

LANDEsarBEITSGERICHT NÜRNBERG

6 Sa 398/13

3 Ca 990/12

(Arbeitsgericht Bamberg - Kammer Coburg -)

Datum: 14.01.2014

Rechtsvorschriften: §§ 77 BetrVG; Art. 3 GG

Leitsatz:

1. Erbringt der Arbeitgeber Leistungen in Erfüllung einer Betriebsvereinbarung, kommt der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zur Anwendung. Der Arbeitgeber trifft keine "gestaltende" eigene Entscheidung; er vollzieht lediglich die kollektive Norm.
 2. Anderes gilt, wenn er die Leistung in Kenntnis der Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung erbringt. Dann liegt eine "gestaltende" Entscheidung im Rechtsinne vor. Für das Vorliegen dieser Kenntnis ist der Anspruchsteller darlegungs- und beweispflichtig.
 3. Es kann dahinstehen, ob eine "gestaltende Entscheidung" schon dann gegeben ist, wenn sich die Unwirksamkeit der Norm für den Arbeitgeber aufdrängen muss. Ein solches Aufdrängen ist nicht erkennbar, wenn die Betriebsvereinbarung für die Fernfahrer, die im Durchschnitt eine höhere Stundenzahl arbeiten und vergütet bekommen, einen - gemessen am Jahresentgelt - prozentual entsprechend niedrigeren Prozentsatz der Gesamtjahresvergütung als Sonderzahlung vorsieht.
-

Urteil:

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg, Kammer Coburg, vom 19.06.2013, Az.: 3 Ca 990/12, wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.
- II. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung einer durch Betriebsvereinbarung geregelten Sonderzahlung an den in der Betriebsvereinbarung mit einem geringeren Betrag bedachten Arbeitnehmer.

Der Kläger ist bei der Beklagten, die in ihrem Betrieb etwa 100 Arbeitnehmer beschäftigt, seit 24.09.1984 als Fahrer tätig. In früheren Jahren erhielten sämtliche Arbeitnehmer einheitlich Sonderzahlungen in Form von Anwesenheitsprämien.

Mit Betriebsvereinbarung vom 16.06.2010 wurde hinsichtlich der Sonderzahlungen folgendes geregelt (Anlage zur Klageschrift, Bl. 22 d.A.):

Zwischen der Geschäftsleitung und dem Betriebsrat wird folgende Betriebsvereinbarung über eine freiwillige Sonderzahlung geschlossen:

1. Mit der Juni-Abrechnung 2010 erhält jeder Mitarbeiter eine einmalige freiwillige Sonderzahlung.
2. Freiwillige Sonderzahlungen sind ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und begründen keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.
3. Die Höhe der freiwilligen Sonderzahlung beträgt für
Fernfahrer 2,94 %
alle anderen Mitarbeiter 4,00 %
des bezahlten Brutto-Einkommens 2009 (ohne Kurzarbeit), jedoch abzüglich der VWL, Urlaubsgeld, Auslösungen, Kleidergeld und evtl. geleisteter Sonderzahlungen (auch Nachzahlungen) jeglicher Art.
4. Diese Betriebsvereinbarung tritt zum 01.06.2010 in Kraft und endet automatisch, ohne Nachwirkung, mit Auszahlung der freiwilligen Sonderzahlung zum 30.06.2010.

Unter dem 16.06.2011 schlossen die Beklagte und der Betriebsrat eine weitere Betriebsvereinbarung mit, soweit vorliegend von Interesse, folgendem Wortlaut (ebenda, Bl. 23 f. d.A.):

1. Der Arbeitgeber gewährt im Kalenderjahr 2011 eine freiwillige Sonderzahlung. Die Gewährung der Sonderzahlung 2011 erfolgt freiwillig und begründet damit keinen Rechtsanspruch auf Weitergewährung in den folgenden Kalenderjah-

ren. Das Unternehmen behält sich vor, jedes Jahr neu zu entscheiden, ob und in welcher Höhe ggfs. eine freiwillige Sonderzahlung gewährt wird.

2. Anspruchsberechtigt ...

3. Die Höhe der freiwilligen Sonderzahlung 2011 beträgt für:

Fernfahrer	4,61	%
Alle anderen Mitarbeiter	6,40	%

Die Basis für die Berechnung der freiwilligen Sonderzahlung für 2011 ist das bezahlte Brutto-Einkommen aus dem Jahr 2010, jedoch abzüglich VWL, Urlaubsgeld, Auslösung, Kleidergeld, geleistete Sonderzahlung (für gewerbliche Arbeitnehmer im November 2010 und Angestellte im Dezember 2010), Nachzahlungen, Jubiläumszuschläge, sonstige Sachbezüge, Provisionen, usw..

