

Regelungsmechanismen des Arbeitsrechts Teil 3 und 4

Fall 1

A ist als Maschinist bei einem Bauunternehmen tätig, in dem es häufig zu Diebstählen von Gegenständen kommt, die auf den Baustellen zurückgeblieben waren, wie z. B. Verkehrslenkungsstafeln, Felsmeißel, Absperrzäune und Baustellenleuchten. Mit einem im Betrieb ausgehängten Information der Firmenleitung wurden die Arbeitnehmer darauf hingewiesen, dass alle verladbaren Geräte und Materialien, die nicht eingebaut oder fest montiert sind (Spindeln, Schilder, Baggerkübel, Felsmeißel usw.) mit zum Firmengelände zu bringen sind. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurden **Abmahnungen** angekündigt. A lässt mehrmals nicht mehr benötigte Bauzäune und Spindeln auf Baustellen liegen, da sie aus seiner Sicht für das Bauunternehmen ohne wirtschaftlichen Wert seien. Das Bauunternehmen geht von einer Pflichtverletzung aus und will A abmahnen. Wie ist die Rechtslage?

Lösung. AG kann dies anordnen und deshalb Abmahnung aussprechen

Fall 2

Der K erscheint zum wiederholten Mal verspätet zur Arbeit. Er hat wegen vergleichbarer Verstöße bereits zwei **Abmahnungen** erhalten. Als K am 4. April 2011 wieder 40 Minuten zu spät zur Arbeit erscheint, erhält er wegen dieses Verstoßes eine Abmahnung und zugleich eine fristgemäße verhaltensbedingte Kündigung. K erhebt Kündigungsschutzklage.

Urteil BAG vom 26.11.2009 – 2 AZR 751/08 : Spricht der Arbeitgeber wegen einer bestimmten Vertragspflichtverletzung eine Abmahnung aus, so kann er wegen des darin gerügten Verhaltens des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis nicht mehr – außerordentlich oder ordentlich – kündigen.

Treten anschließend weitere Pflichtverletzungen zu den abgemahnten hinzu oder werden frühere Pflichtverletzungen dem Arbeitgeber erst nach Ausspruch der Abmahnung bekannt, kann er auf diese zur Begründung einer Kündigung zurückgreifen und dabei die bereits abgemahnten Verstöße unterstützend heranziehen.

Fall 3

Der Arbeitnehmer A erhält bei der Logistik GmbH 2.500,00 € brutto. Darüber hinaus erhält er seit sechs Jahren eine Zulage, die zunächst 300,00 € betrug und auf zwei Jahre befristet war. Danach wurde die **Zulage** um weitere zwei Jahre verlängert aber mit Einverständnis des Arbeitnehmers auf 250,00 € monatlich reduziert. Danach wurde die Zulage erneut für zwei Jahre bis zum 31. Dezember 2016 einvernehmlich verlängert und betrug nunmehr wieder 300,00 € monatlich. Ab dem 1. Januar 2017 möchte der Arbeitgeber die Zulage nicht mehr zahlen. Hat A einen Anspruch auf Zahlung einer Zulage von 300,00 €?

BAG vom 2. September 2009 – 7 AZR 233/08; BAG vom 10. Dezember 2014 – 7 AZR 1009/12, NZA 2015, 811; BAG vom 23. März 2016 – 7 AZR 828/13, NZA 2016, 881:

