliche Kündigung des Arbeitgebers oder

b) durch Fristablauf oder

c) durch Kündigung des Arbeitnehmers nach Eintritt eines Insolvenzereignisses (§ 183 Abs. 1 SGB III) oder um die Voraussetzungen für den Bezug einer Rente aus der gesetzlichen Sozialversicherung zu schaffen oder

d) im gegenseitigen Einvernehmen

beendet wird und zum Zeitpunkt des Ausscheidens mindestens drei Monate bestanden hat, haben für jeden vollen Beschäftigungsmonat, den sie seit dem 1. Dezember des vergangenen Kalenderjahres ununterbrochen im Betrieb zurückgelegt haben, Anspruch auf ein Zwölftel des 13. Monatseinkommens gemäß Abs. 1. ...

...

(7) Der Anspruch auf ein 13. Monatseinkommen gemäß den Absätzen 1 bis 3 mindert sich für die ersten drei krankheitsbedingten Ausfalltage eines Krankheitsfalles und für jeden krankheitsbedingten Ausfalltag mit Anspruch auf Entgeltfortzahlung ab der vierten Woche der Erkrankung, sowie für jeden unentschuldigtem Fehltag um je zwei Gesamttarifstundenlöhne gemäß der geltenden Lohntabelle, höchstens jedoch um 28 Gesamttarifstundenlöhne.

...

Wegen des vollständigen Wortlauts des TV 13 gewA wird auf Blatt 282 f der Akten verwiesen.

Das sich aus § 2 Abs. 1 TV 13 gewA für den Kläger zu 1 ergebende 13. Monatseinkommen von 1720,50 € brutto (18,50 € × 93 Stunden) minderte sich im Jahre 2013 gem. § 2 Abs. 7 TV 13 gewA um 111,- € brutto. Der Kläger zu 1 erhielt demgemäß ein 13. Monatseinkommen von 1609,50 € brutto. Der Kläger zu 2 erhielt gem. § 2 Abs. 1 TV 13 gewA ein 13. Monatseinkommen von 1883,25 € brutto (20,25 € × 93 Stunden).

Auf die Arbeitsverhältnisse der Angestellten wandte die Beklagte jedenfalls den Rahmentarifvertrag für die Angestellten und Poliere des Baugewerbes vom 04.07.2002 in der jeweiligen Fassung (künftig RTV Ang) und den Tarifvertrag über die Gewährung eines 13. Monatseinkommens für die Angestellten des Baugewerbes vom 21.05.1997 in der Fassung vom 26.05.1999, 27.02.2002, 04.07.2002 und 29.10.2002 (künftig TV 13 Ang) an. Der TV 13 Ang lautet auszugsweise wie folgt:

§ 2

13. Monatseinkommen

(1) Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am 30. November des laufenden Kalenderjahres (Stichtag) mindestens zwölf Monate (Bezugszeitraum) ununterbrochen besteht, haben Anspruch auf ein 13. Monatseinkommen in Höhe von 55 v.H. ihres Tarifgehalts. Das 13. Monatseinkommen ist kaufmännisch auf den nächsten vollen Euro-Betrag auf- oder abzurunden.

...

(2) Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis am Stichtag noch nicht zwölf Monate ununterbrochen besteht, haben für jeden vollen Beschäftigungsmonat, den sie bis zum Stichtag ununterbrochen im Betrieb zurückgelegt haben, Anspruch auf ein Zwölftel des 13. Monatseinkommens gemäß Absatz 1, wenn das Beschäftigungsverhältnis am Stichtag mindestens drei Monate ununterbrochen besteht.

(3) Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis vor dem Stichtag endet, haben für jeden vollen Beschäftigungsmonat, den sie seit dem letzten Stichtag ununterbrochen im Betrieb zurückgelegt haben, Anspruch auf ein Zwölftel des 13. Monatseinkommens gemäß Absatz 1, wenn das Beschäftigungsverhältnis im Zeitpunkt des Ausscheidens mindestens drei Monate ununterbrochen bestanden hat. Ein Anspruch besteht nicht, wenn das Arbeitsverhältnis durch außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers beendet wurde oder wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist aus dem nicht einvernehmlich aufgehobenen Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist.

...

Eine Kürzungsregelung bei Krankheit sieht der TV 13 Ang nicht vor. Wegen des vollständigen Wortlauts des TV 13 Ang wird auf Blatt 284 f der Akten verwiesen.

Am tariflichen Stichtag, dem 30.11.2013, waren noch 81 Mitarbeiter bei der Beklagten beschäftigt.

Von den am 30.11.2013 noch beschäftigten Angestellten und Polieren erhielten 14 ein 13. Monatseinkommen in Höhe von 55 Prozent des Tarifgehalts gem. den tariflichen Vorgaben, nämlich die Mitarbeiter Dö..., H..., Ka..., Ke..., Kn..., Mö..., T..., V..., W..., F..., Fe..., J. Fi..., S... und Sc.... Ob die Mitarbeiterin Mi... einen höheren Betrag erhalten hat, ist strittig. Darüber hinaus erhielten die Mitarbeiter Kn... und T... Prämien von 2.000,- € bzw. 1.500,- € für engagierte Mitarbeit auf den Baustellen A... bzw. P... (Bl. 89 und 90 der Akten).

An folgende am 30.11.2013 noch beschäftigten Angestellten zahlte die Beklagte aus von ihr geltend gemachten unterschiedlichen Gründen dagegen ein volles Monatsgehalt als 13. Monatseinkommen:

Name	Tätigkeit"	Von Beklagter geltend gemachter bestrittener Differenzierungsgrund	Arbeitsvertrag, auf dessen Einzelheiten Bezug genommen wird, Blatt in Akte 2 Sa 644/14
Do...	Projektmanager	Individuelle Vereinbarung, außertariflicher Mitarbeiter	293
Ho...	Oberbauleiter	"	300
G...	Niederlassungsleiter	"	306
Sch...	Kalkulator Schlüsselfertigbau	"	311
R...	Kalkulator	"	317
E...	Technische Leiterin	"	324
St...	Projekt Manager schlüsselfertige Objekte	"	330
Fr...	Kaufmännische Mitarbeiterin	Pauschaler Ausgleich Mehrarbeit im Zuge der Betriebsstilllegung, Loyalität	

- 6 -

Ge...	Kaufmännische Mitarbeiterin	"	
Ha...	Kaufmännische Mitarbeiterin	"	
Schn...	Kaufmännische Mitarbeiterin	"	
B...	Personalsachbearbeiterin	"	
Kö...	Bauleiter	Pauschaler Ausgleich Mehrarbeit im Zuge des Streiks und der Betriebsstillegung, gute und zuverlässige Arbeit	
Kr...	Bauleiter	"	
Re...	Bauleiter	"	
Rö...	Bauleiterin	"	
Vö...	Bauleiter	"	
Gü...	Kauffrau Bürokommunikation	Versehentliche Zahlung, obwohl kein Anspruch	427
R. Fi...	Kalkulator	"	93
Z...	Sachbearbeiter Lohn- und Gehalt	"	96
Pe...	Bauleiterin	"	434
Si...	Bauleiter, schlüsselfertiges Bauen	"	420

Für die gewerblichen Mitarbeiter führte die Beklagte ein Arbeitszeitkonto und bezahlte eventuell angefallene Mehrarbeit gemäß den tariflichen Bestimmungen im BRTV. Für die Angestellten wurde kein Arbeitszeitkonto geführt.