Tritt ein Arbeitnehmer ...

4. Tritt während eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses eine Änderung hinsichtlich der Beschäftigungsdauer ein (z.B. Teilzeit oder Vollzeit), erfolgt eine entsprechende zeitanteilige Anpassung der freiwilligen Sonderzahlung.

5. Die Betriebsvereinbarung tritt mit Unterzeichnung in Kraft und endet automatisch mit der Auszahlung der freiwilligen Sonderzahlung an die Mitarbeiter mit der nächsten Lohn- und Gehaltsabrechnung für den Monat Juni 2011, spätestens aber mit dem 31.07.2011. Eine Nachwirkung ist ausgeschlossen.

In der Betriebsvereinbarung vom 12.07.2012 (ebenda, Bl. 25 f. d.A.) wurde hinsichtlich der freiwilligen Sonderzahlung eine vergleichbare Regelung getroffen, wobei für die Fernfahrer 6,48%, für alle anderen Arbeitnehmer 9,00% des vorjährigen Entgelts als Berechnungshöhe festgelegt wurde, zahlbar mit dem Julientgelt.

Der Kläger hat im Jahr 2010 einen Betrag in Höhe von 766,22 € brutto, im Jahr 2011 einen Betrag von 1.208,57 € brutto und im Jahr 2012 einen Betrag von 1.671,65 € brutto als Sonderzahlung entsprechend der Betriebsvereinbarung erhalten.

Mit seiner am 16.11.2012 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Beklagte sei ihm zur Nachzahlung weiterer Beträge als Sonderzahlungen verpflichtet. Er habe wie andere Fernfahrer mit Schreiben vom 10.08.2012 geltend gemacht, die an ihn zu zahlende Sonderzahlung müsse derjenigen der anderen Arbeitnehmer entsprechen. Die Festsetzung eines geringeren Betrages für die Fernfahrer verstoße gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Beklagtengeschäftsführer habe daraufhin keine Erklärung für die Ungleichbehandlung abgegeben, ihm und seinen Fernfahrerkollegen aber eine innerbetriebliche Beschäftigung angeboten. Dieser habe weiter erklärt, die Fernfah-

- 4 -

rer verdienten mit ihrer durchschnittlich um 28% höheren Arbeitszeit ohnehin zu viel; dies müsse sich bei der Sonderzahlung wieder ausgleichen und rechtfertige die um 28% niedrigere Sonderzahlung. Der Kläger meint, die Beklagte schaffe mit den rechtswidrigen Betriebsvereinbarungen eine „Zwei-Klassen-Gesellschaft“ und diskriminiere die Fernfahrer. Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung sei nicht ersichtlich. Die Betriebsvereinbarungen dienten ausschließlich dem Zweck der Umgehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes; sie hätten keinen anderen Zweck, als den Fahrern unter dem „Deckmäntelchen“ der Betriebsvereinbarung eine gekürzte Zahlung zukommen zu lassen. Ihm ständen angesichts seines Bruttoentgelts von 32.117,55 € im Jahr 2 009, 27.043,49 € im Jahr 2010 und 26.633,21 € im Jahr 2011 Nachzahlungsbeträge von 518,48 €, 522,31 € und 725,33 €, mithin insgesamt 1.766,12 € brutto zu.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt:

Die Beklagtenpartei wird verurteilt, an den Kläger 1.766,12 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins nach § 247 BGB seit 12.10.2012 zu zahlen.

Die Beklagte hat dagegen beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat eingewandt, dem Kläger stehe der Anspruch nicht zu. Zunächst sei er von einem nicht maßgeblichen Jahresentgelt als Berechnungsgrundlage ausgegangen. Entsprechend den genauen Regelungen der Betriebsvereinbarungen seien Beträge von 26.062,02 € – für die Sonderzahlung 2010 maßgebliches Jahresentgelt 2009 –, 26.216,35 € – für die Sonderzahlung 2011 maßgebliches Jahresentgelt 2010 – und 25.797,07 € – für die Sonderzahlung 2012 maßgebliches Jahresentgelt 2011– zugrunde zu legen. Es ergäben sich daher allenfalls Differenzbeträge von 276,26 €, 469,28 € und 650,09 €, mithin 1.395,63 €. Die Ansprüche seien jedoch insgesamt nicht gegeben. Der Gleichbehandlungsgrundsatz scheidet als Anspruchsgrundlage aus, weil er – der Arbeitgeber – keine Leistungen nach