1. Die Vereinbarung einer monatlich, auf ein oder zwei Jahre befristeten Prämienzahlung ist nicht bereits wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Eine Unklarheit über das tatsächliche Ende und die anschließenden Regelungen besteht nicht.
2. Die Befristung der Vereinbarung kann aber aus sonstigen Gründen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligen. So ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt eine wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner voraus.
3. Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass die monatliche Prämie für den Kläger die in anderen Zusammenhängen der Überprüfung der Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen vielfach herangezogene Erheblichkeitsschwelle von 25 % nicht erreicht bzw. überschreitet. Aus dem Erreichen einer solchen 25 % Schwelle lässt sich in der Regel die Unzumutbarkeit herleiten.
4. Aber auch bei Nichterreichen dieser Erheblichkeitsschwelle findet eine umfassende Abwägung der beiderseitigen Interessen statt. Dabei ist zunächst das sozialpolitisch erwünschte unbefristete Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen, das ohne Zustimmung des Arbeitnehmers grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von § 1 KSchG, § 626 BGB gelöst werden kann und dem Arbeitnehmer ein dauerhaftes Auskommen sichert und zu seiner längerfristigen Lebensplanung beiträgt. Für diese Planung des Arbeitnehmers ist regelmäßig auch die Höhe des von ihm erzielten Einkommens maßgeblich. Daher ist das Interesse eines Arbeitnehmers gerichtet auf Kontinuität und Verlässlichkeit von Gehaltszahlungen. Gerade bei längerfristigen regelmäßigen Zahlungen in nicht nur geringfügiger Höhe passen Arbeitnehmer ihre Ausgaben regelmäßig den eingehenden Gehaltszahlungen an.
5. Es ist sodann Sache des Arbeitgebers darzulegen, welche sachlichen Gründe den monatlichen Prämienzahlungen zu Grunde liegen und weshalb sie auf ein oder zwei Jahre befristet gewährt wurden und in welcher Weise dieser Grund objektiv erkennbar war.

Fall 4

V ist seit sechs Jahren bei einem Kleinbetrieb mit acht Mitarbeitern beschäftigt. Sein Hobby ist Kickboxen. Nach einem Wettkampf am Wochenende wird V durch eine regelwidrige Aktion eines Mitkämpfers schwer an der rechten Gesichtshälfte verletzt und ist für fünf Monate krankgeschrieben. Der Kleinbetrieb ist der Auffassung, dass V durch seine gefährliche Sportart die Verletzung selbst verschuldet hat und verweigert die **Entgeltfortzahlung**, weil er als Kleinbetrieb hierdurch übermäßig belastet werde. Der Arbeitsvertrag enthält keine Regelungen über Entgeltfortzahlungsansprüche. V verweist auf die Möglichkeit des Ausgleichs- und Umlageverfahrens nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz. Hat V einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung?

(BAG Der Betrieb 1977, S. 2238; BSG NZA-RR 2007, S. 84 bitte im Internet aufrufen, bei riskanten Sportarten kann Entgeltfortzahlung bei Krankheit entfallen. AG darf jedoch die Ausübung der Sportart nicht verbieten. Wie ist es bei Profifußballern z.B. Fall Neuer Ski fahren?)

Fall 5

Die V-GmbH leidet unter einem hohen Krankenstand. Um die Fehlzeiten zu verringern, verspricht der Arbeitgeber allen Mitarbeitern, die keine krankheitsbedingten Fehlzeiten im jeweiligen Jahr aufweisen, eine **Sonderzuwendung** von 3.000,00 €. Im Falle von Fehlzeiten entfällt die Zahlung. Der Betriebsrat hält die vorgenannte Regelung nach dem EntgeltfortzahlungsgG für unzulässig. Wie ist die Rechtslage?

§ 4 a EntgeltfortzG: Eine Vereinbarung über die Kürzung von Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (Sondervergütung), ist auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit in Folge Krankheit zulässig. Die Kürzung darf für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit in Folge Krankheit ein Viertel des Arbeitsentgeltes, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt, nicht überschreiten.

Fall 6

Der Internist A schaltet für seine Gemeinschaftspraxis eine Anzeige in der örtlichen Tageszeitung mit dem Text: Arzthelferin mit mehrjähriger Berufserfahrung gesucht. Der Krankenpfleger K, der über zwölf Jahre Berufserfahrung verfügt, bewirbt sich auf die Anzeige. A stellt eine Arzthelferin mit neunjähriger Berufspraxis ein und erteilt K eine Absage. K verlangt von A Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen **diskriminierender Nichteinstellung**. A kann nachweisen, dass der K sich in den vergangenen zwei Jahren auf insgesamt 25 Stellen von Arzthelferinnen beworben und vier Zusagen erhalten hat. Bei keiner dieser vier Arztpraxen hat K die Arbeit aufgenommen. Wie ist die Rechtslage?

LAG Rheinland-Pfalz NZA-RR 2008, S. 343: Eine unzulässige Benachteiligung im Sinne des AGG kommt nur bei solchen Bewerbern und Bewerberinnen in Frage, die sich subjektiv ernsthaft beworben haben und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommen (vgl. auch LAG Berlin NZA-RR 2006, S. 513).