Mit Schreiben vom 18.12.2013 haben insgesamt 31 gewerbliche Arbeitnehmer – u.a. die Kläger – die Zahlung eines vollen Monateinkommens zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung zwischen gewerblichen Arbeitnehmern und Angestellten geltend gemacht (Blatt 5 der Akten).

Mit ihren am 27.02.2014 beim Arbeitsgericht Würzburg eingegangenen Klagen verlangen die Kläger die Differenz zwischen dem auf Grund des TV 13 gewA gezahlten Betrages und einem vollen tariflichen Monatseinkommen (174 Stunden × Tariflohn). Der Kläger zu 1 hatte erstinstanzlich einen Betrag von 1.743,48 € brutto errechnet (19,27 € × 174 Stunden abzüglich des gezahlten Betrages von 1609,50 €). Der Kläger zu 2 hat einen Differenzbetrag von 1.650,25 € (20,25 € × 174 Stunden abzüglich bezahlter 1883,25 €) errechnet.

Hinsichtlich des erstinstanzlich relevanten Vortrags der Parteien wird auf den jeweiligen Tatbestand der Urteile des Arbeitsgerichts vom 18.11.2014 (Az. 10 Ca 323/14) und vom 27.11.2014 (Az. 8 Ca 312/14) verwiesen.

Der Kläger zu 1 hat erstinstanzlich beantragt:

Die Beklagte wird verurteilt, 1743,48 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.12.2013 an den Kläger zu zahlen.

Der Kläger zu 2 hat erstinstanzlich beantragt:

Die Beklagte wird verurteilt, 1.640,24 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18.12.2013 an den Kläger zu zahlen.

Das Arbeitsgericht hat den Klagen jeweils stattgegeben.

Die Kläger hätten Anspruch auf die eingeklagten Beträge, da die Beklagte für mindestens 13 Angestellte nach einem generalisierenden Prinzip arbeitsvertraglich ein volles 13. Monatsgehalt vereinbart hatte. Am Stichtag (30.11.2013) seien hiervon noch 7 Angestellte beschäftigt gewesen, an die die Beklagte die Zahlungen auch geleistet habe (Do..., Ho..., G..., Sch..., R..., E... und St...). Diese Gruppe sei selbst bei einer zu Gunsten der Be-

klagen unterstellten Beschäftigtenzahl von 133 groß genug, um einen kollektiven Bezug bejahen zu können. Die Beklagte sei aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz deshalb verpflichtet, auch an die Kläger ein volles 13. Monatsgehalt zu zahlen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe der Ersturteile verwiesen.

Gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 18.11.2014, Az. 10 Ca 323/14 (Kläger zu 1), der Beklagten zugestellt am 02.12.2014, legte diese mit Schriftsatz vom 18.12.2014, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 22.12.2014, Berufung ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 26.02.2015, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage, innerhalb der bis zu diesem Tage verlängerten Berufungsbegründungsfrist.

Gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 27.11.2014, Az. 8 Ca 312/14 (Kläger zu 2), der Beklagten zugestellt am 27.03.2015, legte diese mit Schriftsatz vom 30.03.2015, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 31.03.2015, Berufung ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 23.06.2015, eingegangen beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 24.06.2015, innerhalb der bis zu diesem Tage verlängerten Berufungsbegründungsfrist. Dieses Verfahren trug ursprünglich das Az. 3 Sa 119/15.

Die erkennende Kammer hat das den Kläger zu 2 betreffende Verfahren 3 Sa 119/15 nach Anhörung der Parteien mit Beschluss vom 21.05.2015 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zum vorliegenden Verfahren verbunden (Blatt 401 der Akten).

Die Beklagte hält auch in der Berufung an ihrem Klageabweisungsantrag fest unter weiterer Vertiefung des bereits erstinstanzlich gemachten Vortrages.

Insgesamt habe die Beklagte im Jahre 2013 45 Angestellte mit einer Jahressonderleistung von nicht mehr als 55 % eines Monatseinkommens, wie es aufgrund der individualrechtlich vereinbarten Geltung der einschlägigen Bautarife vorgesehen gewesen sei, beschäftigt. Von diesen seien 15 noch am Stichtag 30.11.2013 bei der Beklagten beschäftigt gewesen. Auch die Mitarbeiterin Mi... habe keine höhere Jahressonderleistung erhalten.

Wegen der einzelnen Namen und des Eintritts-/Austrittsdatums der Mitarbeiter wird insoweit auf II. des Berufungsschriftsatzes verwiesen (Blatt 214-219 der Akten).

Bei den nicht nach Tarif bezahlten Mitarbeitern Do..., Ho..., G..., Sch..., R..., E... und St... sei im jeweiligen Arbeitsvertrag die Zahlung eines vollen 13. Monatsentgelts vereinbart worden. Dies habe auch für weitere 5 Mitarbeiter gegolten, die aber bereits vor dem 30.11.2013 aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden seien. Wegen der einzelnen Namen sowie des jeweiligen Ein- und Austrittsdatums wird auf III. 1. der Berufungsbegründung (Blatt 219 der Akten) verwiesen. Aus den vorgelegten Arbeitsverträgen werde deutlich, dass jeweils die individuelle Vertragssituation berücksichtigt worden sei und unterschiedliche Maßstäbe bei den Vergütungsvereinbarungen angelegt worden seien. Ein kollektiver Bezug sei insoweit nicht gegeben. Schon weil es sich bei diesen Mitarbeitern um außertarifliche Mitarbeiter gehandelt habe, fehle es an einer vergleichbaren Lage mit den Klägern.

Auch hinsichtlich der übrigen Angestellten, auf die sich die Kläger berufen, fehle es an einer vergleichbaren Lage, da auf ihre Arbeitsverträge jeweils andere tarifvertragliche Regelungen Anwendung gefunden hätten. Die Tarifvertragsparteien hätten das 13. Monatseinkommen für Angestellte und gewerbliche Mitarbeiter in 2 gesonderten Tarifverträgen mit unterschiedlichen Regelungen geregelt. So habe der angestellte Mitarbeiter gemäß § 2 Abs. 3 Satz 2 TV 13 Ang im Falle einer fristlosen arbeitgeberseitigen Kündigung oder der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist durch den Arbeitnehmer keinen Anspruch auf das 13. Monatseinkommen. Diese Regelung sei im Tarifvertrag für die gewerblichen Mitarbeiter nicht vorhanden. In dem Tarifvertrag für die gewerblichen Mitarbeiter finde sich jedoch eine Regelung zu krankheitsbedingten Kürzungen, die für die angestellten Mitarbeiter nicht vorgesehen sei. Bezüglich der Regelungen zum 13. Monatseinkommen bestehe daher keine vergleichbare Lage zwischen gewerblichen angestellten Mitarbeitern.

An einer vergleichbaren Lage fehle es auch deshalb, da die Kläger aus dem Härtefonds des Sozialtarifvertrages 12.400,- € bzw. 7.100,- € erhalten hätten.