einem erkennbar generalisierenden Prinzip aufgrund einer abstrakten Regelung gewähre und dabei gestaltend tätig werde. Er habe lediglich die Normen der Betriebsvereinbarungen vollzogen. Mangels Gestaltung seien Ansprüche aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz von vornherein ausgeschlossen. Es könne daher dahinstehen, ob die Differenzierung sachlich zulässig gewesen sei oder nicht. Die Betriebsparteien hätten sicherstellen wollen, dass die Fernfahrer im Hinblick auf ihre längeren Arbeitszeiten, die zu höheren Jahresentgelten führen würden, nicht gegenüber anderen Arbeitnehmern bevorzugt würden. Sie hätten also gerade dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung tragen wollen. Sie, die Beklagte, sei von der Wirksamkeit der mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen ausgegangen und habe die Zahlungen im Vertrauen auf die Wirksamkeit der dortigen Normen geleistet. Es lägen weder bewusste Benachteiligungen der Fernfahrer noch Rechtsmissbrauch vor.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.04.2005 für den vorliegenden Streitgegenstand nicht vergleichbar sei. Dort sei es nur um eine einzige Leistungsprämie für ein Jahr gegangen, in der nur einzelne Arbeitnehmer aus sachlichen Gründen von der Gewährung ausgenommen worden seien. Im Gegensatz hierzu hätten die von der Beklagten mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen dem alleinigen Zweck gedient, die Fahrer zu benachteiligen. Die Betriebsvereinbarungen stellten nicht ein ausgehandeltes Ergebnis eines mitbestimmungspflichtigen Sachverhalts dar. Im übrigen sei der Betriebsrat mehrheitlich mit Nicht-Fernfahrern besetzt. Die Ungleichbehandlung sei auch nicht durch die überdurchschnittliche Arbeitszeit gerechtfertigt. Im übrigen habe er die Ungleichbehandlung mit Schreiben vom 13.08.2012 geltend gemacht – die mit dem Julientgelt ausgezahlte Sonderzahlung sei erst spätestens zum 15. des Folgemonats fällig geworden. Auch den Betriebsparteien stehe es nicht frei, sich über den Gleichbehandlungsgrundsatz hinwegzusetzen. Früher hätten Arbeiter wie Fernfahrer und Angestellte im Büro eine einheitliche Sonderzahlung erhalten.

Das Arbeitsgericht Bamberg – Kammer Coburg – hat mit Endurteil vom 19.06.2013 wie folgt entschieden:

- 6 -

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
3. Der Streitwert wird auf 1.766,12 € festgesetzt.
4. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen damit begründet, der geltend gemachte Anspruch ergebe sich nicht aus den Betriebsvereinbarungen. Diese sähen jeweils unterschiedliche Prozentsätze zur Berechnung der Zahlungen vor. Die Beklagte habe die Zahlungen entsprechend den Betriebsvereinbarungen geleistet, was auch vom Kläger nicht in Abrede gestellt werde. Der Anspruch ergebe sich auch nicht aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser greife nur, wenn der Arbeitgeber gestaltend tätig werde. Vollziehe er lediglich Normen, greife er nicht, wie das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 26.04.2005 festgehalten habe. Hier habe die Beklagte die Sonderzahlungen auf der Grundlage der jeweils abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen geleistet. Sie habe diese Betriebsvereinbarungen unmittelbar umgesetzt und sei nicht mehr gestaltend tätig geworden. Der Anspruch bestände selbst dann nicht, wenn die Betriebsvereinbarungen unwirksam wären. Zum einen fielen in diesem Fall die Anspruchsgrundlage für die Sonderzahlung in Gänze weg. Zum anderen handelte es sich auch dann nur um Normvollzug, wenn die anderen Mitarbeiter solche Leistungen in Anwendung einer vermeintlich wirksamen Betriebsvereinbarung erhalten hätten. Vorliegend bestehe kein Anlass zur Annahme, dass die Beklagte die Sonderzahlungen an die anderen Arbeitnehmer in Kenntnis der Unwirksamkeit der geschlossenen Betriebsvereinbarungen geleistet hätte.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist der anwaltlichen Prozessvertreterin des Klägers ausweislich deren Empfangsbekanntnisses am 17.07.2013 zugestellt worden. Diese hat namens und im Auftrag des Klägers mit Schriftsatz vom 26.07.2013, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am 29.07.2013, Berufung gegen die Entscheidung eingelegt. Sie hat die Berufung mit am 11.09.2013 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz vom 10.09.2013 begründet.