An die Mitarbeiter Gü..., R. Fi..., Pe..., Si... und Z... sei versehentlich mehr als das tariflich geschuldete 13. Monatsentgelt gezahlt worden. Die Beklagte sei zu Unrecht von einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung ausgegangen. Der Arbeitsvertrag von R. Fi... enthalte einen ausdrücklichen Freiwilligkeitsvorbehalt. Bei dem tarifbezogenen Arbeitsvertrag des Mitarbeiters Z... sei durch die arbeitsvertragliche Regelung „Weihnachtsgeld = 13. Monatsgehalt“ aus Sicht der Beklagten nur ein solches auf tariflicher Grundlage geschuldet. Auch die Mitarbeiter Si..., Gü... und Pe... hätten arbeitsvertraglich nur Anspruch auf das tarifliche 13. Monatsentgelt. Alle 3 Mitarbeiter seien im Jahre 2007 eingetreten. Bei der Umstellung des Abrechnungssystems auf SAP im Jahre 2009 habe keine betriebliche Übung auf Zahlung eines vollen 13. Monatsentgeltes bestanden. Dennoch sei ab diesem Zeitpunkt ein volles 13. Monatsgehalt gezahlt worden, das in der Lohnabrechnung als „freiwillige Einmalzahlung“ gekennzeichnet gewesen sei. Die Beklagte sei daher zu keinem Zeitpunkt verpflichtet gewesen, diese Leistungen dauerhaft und auf Grundlage einer betrieblichen Übung zu gewähren. Dies sei der Beklagten jedoch nicht bewusst gewesen.

Den 5 Bauleitern Kö..., Kr..., Re..., Rö... und Vö... sei im Jahre 2013 über das tariflich geschuldete 13. Monateinkommen hinaus ein volles 13. Monateinkommen aus einem sachlichen Differenzierungsgrund heraus bezahlt worden. Die Bauleiter seien in der Zeit des Streiks besonders belastet gewesen, da die gewerblichen Mitarbeiter zur Erledigung der auf den Baustellen anstehenden Arbeiten nicht uneingeschränkt zur Verfügung gestanden hätten. Sie hätten über das normale Maß hinaus organisatorische Fähigkeiten und persönlichen Einsatz erbringen müssen, um Verzögerungen im Baufortschritt zu vermeiden und die möglichen Verzögerungen gegenüber den Bauherren zu vertreten. Die 5 Bauleiter hätten diese Arbeit, die über ihre normale Tätigkeit hinausgegangen sei, engagiert geleistet trotz psychischer Belastungen unter anderem durch Anfeindungen der gewerblichen Mitarbeiter während der Streikphase, und das obwohl die Bauleiter keinen Nutzen aus dem bestreikten Sozialtarifvertrag hätten ziehen können. Ob und in welchem Maße Überstunden bei den jeweiligen Mitarbeitern angefallen seien, sei für die Beklagte nicht unmittelbar nachvollziehbar, da diese Stunden nicht durch Vorgesetzte, wie beispielsweise bei den gewerblichen Mitarbeitern üblich, dokumentiert worden seien.

Aufgrund der bevorstehenden Betriebsstilllegung seien auf die Bauleiter als zusätzliche Belastungen auch überdurchschnittlich viele Mängelanzeigen und Gewährleistungsanfra-

gen zugekommen, da ein großer Teil aktueller und ehemaliger Kunden nach Mitteilung der Schließung ihre Ansprüche kurzfristig gegen die Beklagte geltend gemacht hätten. Die Bearbeitung dieser Anfragen und Anzeigen sei grundsätzlich aufwändiger als die Bearbeitung eines laufenden Projekts. Dieses Zusammenspiel von streikbedingtem Arbeitsanfall und einer Mehrzahl von außerplanmäßig geltend gemachten Mängel- und Gewährleistungsanzeigen habe zu einer entsprechenden Mehrbelastung der Bauleiter geführt. Die Beklagte habe sich deshalb entschlossen, diesen Mitarbeitern übertariflich ein volles 13. Monatsgehalt zu gewähren, indem sie eine zusätzliche freiwillige Einmalzahlung in Höhe von 45 % des Monatsgehalts mit den Bezügen für den Monat November 2013 ausgezahlt habe.

Darüber hinaus hätten in dieser Phase sämtliche Projektunterlagen für das Restabwicklungsteam dokumentiert, archiviert und übergeben werden müssen. Außerdem seien die Vorbereitungen für die Betriebsstilllegung getroffen worden, wie das Packen der Unterlagen für den Umzug, sowie zuletzt auch das Räumen der Räumlichkeiten. Auch dies habe eine Mehrbelastung verursacht. Die Mehrbelastung der Mitarbeiter lasse sich nicht alleine an der zeitlichen Dimension festmachen, da hierzu keine belastbaren Aufzeichnungen vorlägen, sondern auch an dem persönlichen Einsatz, den die Mitarbeiter erbracht hätten.

Die beschriebenen Umstände nach Bekanntgabe der Unternehmensschließung hätten in vergleichbarer Weise auch für die angeführten 5 kaufmännischen Mitarbeiterinnen gegolten. Auch hier sei die überobligatorische Belastung der Mitarbeiterinnen nicht nur im zeitlichen, sondern auch im organisatorischen Bereich gegeben. Frau B... habe als zuständige Sachbearbeiterin im Bereich Personal die nach und nach anstehenden Austritte der über 100 Mitarbeiter zu begleiten und abzuwickeln gehabt. Hinzu seien die Abrechnung der Streikzeiten und die damit verbundenen Abrechnungskorrekturen getreten.

Die übrigen 4 Mitarbeiterinnen seien in der Buchhaltung beschäftigt gewesen. Dort sei ebenfalls durch die bevorstehende Betriebsschließung ein zusätzlicher zeitlicher Druck hinsichtlich der Abrechnung von Projekten entstanden. Auch hätten die Mitarbeiterinnen zusätzlich zu ihrer Arbeit die Prozesse und Unterlagen zur Übergabe an die Konzernholding und das Restabwicklungsteam vorbereiten und erstellen müssen. Insbesondere für die Abrechnung der erbrachten Leistungen sei die Beklagte auf die weiterhin ordnungs-

gemäße Arbeitsleistung der Mitarbeiterinnen angewiesen gewesen. Aufgrund der bevorstehenden Betriebsschließung seien auch die Zahlungsziele teilweise kürzer gesetzt gewesen, so dass hier Lieferanten und Nachunternehmer schneller zu bedienen gewesen seien. Gleichzeitig seien in dieser Phase auch die Tätigkeiten zur Vorbereitung des Jahresabschlusses durch die Mitarbeiterinnen zu leisten gewesen, obwohl sie vor dem Hintergrund des drohenden Arbeitsplatzverlustes grundsätzlich wenig Grund zur Loyalität gegenüber der Beklagten gehabt hätten. Eine Aufzeichnung möglicher Mehrarbeit durch die Beklagte habe es nicht gegeben. Die Mitarbeiter hätten hierzu nur selbstständige Aufzeichnungen gemacht. Üblicherweise sei geleistete Mehrarbeit von den angestellten Mitarbeitern in Freizeit genommen worden. Diese Stunden habe die Beklagte jedoch nicht gesondert erfasst und auf die Aufrichtigkeit der Mitarbeiter vertraut. Mit Rücksicht auf die bevorstehende Betriebsschließung sei für die Beklagte jedoch deutlich gewesen, dass mögliche Mehrarbeit in zeitlicher Hinsicht nicht mehr in Freizeit habe ausgeglichen werden können.

Die Beklagte habe aus diesen Gründen den 5 Bauleitern und den 5 kaufmännischen Mitarbeitern zusätzlich zum tariflichen 13. Monatseinkommen eine Sonderzahlung in Höhe von 45 % ihres Monatsgehalts gewährt. Tatsächlich angefallene Stunden seien hier gerade nicht maßgeblich gewesen.