Zur Begründung seiner Berufung trägt der Kläger vor, das Arbeitsgericht habe sich zu Unrecht auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.04.2005 gestützt, ohne die Umstände des Einzelfalles, insbesondere den Selbstzweck der geschlossenen Betriebsvereinbarungen, auch nur ansatzweise zu berücksichtigen. Das Arbeitsgericht habe den Sachvortrag, die Zahlungen seien bereits seit Beginn des Arbeitsverhältnisses erfolgt und daher auch aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung begründet, außen vor gelassen. Es habe weiter unberücksichtigt gelassen, dass die Betriebsvereinbarungen keine Bestimmung dahingehend enthielten, dass solche vorhergehenden Regelungen außer Kraft gesetzt werden sollten. Die Betriebsvereinbarungen sähen zudem nur unterschiedliche Prozentsätze vor, ohne Differenzierungsgründe anzugeben. Die Beklagte habe sich vorliegend überhaupt nicht geirrt, sondern das Instrument der Betriebsvereinbarungen bewusst zweckwidrig zur Benachteiligung der Fahrer eingesetzt. Sie habe mit den Betriebsvereinbarungen keine Regelung getroffen, mit der betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Umstände ihrer Natur nach nur generell kollektivrechtlich geregelt werden könnten. Auch durch den Abschluss von Betriebsvereinbarungen könne die Schranke der Gleichbehandlung und des Diskriminierungsverbotes nicht ausgehebelt werden. Die Ansicht des Arbeitsgerichts würde zu einem rechtsfreien Raum führen. Der Missbrauch durch die Beklagte hätte sich dem Arbeitsgericht aufdrängen müssen. Vorsorglich werde bestritten, dass bei den Fernfahrern von einer durchschnittlich um 28% höheren Arbeitszeit auszugehen sei.

Der Kläger und Berufungskläger stellt im Berufungsverfahren – nach Rücknahme der Berufung im Übrigen im Termin vom 14.01.2014 – folgende Anträge:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – verkündet am 19.06.2013, zugestellt am 17.07.2013, Az. 3 Ca 990/12, wird aufgehoben.
2. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, an den Kläger 1.395,63 € brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit 12.10.2012 zu zahlen.
3. Die Beklagte und Berufungsbeklagte hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten zweiter Instanz zu tragen.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt dagegen:

Die Berufung des Klägers wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Die Beklagte schließt sich den Ausführungen des Arbeitsgerichts an. Sie meint, das Arbeitsgericht habe die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 26.11.1998 und vom 26.04.2005 zutreffend auf die vorliegende Konstellation angewandt. Die Betriebsparteien seien von der Wirksamkeit der jeweiligen Betriebsvereinbarungen ausgegangen. Eine eventuelle Unwirksamkeit dieser Betriebsvereinbarungen sei weder gegeben noch gerichtlich festgestellt. Sie, die Beklagte, habe auf die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung vertrauen dürfen und vertraut. Selbst wenn die Betriebsvereinbarungen einer Prüfung nicht standhielten, ergäben sich die geltend gemachten Ansprüche des Klägers nicht. Die Ausführungen über Zahlungen aus früheren Jahren seien nicht nachvollziehbar. Früher seien Sonderzahlungen als freiwillige Leistungen jährlich festgelegt worden, unter Ausschluss eines Rechtsanspruchs für künftige Jahre. Diesbezüglich nachvollziehbaren Sachvortrag habe der Kläger nicht dargetan. Eine betriebliche Übung habe nicht bestanden. Unabhängig hiervon stütze der Kläger seinen Anspruch auf die Betriebsvereinbarungen, nicht aber auf eine betriebliche Übung. Der Vortrag, die Betriebsvereinbarungen seien bewusst zur Benachteiligung der Fahrer eingesetzt worden, entbehre jeglicher Grundlage.