Die Beklagte habe bezogen auf den Kläger zu 1 ausgehend von einem Gesamtstundentariflohn von 18,50 € und einer Differenz zwischen einem vollen Monatsentgelt für 174 Stunden und einer bereits erbrachten Zahlung für 93 Stunden allenfalls zu einer Zahlung von 1498,50 € brutto verurteilt werden dürfen.

Die Beklagte stellt im Berufungsverfahren folgende Anträge:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 18.11.2014, Az. 10 Ca 323/14, wird abgeändert und die Klage abgewiesen.
2. Das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 27.11.2014, Az. 8 Ca 312/14, wird abgeändert und die Klage abgewiesen.

Der Kläger zu 1 nahm mit Zustimmung der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 30.11.2015 die Klage in Höhe von 244,98 € brutto zurück und verfolgt die Hauptsache noch in Höhe von 1.498,50 € brutto (Blatt 574 der Akten).

Der Kläger zu 1 und 2 beantragen,

die jeweiligen Berufungen zurückzuweisen.

Die Kläger sehen die Anspruchsvoraussetzungen aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zur Zahlung eines vollen 13. tariflichen Monatseinkommens als gegeben an und begründen dies unter weiterer Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrages und unter Verweis auf die überzeugenden Ausführungen des Ersturteils folgendermaßen:

Die unterschiedlichen Regelungen in den Tarifverträgen für Angestellte und gewerbliche Arbeitnehmer stünden der Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht entgegen. Zwar bestünden solche aus der Tarifgeschichte herrührende Unterschiede in den Tarifverträgen bezüglich der Berechnungsmethode des 13. Monatsgehalts und den dabei zu berücksichtigenden Faktoren (zum Beispiel bei der Berücksichtigung von Krankheitszeiten). Dies sei allerdings nur bedeutsam für die Frage, wie sich das tarifliche 13. Monatsgehalt zusammensetze und errechne. In beiden Fällen betrage das tarifliche 13. Monatsgehalt 55 % eines vollen tariflichen Gehaltes. In den vorliegenden Verfahren gehe es jedoch um die Frage, ob eine Anspruchsberechtigung der Kläger auf ein volles d.h. übertarifliches 13. Monatsgehalt bestehe.

Bei der Feststellung der maßgeblichen Gruppengröße und der Zahlenverhältnisse komme es nur auf diejenigen Arbeitsverhältnisse an, die zum Zeitpunkt des Stichtages für die Auszahlung der Jahressonderzahlung, dem 30.11.2013, noch bestanden hätten und in denen es somit tatsächlich zu einer Zahlung des jeweiligen 13. Monatsentgelts durch die Beklagte an bestimmte angestellte Arbeitnehmer gekommen sei. Das seien unstreitig 81 Arbeitnehmer.

Die Sonderzahlungen der Beklagten seien nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip erfolgt, da die Beklagte an mindestens 7 Angestellte im November 2013 ein über den tariflichen Anspruch hinausgehendes 13. Monatsgehalt in Höhe eines vollen Monatsgehalts aufgrund individueller Vereinbarungen gezahlt habe. Den einzelvertraglichen Abreden liege eben ein solches Prinzip zu Grunde, auch wenn sich die entsprechenden Arbeitsverträge in den wortlautmäßigen Formulierungen in Nuancen unterscheiden würden. Es sei nicht entscheidungserheblich, dass es sich bei diesen Angestellten um außertarifliche Angestellte gehandelt habe.

Auf der Grundlage der Entscheidung des BAG vom 13.02.2002 – 5 AZR 713/00 sei die Grenze zu einer kollektiven Regelung bei einer Betroffenheit von mindestens 5 % der Beschäftigten überschritten und der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes eröffnet. Die vom Erstgericht zugrunde gelegte Mindestanzahl von 7 Angestellten, die aufgrund einzelvertraglicher, jedoch generalisierender Zusagen ein volles 13. Monatsentgelt bekommen hätten, sei selbst auf der Grundlage des Sachvortrags der Beklagten erreicht.

Zu beachten sei, dass die angeblich „versehentliche betriebliche Übung“ bei 5 weiteren begünstigten Angestellten erst nach ausdrücklicher erstgerichtlicher Aufforderung zur Stellungnahme durch Beschluss vom 21.07.2014 entdeckt worden sein solle. Es bleibe offen, wie es letztlich zu der Häufung vermeintlich irrtümlicher Zuvielzahlungen des Weihnachtsgeldes gleich bei allen 5 genannten Angestellten gekommen sein soll, obwohl deren Ansprüche in den der Beklagten vorliegenden Arbeitsverträgen eindeutig geregelt gewesen seien, und warum die Aufstockung der tariflichen Sonderzahlung durch „Freiwillige Einmalzahlung“ bei den Mitarbeitern Si..., Gü... und Pe... überhaupt in das Lohnabrechnungssystem eingestellt worden sei.

Die behauptete überobligatorische Belastung der Bauleiter im Zusammenhang mit dem Streik und der Betriebsschließung bleibe bestritten. Der gesamte Vortrag der Beklagten beruhe allenfalls auf einem angeblich „gefühlten“ Mehreinsatz der Bauleiter, nicht auf greifbaren Fakten. Die Beklagte gestehe selbst zu, dass für sie nicht nachvollziehbar sei, ob und in welchem Maße bei den genannten Mitarbeitern überhaupt Überstunden angefallen seien. Dabei enthalte § 3 RTV Ang hierzu klare Regelungen. Durch den Beschluss

zur Betriebsschließung und der Tatsache, dass bereits ab Anfang Juli 2013 keine neuen Aufträge mehr akquiriert worden seien, habe das Arbeitsvolumen der vorhandenen 5 Bauleiter sukzessive abgenommen. Mit Nichtwissen werde bestritten, dass es in der Schließungsphase zu einer überdurchschnittlich hohen Zahl von Mängelanzeigen und Gewährleistungsansprüchen gekommen sei. Vorsorgliche Gewährleistungsanfragen besorgter Kunden seien mit dem Hinweis auf die abgesicherte weitere Gewährleistung durch die Muttergesellschaft, den Vi...-Baukonzern, einfach zu beantworten gewesen. Die behaupteten Restabwicklungstätigkeiten, wie das Packen der Bürounterlagen und das Räumen der Räumlichkeiten für den Umzug, seien nicht durch die Bauleiter erfolgt, sondern neben einer beauftragten Umzugsfirma durch zwei eigens hierfür abgestellte gewerbliche Mitarbeiter der Beklagten.