Der Kläger trägt vor, die Beklagte habe am 30.11.2013 erneut eine Sonderzahlung an die Belegschaft ausgekehrt, nunmehr ohne Differenzierung nach der Tätigkeit.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Darstellung des Sachverhalts im Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils, auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 14.01.2014 (Bl. 143 ff. d.A.) sowie auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, weil sie sich gegen ein arbeitsgerichtliches Endurteil richtet. Der Beschwerdewert ist erreicht. Sie ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei der Klägervertreterin durch die anwaltliche Prozessvertreterin beim Landesarbeitsgericht eingelegt und begründet worden. Die Begründung erfüllt noch die zu stellenden Anforderungen. Dabei kann dahinstehen, ob sich dies schon daraus ergibt, dass der Kläger nunmehr erstmals auf das Bestehen einer betrieblichen Übung beruft, während er erstinstanzlich den Anspruch allein auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz durch die Anwendung der abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen bezieht. Insoweit dürfte nämlich ein anderer Streitgegenstand ins Verfahren eingeführt worden sein. Der Kläger beruft sich aber darauf, das Arbeitsgericht habe übersehen, dass die Beklagte die Betriebsvereinbarungen bewusst rechtswidrig zur Benachteiligung der Fernfahrer eingesetzt habe; dies sei schon aus den Betriebsvereinbarungen selbst erkennbar. Mit dieser Begründung wäre in der Tat ein Anspruch über den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz möglich, wäre nicht bloßer Normvollzug gegeben. Eine ausreichende Auseinandersetzung mit den Gründen der arbeitsgerichtlichen Entscheidung ist daher noch gegeben.

II.

Die Berufung ist aber nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht und mit in jeder Hinsicht zutreffender Begründung abgewiesen. Die Kammer des Landesarbeitsgerichts folgt der überzeugenden Begründung des Arbeitsgerichts, der sie sich anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung

verzichtet werden kann. Im Hinblick auf die in der Berufungsinstanz aufgeworfenen Fragen ist folgendes hinzuzufügen:

1. Der geltend gemachte Anspruch ergibt sich nicht aus betrieblicher Übung. Der Kläger hat auch in der Berufung in keiner Weise dargetan, dass eine solche Übung auf eine Sonderzahlung in den Jahren vor 2010 bestanden haben soll. Der Kläger hat in keiner Weise dargetan, wann im Betrieb Sonderzahlungen nach welchen Grundsätzen gezahlt worden sind, so dass eine Prüfung dahingehend möglich wäre, ob ein entsprechender Vertrauenstatbestand bei den Arbeitnehmern des Betriebs entstanden sein konnte. Er ist den Ausführungen der Beklagten, das Entstehen einer solchen Übung sei von vornherein ausgeschlossen gewesen, weil frühere Zahlungen mit wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalten verbunden gewesen seien, nicht entgegengetreten. Er hat schließlich in keiner Weise erläutert, aus welchen Gründen sich aus einer solchen eventuell vorhandenen Übung gerade die eingeklagten Zahlungsansprüche ergeben sollen. Er hat nicht einmal dargetan, welche Leistungen in früheren Jahren dem Grunde und der Höhe nach gewährt worden sein sollen.

Der vom Kläger vorgetragene Sachverhalt ist daher nicht geeignet, gerade die geltend gemachten Zahlungsansprüche aus dem Gesichtspunkt einer eventuellen früheren betrieblichen Übung zu begründen. Selbst wenn man den Sachvortrag des Klägers also dahingehend versteht, dass er mit der Berufung einen zusätzlichen Streitgegenstand einführen wollte, führt dies nicht zur Begründung der geltend gemachten Zahlungsansprüche.

2. Der Anspruch ergibt sich auch nicht aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.
 - a. Das Arbeitsgericht hat unter zutreffender Zitierung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darauf hingewiesen, dass ein solcher Anspruch grundsätzlich nur bei einer „gestaltenden“ Entscheidung des Arbeitgebers besteht, nicht jedoch bei bloßem Normvollzug (ständige Rechtsprechung,

vgl. BAG vom 26.11.1998, 6 AZR 335/97, Rn. 37 der Entscheidungsgründe; BAG vom 26.04.2005, 1 AZR 76/04, Rn. 26 der Entscheidungsgründe; BAG vom 02.08.2006, 10 AZR 572/05, Rn. 33 der Entscheidungsgründe; BAG vom 06.12.2006, 4 AZR 798/05, Rn. 23 der Entscheidungsgründe; BAG vom 15.4.2008, 1 AZR 65/07, Rn. 18 der Entscheidungsgründe; BAG vom 21.09.2011, 5 AZR 520/10, Rn. 21 der Entscheidungsgründe; BAG vom 27.06.2012, 5 AZR 317/11, Rn. 17 der Entscheidungsgründe; BAG vom 12.12.2012, 10 AZR 718/11, Rn. 44 der Entscheidungsgründe; BAG vom 16.05.2013, 6 AZR 619/11, Rn. 46 der Entscheidungsgründe; BAG vom 21.11.2013, 6 AZR 23/12, Rn. 76 der Entscheidungsgründe, jeweils zitiert nach juris). Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz greift wegen seines Schutzcharakters gegenüber der Gestaltungsmacht des Arbeitgebers nur dort ein, wo dieser auch durch eigenes gestaltendes Verhalten ein eigenes Regelwerk und eine eigene Ordnung schafft, nicht hingegen bei bloßem – auch vermeintlichem – Normvollzug (BAG vom 06.07.2011, 4 AZR 569/09, Rn. 23 der Entscheidungsgründe; BAG vom 23.10.2012, 4 AZR 48/11, Rn. 14 der Entscheidungsgründe, jeweils zitiert nach juris). Dies erscheint als zwingend. Ansonsten befände sich der Arbeitgeber in einem unlösbaren Dilemma. Einerseits wäre er verpflichtet, die Betriebsvereinbarung zu erfüllen, könnte gegebenenfalls gemäß § 77 Abs. 1 BetrVG durch den Betriebsrat über ein gerichtliches Verfahren zu deren Einhaltung angehalten werden. Andererseits wäre er gezwungen, andere Leistungen in Abweichung von der Betriebsvereinbarung zu gewähren.

- b. Anders wäre dies – so auch die aufgeführte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts –, wenn dem Arbeitgeber im Auszahlungszeitpunkt positiv bekannt gewesen wäre, dass die Betriebsvereinbarungen – etwa wegen der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder einer Maßregelung – unwirksam gewesen wären. In diesem Fall hätte er die Leistung – insoweit „gestaltend“ – in Kenntnis der Unwirksamkeit und deshalb aufgrund eigener Entscheidung erbracht. Erst recht wäre dies der Fall, wenn der Arbeitgeber, wie der Kläger meint, die Betriebsvereinbarungen als Gestaltungsmittel „bewusst zweckwidrig“ eingesetzt hätte, um damit die Fernfahrer zu benachtei-

ligen und um eine Verurteilung wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz mit dem Hinweis auf bloßen Normvollzug zu umgehen.

Hierfür sind jedoch konkrete Anhaltspunkte weder vorgetragen noch aus sonstigen Umständen erkennbar.

- (a) Soweit der Kläger meint, die Unwirksamkeit sei allein daraus zu entnehmen, dass für die Fahrer im Gegensatz zu allen anderen Mitarbeitern eine prozentual geringere Sonderzahlung in der Betriebsvereinbarung normiert worden sei, beruft er sich nicht auf positive Kenntnis der Beklagten von der Unwirksamkeit, sondern auf „Kennenmüssen“. Es erscheint im Hinblick auf die dargestellte Rechtsprechung als zweifelhaft, ob eine fahrlässige Unkenntnis von der wahrscheinlichen Unwirksamkeit der vollzogenen Norm genügt. Vieles spricht dafür, dass die Unwirksamkeit positiv bekannt sein muss. Für eine solche positive Kenntnis liegt keinerlei nachvollziehbarer Sachvortrag vor.
- (b) Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass sich ein Arbeitgeber auf Normvollzug schon dann nicht mehr berufen kann, wenn sich die Unwirksamkeit der vollzogenen Norm, hier also der Betriebsvereinbarung aufdrängt, führt dies nicht zur Begründung der geltend gemachten Ansprüche. Auch dies ist nämlich allein aufgrund der getroffenen Differenzierung nicht erkennbar. Die Betriebspartner haben bei der Ausgestaltung und Verteilung von Leistungen einen Gestaltungsspielraum. Sie sind insbesondere zu Pauschalierungen befugt. Wenn sie, worauf sowohl der Sachvortrag des Klägers als auch derjenige der Beklagten hindeutet, die Fahrer in erster Linie deswegen mit einer prozentual an der Vorjahresvergütung gemessenen geringeren Quote bedacht haben, weil sie davon ausgegangen sind, dass die Fahrer ungefähr im selben Prozentsatz im Verhältnis zu den anderen Mitarbeitern mehr Stunden verrichtet haben, stellt dies zumindest einen Differenzierungsgrund dar, der – unabhängig von der konkreten Ausgestaltung – nicht von vornherein

derart abwegig ist, dass sich schon allein hieraus die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung für die Beklagte aufdrängen musste.