Die von der Beklagten genannten zusätzlichen Tätigkeiten der Personalsachbearbeiterin B... und der in der Buchhaltung beschäftigten Mitarbeiterinnen gehörten zu deren regulär geschuldeter Tätigkeit. Durch die Nichtannahme neuer Aufträge und das Auslaufen noch bestehender Bauprojekte hätten in der Schließungsphase auch sukzessive die laufend zu bewältigenden tagesaktuellen Bürotätigkeiten abgenommen, so dass in der regulären Arbeitszeit auch die mit der Schließung bedingten Abwicklungsarbeiten hätten bewältigt werden können. Auch in der Streikphase, in der die Baustellen geruht hätten, seien weniger tagesaktuelle Bürotätigkeiten angefallen. Es bleibe daher bestritten, dass die 5 kaufmännischen Mitarbeiter überobligatorische Mehrarbeit geleistet hätten, die durch die Zahlung eines vollen 13. Monatsgehalts pauschal hätten abgegolten werden sollen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 26.02.2015 (Blatt 212-334 der Akten), vom 22.04.2015 (Blatt 379-389 der Akten), vom 29.05.2015 (Blatt 411-441 der Akten), vom 23.06.2015 (Blatt 447, 448 der Akten), vom 08.09.2015 (Blatt 510-540 der Akten) und vom 23.11.2015 (Blatt 557-560 der Akten) sowie auf die Schriftsätze des Klägers vom 31.03.2015 (Blatt 350-362 der Akten), vom 02.07.2015 (Blatt 457-469 der Akten), vom 08.07.2015 (Blatt 475-477 der Akten) und vom 06.11.2015 (Blatt 547-552 der Akten) verwiesen. Wegen des Vorbringens der Parteien in den mündlichen Verhandlungen wird auf die Sitzungsniederschriften vom 29.04.2015 (Blatt 390-392 der Akten) und vom 30.11.2015 (Blatt 561-575 der Akten) verwiesen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch die Vernehmung der Zeugen J..., C... und N.... Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 30.11.2015 (Blatt 561-575 der Akten) verwiesen. Die Kläger haben nach der Vernehmung der genannten Zeugen auf die Vernehmung der von ihnen benannten und geladenen Zeugen Rü..., Di., Fei... und Fi... verzichtet (Blatt 573 der Akten) und hinsichtlich der Sonderzahlung an die Personalsachbearbeiterin Frau B... einen sachlichen Differenzierungsgrund bezüglich der an sie geleisteten Sonderzahlung anerkannt (Blatt 574 der Akten).

Entscheidungsgründe:

Die Berufungen sind zulässig und begründet. Die Voraussetzungen des im vorliegenden Fall allein als Anspruchsgrundlage in Frage kommenden Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht liegen nicht vor. Davon ist das erkennende Gericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme überzeugt.

A.

Die Berufungen der Beklagten sind zulässig.

Sie sind statthaft, § 64 Abs. 1, 2 b ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO.

B.

Die Berufungen sind begründet. Die Kläger haben keinen Anspruch auf eine weitere Sonderzahlung für 2013 in Höhe des 81-fachen Gesamttarifstundenlohns auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist das erkennende Gericht überzeugt, dass die Kläger und die Angestellten, die am 30.11.2013 noch bei der Beklagten beschäftigt waren und ein volles 13. Monatseinkom-

men erhalten haben, entweder sich nicht in einer vergleichbaren Situation befunden haben, oder ein Sachgrund für die Zahlung eines vollen 13. Monatseinkommens vorlag oder der kollektive Bezug fehlte.

I. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleich zu behandeln. Er wurzelt in dem überpositiven Ideal der Gerechtigkeit, die es gebietet, Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln, und ist seit langem unbestrittener Bestandteil des Arbeitsrechts. Der Gleichbehandlungsgrundsatz beschränkt die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers. Wird er verletzt, muss der Arbeitgeber die von ihm gesetzte Regel entsprechend korrigieren. Der benachteiligte Arbeitnehmer hat Anspruch auf die vorenthaltene Leistung (st. Rspr. BAG 27.05.2015 – 5 AZR 724/13 Rn 14; 03.09.2014 - 5 AZR 6/13 Rn 18 mwN).

Im Bereich der Arbeitsvergütung ist der Gleichbehandlungsgrundsatz unter Beachtung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bei individuellen Entgeltvereinbarungen anwendbar, wenn Arbeitsentgelte durch eine betriebliche Einheitsregelung generell angehoben werden und der Arbeitgeber die Leistungen nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlegt (st. Rspr. BAG 27.05.2015 – 5 AZR 724/13 Rn 14; 03.09.2014 - 5 AZR 6/13 Rn 18 mwN).

II. Der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist bezogen auf die am 30.11.2013 noch beschäftigten 5 Bauleiter und 5 Angestellten in der Buchhaltung eröffnet. Bezogen auf die 7 außertariflichen Angestellten und die 5 Angestellten, bei denen die Beklagte die Sonderzahlung versehentlich geleistet haben will, ist er nicht eröffnet.

1. Maßgeblicher Stichtag zur Beurteilung ist der 30.11.2013. Mitarbeiter, die vorher bei der Beklagten ausgeschieden sind, erhielten von der Beklagten keine erhöhte Sonderzahlung. Die Kläger stützen ihre Klagen auch ausschließlich darauf, dass sie sich nur mit den Angestellten in einer vergleichbaren Situation befinden, die ebenfalls am 30.11.2013 noch bei der Beklagten beschäftigt waren (Schriftsatz vom 31.03.2015, Sei-

te 6, Blatt 355 der Akten). Am 30.11 2013 waren unstreitig noch 81 Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt.

Die Beklagte hat im Jahre 2013 bezüglich der streitgegenständlichen Sonderzahlung eine Gruppenbildung nach gewerblichen Arbeitnehmern und Angestellten nicht vorgenommen. Denn unstreitig haben 14 der am 30.11.2013 beschäftigten Angestellten keine übertarifliche Sonderzahlung erhalten. Hiervon ist auch bezüglich der Mitarbeiterin Mi... auszugehen. Die Beklagte hat unter Beweisantritt bestritten, dass diese Mitarbeiterin eine übertarifliche Sonderzahlung in Höhe eines vollen Monatseinkommens erhalten hat. Dem sind die Kläger nicht mehr entgegengetreten, so dass dieses Vorbringen, für das die Kläger beweisbelastet sind, als zugestanden gilt (§ 138 Abs. 3 ZPO).

2. Nach Vorlage des Arbeitsvertrages des außertariflichen Mitarbeiters C... (Blatt 287 ff der Akten) und der Erklärung, dass es sich bei der arbeitsvertraglichen Vereinbarung von nur 12 und nicht 13 Monatsgehältern keineswegs – wie von den Klägern vermutet – um ein Schreibversehen handelte und er im November 2013 auch kein 13. Monatsgehalt erhalten hat (s. Lohnabrechnung, Blatt 389 der Akten), haben die Kläger nicht mehr an der Behauptung festgehalten, auch Herr C... sei in einer vergleichbaren Situation. Im Übrigen handelt es sich hier um den technischen Leiter.

3. Die Kläger befanden sich mit den 7 außertariflichen Angestellten Do..., Ho..., G..., Sch..., R..., E... und St... nicht in einer vergleichbaren Lage. Die Beklagte hat mit der Zahlung des vollen 13. Monatseinkommens lediglich ihre Pflichten aus dem zu Beginn des Arbeitsverhältnisses jeweils geschlossenen Arbeitsvertrag erfüllt. Die bloße Vertragserfüllung vermag aber keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht zu begründen (BAG 21.09.2011 - 5 AZR 520/10). Die Beklagte hat bezogen auf diese Arbeitnehmer gerade keine verteilende Entscheidung vorgenommen.

Auch kann die Geltung verschiedener Arbeitsvertragsmodelle dann eine im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes vergleichbare Lage ausschließen, wenn das eine Arbeitsvertragsmodell gekennzeichnet ist durch die dynamische Bezugnahme auf ein Tarifwerk und damit auf arbeitsvertraglicher Ebene kollektive, der Gestaltungsmacht des Arbeitge-

bers entzogene Regelwerke in ihrer jeweiligen Fassung zur Anwendung kommen, während das andere Arbeitsvertragsmodell der unbeschränkten Gestaltungsmacht des Arbeitgebers entspringt und den Arbeitnehmern gestellt wird (BAG 03.09.2014 - 5 AZR 6/13 Rn 22).

Das 13. Monatseinkommen ist für diese außertariflichen Arbeitnehmer Teil des individuell vereinbarten Gesamteinkommens. Dies zeigen die nunmehr in der Berufungsinstanz vorgelegten Arbeitsverträge. Diese unterscheiden sich bezogen auf die Entgeltregelungen inhaltlich. Es wurde jeweils ein außertarifliches Monatsgehalt in jeweils unterschiedlicher Höhe vereinbart, dessen Zahlung in 13. Monatsgehältern erfolgte. Zum Teil war darin Urlaubs- und Weihnachtsgeld enthalten (z.B. Do..., Blatt 295 der Akten), zum Teil wurde zusätzlich Urlaubsgeld nach Tarifvertrag vereinbart (Sch..., Blatt 313 der Akten, R..., Blatt 320 der Akten). In einigen Verträgen sind auch Erfolgsprämien (z.B. E..., Blatt 325 der Akten) und Zielvereinbarungen (G..., Blatt 307 der Akten) erwähnt. Hinzu kommt noch die Privatnutzung für zur Verfügung gestellte teils unterschiedliche Dienstwagen. Bei keinem dieser Arbeitnehmer orientiert sich das monatliche Einkommen an den tariflichen Vorschriften. In einem Vertrag findet sich überhaupt keine Verweisung auf Tarifverträge. In den übrigen Verträgen ist lediglich auf den RTV Ang verwiesen, nicht jedoch auf die Entgelttarifverträge, tarifliche Eingruppierungsregeln oder den TV 13 Ang. Das Arbeitsvertragsmodell für die außertariflichen Angestellten ist deshalb gerade nicht dynamisch ausgestaltet, sondern entspringt der unbeschränkten Gestaltungsmacht der Beklagten.

4. Bezüglich der Mitarbeiter Gü..., R. Fi..., Pe..., Si... und Z... hat die Beklagte ebenfalls keine verteilende Entscheidung vorgenommen. Das Gericht ist nach der Zeugenaussage der Zeugin N... überzeugt, dass die Beklagte an diese Mitarbeiter im Jahre 2013 die Sonderzahlung nur erbracht hat, weil sie meinte hierzu verpflichtet zu sein. Auch wenn es sich hier um immerhin 5 Mitarbeiter handelt, hat die Beklagte insoweit keine Gruppe gebildet. Es fehlt deshalb auch der kollektive Bezug.

Nach der Aussage der Zeugin, der damaligen Personalleiterin der Beklagten, hat diese jedes Jahr im September/Oktober beim damaligen Geschäftsführer nachgefragt, welche Angestellten die Sonderzahlung, d.h. ein volles 13. Monatsgehalt erhalten sollten. Sie habe dafür eine Liste erstellt, auf der vermerkt gewesen sei, wer einen arbeitsvertragli-

chen Anspruch hatte, und bei wem das tarifliche 13. Monatseinkommen freiwillig erhöht werden konnte. Der Geschäftsführer habe dies dann rückgemeldet (Blatt 570 der Akten). Die o.g. Mitarbeiter seien wie in den Vorjahren auch im Jahre 2013 auf der Liste als Mitarbeiter gekennzeichnet gewesen, die einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf Zahlung eines vollen Monatsgehalts gehabt hätten. Sie hätten das volle 13. Monatsgehalt daher auch ausgezahlt bekommen (Blatt 572 der Akten).

Das Gericht hält die Zeugin für glaubwürdig. Sie hat die Vorgänge um die Sonderzahlung ruhig und sachlich geschildert. Die Aussage wirkte keineswegs auswendig gelernt. Auch die Parteien oder die Parteivertreter äußerten keinerlei Zweifel am Wahrheitsgehalt der Aussage.

Aus der Aussage wird deutlich, dass die Beklagte im Jahre 2013 davon ausging, dass die o.g. Mitarbeiter einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf ein volles 13. Monatsgehalt hatten, und die Beklagte insoweit lediglich den Vertrag erfüllen wollte. Eine bewusst verteilende Entscheidung hat die Beklagte insoweit gerade nicht getroffen. Im Gegenteil habe nach Aussage der Zeugin im Jahre 2013 beim damaligen Geschäftsführer Ra... die Tendenz bestanden, so wenig wie möglich, aber so viel wie nötig an Sonderzahlungen zu leisten. Es sei in diesem Jahr erstmals diskutiert worden, ob man Sonderzahlungen überhaupt noch leisten solle, da dies den Etat noch mehr belaste (Blatt 571 der Akten).

Aus Sicht des erkennenden Gerichts kommt es insoweit nicht darauf an, ob die o.g. Mitarbeiter tatsächlich einen arbeitsvertraglichen Anspruch im Jahre 2013 erlangt hatten. Wenn allerdings bei den jeweiligen Zahlungen in den Vorjahren kein eindeutiger Vorbehalt erklärt wurde, dass die Sonderzahlung ohne Rechtsanspruch für die Zukunft erfolge, so spricht jedenfalls viel für das Zustandekommen jeweils konkludenter Vereinbarungen (hierzu BAG 13.05.2015 - 10 AZR 266/14). In diesem Falle hätte sich die Beklagte nicht einmal getäuscht.

Im Übrigen ist das erkennende Gericht überzeugt, dass jedenfalls hinsichtlich der Mitarbeiter Si..., Gü..., Pe... und R. Fi... die Einordnung als Anspruchsberechtigte im Rahmen der Umstellung auf SAP durch die Mitarbeiterin B... versehentlich erfolgte. Die Zeugin

N... hat in ihrer Aussage bestätigt, dass im Jahre 2009 eine Prüfung stattgefunden habe, wer einen arbeitsvertraglichen Anspruch bzw. einen Anspruch aus betrieblicher Übung auf Zahlung eines 13. Monatsgehalts gehabt habe und Frau B... als Personalsachbearbeiterin die o.g. Mitarbeiter als Anspruchsberechtigte erfasst habe. Jedenfalls für die im Jahre 2007 eingestellten Mitarbeiter Si..., Gü... und Pe... erscheint die Behauptung schlüssig, dass die damalige Erfassung als Anspruchsberechtigte versehentlich erfolgte. Sie hatten weder dreimal die Zahlung erhalten, noch sehen deren Arbeitsverträge einen entsprechenden Anspruch vor.

Dass Frau B... auch den Mitarbeiter R. Fi... versehentlich als Anspruchsberechtigten gekennzeichnet hat, obwohl im Arbeitsvertrag ein speziell auf eine übertarifliche Weihnachtsgratifikation bezogener Freiwilligkeitsvorbehalt („freiwillig ohne Rechtsanspruch“) enthalten ist (Blatt 94 der Akten) erscheint ebenfalls plausibel angesichts des damaligen Standes der Rechtsprechung (BAG 18.03.2009 - 10 AZR 289/08; BAG 30.07.2008 - 10 AZR 606/07).

Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, ob bei der Einordnung des Mitarbeiters Z... („Weihnachtsgeld = 13. Monatsgehalt“, Blatt 100 der Akten) als Anspruchsberechtigtem ein Versehen vorgelegen hat. Denn wird nur ein Mitarbeiter auf Grund einer jedenfalls ansonsten nicht vorkommenden arbeitsvertraglichen Klausel anders behandelt, fehlt jedenfalls der kollektive Bezug.