- (c) Die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung ist entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht schon deswegen gegeben, weil im Text der Betriebsvereinbarung keinerlei Grund für die getroffene Differenzierung angeführt ist. Ein Rechtsgrundsatz, der die Betriebspartner zur Erläuterung oder Begründung der von ihnen getroffenen Regelungen verpflichten würde, existiert nicht.
- (d) Nicht erkennbar ist, welche Folgerungen der Kläger aus dem Verhalten der Beklagten in der Vergangenheit und den im Zeitraum vor 2010 geleisteten Zahlungen ableiten will. Soweit er sich darauf stützt, dass das Bundesarbeitsgericht die frühere Praxis für unwirksam erklärt habe, lässt sich auch hieraus nichts entnehmen. Der Kläger behauptet selbst nicht, dass die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts irgendetwas mit einer unzulässigen Differenzierung zwischen Fernfahrern und übrigen Mitarbeitern zu tun hatten. Vielmehr ging es damals um die Frage, ob und inwieweit das Einverständnis oder Nichteinverständnis der Mitarbeiter zur Vereinbarung verschlechterter Vertragsbedingungen bei Zusatzleistungen berücksichtigt werden durfte oder nicht. Einen Bezug zur vorliegenden Differenzierung kann die Kammer nicht erkennen.
- (e) Ähnliches gilt für die vom Kläger beanstandeten Erklärungen des Geschäftsführers, wenn sie nicht mit der geringeren Sonderzahlung einverstanden seien, könnten sie im Innendienst beschäftigt werden. Für die Beurteilung der Zulässigkeit der getroffenen Abstufung bei der Sonderzahlung hat dies keinen Einfluss.
- (f) Auch dafür, dass die Beklagte gerade die Betriebsvereinbarung zweckwidrig als Gestaltungsmittel verwendet hätte, sind keine Anhaltspunkte erkennbar. Derartiges könnte etwa dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber vor oder bei Abschluss gegenüber dem Betriebsrat ent-

sprechende Äußerungen getätigt hätte, wenn er den Betriebsrat unter Druck gesetzt hätte, wenn er – etwa im Rahmen eines „so oder nicht“ – auf exakt dieser Verteilung bestanden hätte, obwohl der Betriebsrat eine anderweitige Verteilung gewollt und auf die rechtswidrige Differenzierung hingewiesen hätte. Auch hierfür hat der Kläger nichts vorgetragen.

- (g) Anderes gilt auch nicht deswegen, weil es sich bei den vorliegenden Betriebsvereinbarungen um sogenannte „teilmittelbestimmungspflichtige“ Vereinbarungen handelt, in denen das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auf die Verteilungsmaßstäbe an die Belegschaft beschränkt ist, der Arbeitgeber Zweck der Leistung und Volumen vorgibt. Entgegen der Ansicht des Klägers kann ohne das Vorliegen weiterer Anhaltspunkte nicht davon ausgegangen werden, dass der Zweck der Leistung in der Benachteiligung der Fernfahrer bestehen würde. Vielmehr besteht der Zweck entsprechend den Eingangsbemerkungen in den Betriebsvereinbarungen darin, den Mitarbeitern freiwillige Sonderzahlungen zukommen zu lassen. Welche Arbeitnehmer in welchem Umfang hiervon profitieren, ist keine Frage des vom Arbeitgeber – der nach den Umständen überhaupt nicht zu einer Leistung verpflichtet wäre – vorgegebenen Zwecks. Vielmehr ist gerade dies Bestandteil der Verteilungsgrundsätze, unterliegt also dem vollen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Irrendwelche Einschränkungen der oben dargestellten Rechtsprechung lassen sich hieraus daher nicht ableiten.

- (h) Schließlich lässt sich auch aus dem Schreiben des Klägers vom 13.08.2012 nicht entnehmen, dass der Beklagten spätestens nunmehr die Unwirksamkeit der Betriebsvereinbarung bewusst gewesen wäre. Zum einen erscheint schon als fraglich, ob die Forderung und Rechtsmeinung eines oder mehrerer durch die Norm Benachteiligter ausreicht, um von einer Auszahlung „in Kenntnis“ der Unwirksamkeit ausgehen zu können oder müssen. Zum anderen ist nicht erkennbar, dass die Beklagte dieses Schreiben schon vor Auszahlung erhalten hätte. Die vom Kläger vorgelegte Abrechnung trägt das Ausstellungsdatum 07.08.2012.