Es erscheint deshalb auch nicht verwunderlich, dass die Beklagte sich erstmals im Schriftsatz vom 29.08.2014 darauf berufen hat, „versehentlich“ an diese Mitarbeiter ein volles 13. Monatsgehalt gezahlt zu haben. Mit dieser Argumentation hat die Beklagte gerade keinen Sachgrund für eine Gruppenbildung geltend gemacht, sondern umgekehrt vermeintlich geschuldete Vertragserfüllung behauptet. Dass dies erst später bei genauere Prüfung ersichtlich wurde, erscheint dem Gericht plausibel. Die Beklagte war mit dieser Argumentation nicht präkludiert (vgl. BAG 23.02.2011 – 5 AZR 84/10).

5. Bezogen auf die 5 Bauleiter und die 5 kaufmännischen Mitarbeiter, die im Jahre 2013 ein volles 13. Monatsgehalt erhalten haben, befanden sich die Kläger im Gegensatz

zur Ansicht der Beklagten jedoch in einer vergleichbaren Lage. Sie waren am Stichtag bei der Beklagten beschäftigt. Arbeitsvertraglich waren die tariflichen Leistungen geschuldet; sie waren tarifliche Mitarbeiter. Das jeweilige tarifliche 13. Monatseinkommen bewegt sich in der etwa gleichen Höhe (Angestellte: 55 %, gewerbliche Mitarbeiter: 93 von 174 Stunden = 53,5 %).

a. Der für die gewerkschaftlich organisierten Mitarbeiter – im wesentlichen gewerbliche Mitarbeiter – geschlossene Sozialtarifvertrag mit Abfindungen deutlich über dem für alle Mitarbeiter geltenden Sozialplan beseitigt nicht die Vergleichbarkeit mit den Klägern. Die Abfindungen nach dem Sozialtarifvertrag einschließlich der den Klägern gezahlten Beträge aus dem Härtefonds dienen dem Ausgleich von durch den Arbeitsplatzverlust eintretenden Nachteilen. Die Zahlung eines vollen 13. Monatsgehalts an die genannten Angestellten dient einem völlig anderen Zweck. Sie war jedenfalls auch arbeitsleistungsbezogen. Im Übrigen hat die Beklagte allen Mitarbeitern Abfindungen entsprechend dem Sozialtarifvertrag bezahlt, auch denjenigen, die nicht unter den persönlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fielen.

b. Auch die unterschiedlichen tariflichen Regelungen bezüglich des 13. Monatseinkommens für Angestellte und gewerbliche Mitarbeiter vermögen an der vergleichbaren Lage der Kläger mit den 5 Bauleitern und den 5 kaufmännischen Mitarbeiterinnen nichts zu ändern. Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass die Tarifverträge unterschiedliche Regelungen enthalten etwa im Hinblick auf die Berücksichtigung von Krankheitszeiten. Dies ändert aber nichts daran, dass das tarifliche 13. Monatseinkommen bezogen auf das jeweilige tarifliche Entgelt in etwa gleich hoch ist. Die unterschiedliche Berechnung nach Anzahl der Stunden bzw. Prozentsatz vom Monatsgehalt tritt demgegenüber zurück. Die Tarifgeschichte zeigt, dass bezogen auf die Höhe des 13. Monatseinkommen gewerblichen Arbeitnehmer ähnlich wie die Angestellten behandelt werden sollten. So betrug es nach den ab 01.05.1997 geltenden Tarifverträgen für die Angestellten noch 77 % eines Tarifgehalts und für die gewerblichen Mitarbeiter den 130fachen Gesamttarifstundenlohn (= 75 % des Tarifentgelts). Mit den ab 01.07.1999 geltenden Tarifverträgen wurde das tarifliche 13. Monatseinkommen auf 55 % bzw den 93fachen Gesamttarifstundenlohn gesenkt. Im Übrigen hat der Kläger zu 1 den unterschiedlichen tariflichen Regelungen dadurch Rechnung getragen, dass er die Klage bezüglich des wegen krankheitsbedingter

Fehlzeiten nach § 2 Abs. 7 TV 13 gewA vorgenommenen Abzugs nicht mehr aufrecht erhalten hat.

III. Es lagen sachliche Gründe vor, den 5 Bauleitern und den 5 kaufmännischen Mitarbeiterinnen im Jahre 2013 ein volles Monatsgehalt zu zahlen, nicht jedoch den Klägern. Davon ist das erkennende Gericht nach der Einvernahme der Zeugen J..., C... und N... überzeugt. Das Gericht hat keinen Anlass, an den Aussagen zu zweifeln. Sie sind in sich und auch untereinander nicht widersprüchlich. Sie wirkten weder auswendig gelernt noch irgendwie abgesprochen. Jeder Zeuge hat mit eigenen Worten auf die Fragen geantwortet. Auch von den Parteien ist die Glaubwürdigkeit der Zeugen nicht in Zweifel gezogen worden.

1. Die Zahlung eines vollen 13. Monatsgehalts an die 5 Bauleiter ist durch nachvollziehbare sachliche Differenzierungsgründe gerechtfertigt.

a. Die Beklagte war auf die Gruppe der Bauleiter besonders angewiesen. Die Zeugin N... hat ausgeführt, für die Beklagte sei es sehr wichtig gewesen, dass die Bauleiter bis zuletzt ordentlich abrechnen und ihre Projekte zu Ende führen. Wären die Bauleiter abgesprungen, so hätte das „richtig Geld“ gekostet. Es sei auch nicht möglich gewesen Bauleiter „auf die Schnelle“ zu bekommen, da diese auf dem Arbeitsmarkt sehr begehrt gewesen seien. Die Bauleiter, die bis zum Schluss im Boot gewesen seien, hätten Sonderzahlung erhalten sollen, dies seien die 5 Bauleiter gewesen. Diese Aussage ist für das Gericht nachvollziehbar. Die Baustellen mussten noch ordnungsgemäß zu Ende geführt werden. Bauleiter sind die Know-how-Träger bezüglich der einzelnen Baustellen und die jeweiligen Ansprechpartner der Bauherren. Bauleitern obliegt es auch, die Arbeiten zu koordinieren und insbesondere Verzögerungen zu vermeiden. Dazu sind der jeweilige Stand der Bauarbeiten und die vertragliche Gestaltung zu berücksichtigen. Jeder Wechsel in der Bauleitung hätte daher die geplante Stilllegung erschwert. Auch in der Streikphase war die Tätigkeit der Bauleiter besonders wichtig, um einem Ruhen der Baustellen entgegen zu wirken und den Schaden für die Beklagte möglichst gering zu halten. Hinzu kommt, dass die Bauleiter auch die Aufgabe hatten, bei der Archivierung mitzuhelfen und ihre eigenen Akten zu überprüfen (Zeuge J..., Blatt 565 der Akten). Die Akten hätten revisionssicher gemacht werden müssen, da sie nunmehr extern verwaltet würden und die

Garantie von einem Externen abgewickelt würde (Zeuge J..., Blatt 567 der Akten). Dass die Beklagte auf die Kläger in ihrer Funktion als gewerbliche Arbeitnehmer auf der Baustelle (nicht als Betriebsräte) nicht in diesem Maße angewiesen war, erscheint nachvollziehbar.

b. Die Bauleiter waren ab dem Schließungsbeschluss der Beklagten im Juli 2013 auch besonders belastet. Dies gilt insbesondere für die Streikzeiten. Nach Aussage des Zeugen J... sei erst durch den Streik bekannt geworden, dass die Beklagte den Betrieb habe stilllegen wollen. Die Bauleiter seien von den Subunternehmern und Lieferanten unter Druck gesetzt worden. Sie seien erst nach Vorlage von Bürgschaftsurkunden zur Weiterarbeit bereit gewesen. Die Organisation der Baustellen sei während des Streiks gestört gewesen. Stahllieferanten, Betonlieferanten und Subunternehmer hätten neu gesteuert werden müssen. Der Zeuge C..., der technische Leiter und unmittelbare Vorgesetzte, sagte aus, dass die Zeit des Streiks für die Bauleiter eine extreme Situation gewesen sei, weil die Auftraggeber die Beklagte aufgefordert hätten, die Arbeiten trotz des Streiks weiter zu führen. Die Betreuung der Nachunternehmern hätten die Bauleiter während des Ausstandes mitübernehmen müssen, eine Arbeit, die normalerweise von den Polieren auf der Baustelle erledigt worden sei. Die Baustellen hätten überwiegend auch nicht geruht (Blatt 569 der Akten). Frau N... sagte aus, dass die Sonderzahlung an die Bauleiter auch durch deren besondere Belastung durch den Streik veranlasst gewesen sei (Blatt 572 der Akten). Sie habe selbst in Gesprächen mit Herrn Kr... und Frau Rö... mitbekommen, dass diese am „Rotieren“ gewesen seien (Blatt 571 der Akten).

c. Das Gericht ist überzeugt, dass die Sonderzahlung an die Bauleiter sowohl als Belohnung für die erhöhte Belastung während des Streiks und der Stilllegung, als auch wegen der Bedeutung der Bauleiter in der Streikphase und für eine reibungslose und geordnete Stilllegung des Betriebes gezahlt wurde. Dies hat insbesondere die Aussagen der Zeugin N... ergeben (Blatt 572 der Akten), die hierüber auch mit dem damaligen Geschäftsführer Ra... gesprochen hatte (vgl. Blatt 571 der Akten). Jeder Differenzierungsgrund hätte nach Ansicht des Gerichts für sich alleine bereits genügt, die Sonderzahlung an die 5 Bauleiter zu rechtfertigen. Jedenfalls gilt dies in der Zusammenschau.

2. Ebenso lagen hinsichtlich der Gruppe der 5 kaufmännischen Angestellten nachvollziehbare sachliche Differenzierungsgründe zur Zahlung eines vollen 13. Monatseinkommens im Jahre 2013 vor.

a. Die besondere Belastung der Personalsachbearbeiterin B... wegen des Streiks und insbesondere wegen der Abwicklung der Personalangelegenheiten im Zuge der Betriebsstilllegung und die dadurch sachlich gerechtfertigte Zahlung eines vollen 13. Monatseinkommens als Sonderzahlung im Jahre 2013 haben die Kläger nach der Einvernahme der Zeugin N... streitlos gestellt (Blatt 574 der Akten).

b. Das Gericht ist nach der Beweisaufnahme auch hinsichtlich der übrigen in der Buchhaltung beschäftigten kaufmännischen Mitarbeiterinnen vom Vorliegen eines sachlichen Differenzierungsgrundes überzeugt.

aa. Dabei ist nicht entscheidend, dass die Beklagte auf deren Mitarbeit in der Buchhaltung gerade im Hinblick auf die Betriebsschließung besonders angewiesen war. Bis Dezember 2013 sei nach Aussage des kaufmännischen Leiters der Beklagten, des Zeugen J..., der kaufmännische Bereich unter Volllast gelaufen. Als die Mitarbeiterinnen von den höheren Abfindungen für die Gewerkschaftsangehörigen gehört hätten, habe er Ende August, Anfang September eine Entlohnung dafür versprochen, wenn sie die Arbeit bis zum Jahresende ordnungsgemäß erfüllen und den Jahresabschluss zeitgerecht erstellen (Blatt 566 der Akten). Insbesondere hierfür sei aber eine zusätzliche Prämie im Jahr 2014 bezahlt worden (Blatt 567 der Akten). Das Gericht ist daher nicht überzeugt, dass die streitgegenständliche Sonderzahlung für die zeitgerechte Erstellung des Jahresabschlusses und der fehlenden Krankheitszeiten gezahlt worden sein könnte.

bb. Die Sonderzahlung ist aber wegen der besonders schwierigen Arbeitsbedingungen im September 2013 (Umzug in neues Gebäude, höchste im Jahresverlauf abzurechnende Leistungen) gerechtfertigt. Dies sei, so der Zeuge J..., der Grund für die streitgegenständliche Sonderzahlung gewesen (Blatt 568 der Akten). Die Erschwernisse für die kaufmännischen Mitarbeiterinnen während des Umzugs seien insbesondere durch den kompletten Abbau und Neuinstallation der EDV hervorgerufen worden (Blatt 566 der Akten). Anderer-

seits sei im kaufmännischen Bereich die Belastung der Mitarbeiterinnen besonders hoch gewesen, wie sich aus den Kennzahlen des Jahres 2013 ergebe. Deshalb habe er im Oktober den Entschluss zur Zahlung eines vollen 13. Monatsgehaltes an die kaufmännischen Mitarbeiterinnen gefasst (Blatt 566 der Akten), worüber er mit dem Geschäftsführer entschieden habe (Blatt 564 der Akten). Diese Aussage stimmt mit den in Anlage B 31 (Blatt 540 der Akten) gemachten und vom Zeugen J... bestätigten Kennzahlen überein. Danach wurden im September 2013 Leistungen in Höhe von 7,851 Mio € erbracht, mehr als in jedem anderen Monat des Jahres 2013. Dass die Mitarbeiterinnen der Buchhaltung anders als die auf den Baustellen tätigen Kläger in besonderer Weise auf eine funktionierende EDV angewiesen waren, liegt auf der Hand.

Diese besondere Belastung genügt als nachvollziehbarer sachlicher Differenzierungsgrund. Denn die Arbeitsumstände der Kläger als gewerbliche Arbeitnehmer auf den Baustellen sind durch den Umzug der Arbeitsplätze im Verwaltungsgebäude nicht oder jedenfalls nicht in dem Maße beeinträchtigt gewesen.

3. Nach Ansicht des Gerichts kommt es daher nicht darauf an, ob die Bauleiter und die kaufmännischen Angestellten tatsächlich Mehrarbeit im Sinne von Überstunden geleistet haben, die pauschal hätten ausgeglichen werden sollen. Die Beklagte hatte dies behauptet, konnte Überstunden aber mangels Erfassung der Arbeitszeit, die bei den Angestellten generell nicht erfolgte, nicht darlegen. Deshalb war auch die Einvernahme der von den Klägern zur Nichtleistung von Überstunden benannten Zeugen im Hinblick auf die Aussagen der Zeugen J..., C... und N... nicht mehr veranlasst. Die Kläger verzichteten deshalb auf die Einvernahme der ihrerseits benannten Zeugen (Blatt 573 der Akten).

IV. Nach alledem hat die Beklagte mit der Zahlung eines vollen Monatsgehalts im Jahre 2013 an bestimmten Gruppen von Angestellten im Hinblick auf die Kläger nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht verstoßen. Die Beklagte ist daher nicht verpflichtet, an die Kläger den 81fachen Gesamttarifstundenlohn als weitere Sonderzahlung für 2013 zu leisten. Sonstige Anspruchsgrundlagen sind weder ersichtlich noch geltend gemacht.

C.

- I. Die Kläger haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, § 91 ZPO.

- II. Gesetzliche Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor (vgl. § 72 Abs. 2 ArbGG).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Steindl
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Herrmann
ehrenamtlicher Richter

Spetzke
ehrenamtlicher Richter