Zwar benennt er als letztmögliches Fälligkeitsdatum den 15. des Folge-
monats. Auch der Kläger trägt jedoch nicht vor, dass die Auszahlungen
erst nach Eingang des Geltendmachungsschreibens bei der Beklagten
erfolgt waren. Vieles spricht dafür, dass die Geltendmachung erst zu ei-
nem Zeitpunkt bei der Beklagten eingegangen ist, in der die Auszahlun-
gen bereits in die Wege geleitet waren. Auch hieraus lässt sich somit
weder Kenntnis der Beklagten von der Unwirksamkeit der Norm entneh-
men, aber auch nicht, dass sich die Unwirksamkeit zumindest im Aus-
zahlungszeitpunkt bereits aufgedrängt haben müsste.

- (i) Auch für eine Maßregelung der Fernfahrer sind konkrete Anhaltspunkte
nicht erkennbar. Im übrigen würden in diesem Fall dieselben Rechts-
grundsätze zur Anwendung kommen wie bei einer unzulässigen Diffe-
renzierung (BAG vom 16.05.2013, 6 AZR 619/11, zitiert nach juris).
3. Eine „gestaltende Entscheidung“ der Beklagten, die zu einem Anspruch des
Klägers führen könnte, liegt vorliegend auch nicht darin, dass die Beklagte die
gegenüber den anderen Mitarbeitern geleisteten Zahlungen nicht zurückgefor-
dert hat (vgl. hierzu BAG vom 26.10.1995, 6 AZR 125/95, zitiert nach juris). Vo-
raussetzung hierfür wäre zunächst, dass ein Rückforderungsanspruch gegen-
über den begünstigten Arbeitnehmern bestehen würde – dies war in der ge-
nannten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zugrunde liegenden Konstel-
lation der Fall, weil die Rechtsfrage durch vorhergehende Entscheidungen des
Bundesarbeitsgerichts geklärt war. Vorliegend ist dagegen völlig unklar, ob ge-
genüber den Begünstigten Arbeitnehmern ein Rückforderungsanspruch deswe-
gen gegeben ist, weil die Betriebsvereinbarung unwirksam ist. In einer solchen
Konstellation kann aus dem Nichtgeltendmachen eines ungewissen Anspruchs
keine gestaltende Entscheidung des Arbeitgebers hergeleitet werden.
 4. Dem geltend gemachten Anspruch des Klägers steht, worauf das Arbeitsgericht
zutreffend hingewiesen hat, auch entgegen, dass bei Unwirksamkeit der Be-
triebsvereinbarung die Anspruchsgrundlage auch für den klägerischen Anspruch
entfallen würde. Dies würde selbst dann gelten, wenn – worauf der Kläger hin-

weist – die oben dargestellte Rechtsprechung zu einer gesetzlich verbotenen Auch in einer solchen Konstellation wäre nicht die nachträgliche Zahlung an diejenigen Arbeitnehmer, die zunächst nicht begünstigt waren, die einzig mögliche Sanktion. Vielmehr kann auch die künftige Nichtanwendung einer entsprechenden Regelung genügen, um eventuelle Verstöße gegen gesetzliche Differenzierungsverbote ausreichend zu sanktionieren (BAG vom 14.05.2013, 1 AZR 44/12, zitiert nach juris).

5. Schließlich lässt sich daraus, dass die Beklagte derartige Differenzierungen im Folgejahr nicht mehr vorgenommen hat, ebenfalls keine Erkenntnis ableiten. Hätte sie weiterhin differenziert, wäre gegebenenfalls der Vorwurf berechtigt gewesen, sie habe trotz Kenntnis von der Unzulässigkeit oder möglichen Unzulässigkeit der Differenzierung an der gleichartigen Gestaltung festgehalten und schon deswegen eine ihr zurechenbare „gestaltende Entscheidung“ getroffen. Insoweit erscheint das Verhalten der Beklagten nur folgerichtig und hat keine Aussagekraft für die streitgegenständlichen Ansprüche.
6. Nach alledem stehen dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. Die Berufung ist zurückzuweisen. Der Kläger hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO).
7. Die Zulassung der Revision erfolgt im Hinblick auf die Frage, inwieweit ein Anspruch auch bei fahrlässiger oder sich aufdrängender Unwirksamkeit der Norm gegeben sein kann.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Vetter
Vizepräsident des
Landesarbeitsgerichts

zugleich für den urlaubsabwesenden ehrenamtlichen Richter Holler
und die ausgeschiedene ehrenamtliche Richterin Heike