Fall 7

Die Allianz-AG schreiben im Mai 2012 mehrere Stellen für ein auf ein Jahr befristetes Trainee-Programm in den Fachrichtungen Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsmathematik, Wirtschaftsingenieurwesen, Wirtschaftsinformatik und Jura aus. Unter den Anforderungskriterien benennt die Ausschreibung unter anderem einen sehr guten Universitäts- bzw. Hochschulabschluss (Bachelor) in einer der oben genannten Fachrichtungen, der nicht länger als ein Jahr zurückliegt oder innerhalb der nächsten drei Monate erfolgt. Der 1973 geborene Kläger ist seit August 2007 als selbständiger Rechtsanwalt tätig. Er bewirbt sich für das oben genannte Trainee-Programm. Als er eine Absage erhält, macht er gegen

die Allianz-AG Schadenersatzansprüche wegen **Altersdiskriminierung** nach den §§ 15, 3, 1 AGG geltend. Wie ist die Rechtslage?

LAG Hessen NZA-RR 2012, S. 464: Eine Versicherungsgesellschaft, die ein Trainee-Programm für Berufseinsteiger ausschreibt, kann als Anforderungskriterium einen höchstens ein Jahr zurückliegenden Studienabschluss fordern, ohne dadurch andere Bewerber wegen des Alters in unzulässiger Weise zu diskriminieren. Die faktische Ungleichbehandlung von Bewerbern, deren Studienabschluss schon länger als ein Jahr zurückliegt und die nach der statistischen Wahrscheinlichkeit älter als solche mit nahem Examen sind, ist durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt. Diesem Ziel liegt nicht das Vorurteil zugrunde, ältere Bewerber seien nicht mehr lernfähig oder formbar. Vielmehr folgt das Ziel der Einschätzung, dass Personen, deren akademischer Abschluss erst kurz vor dem Einstellungstermin erfolgte und die praktischen Erfahrungen allenfalls aus Praktika oder ähnlichen Tätigkeiten haben, noch nicht von einschlägigen Berufserfahrungen vorgeprägt und beeinflusst sind, sondern mit einer besonderen Offenheit einerseits, andererseits noch mit einer sehr frischen Erinnerung an die im Rahmen des Studiums und der praktischen Ausbildung geführten wissenschaftlichen Diskussion versehen sind.

Fall 8

Der Arbeitnehmer P ist Pilot bei der Lufthansa und hat am 30. September 2012 das 60. Lebensjahr vollendet. Der anwendbare Tarifvertrag sieht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des 60. Lebensjahres vor. Die Bestimmungen zur Lizensierung von Piloten von Flugzeugen (JAR-FCL) regeln, dass Piloten ab Vollendung des 60. Lebensjahres weiterhin bei einer aus mehreren Piloten bestehenden Besatzung eingesetzt werden können, wenn die anderen Mitglieder jünger sind. Ab dem 65. Lebensjahr dürfen Piloten auch nach der JAR-FCL nicht mehr eingesetzt werden. Mit einer Klage wendet sich P gegen die Befristung seines Arbeitsverhältnisses und rügt eine **Altersdiskriminierung**. Wie ist die Rechtslage?

BAG Beck-RS 2012, 69244: Da Schwächen erhebliche Konsequenzen haben können, brauchen Verkehrspiloten besondere körperliche Fähigkeiten, die ab einem gewissen Alter nachlassen können. Die tarifliche Altersgrenze ist wegen der Regelung des JAR-FCL jedoch nicht erforderlich zur Gewährleistung des Flugverkehrs, da hiernach ein Einsatz bis zum 65. Lebensjahr möglich ist. Eine tarifliche Altersgrenze für Piloten bei Vollendung des 60. Lebensjahres verstößt daher gegen das Verbot der Altersdiskriminierung.

Fall 9

R ist Mitte 40 und in Russland geboren. Sie ist Inhaberin eines in Deutschland anerkannten russischen Diploms als Systemtechnik-Ingenieurin. Sie bewirbt sich zweimal erfolglos auf kurz hintereinander erschienene Stellenanzeigen des gleichen Arbeitgebers mit denen er eine/n erfahrene/n Softwareentwickler/in sucht. Der Arbeitgeber lehnt beide Bewerbungen der R ohne vorheriges Vorstellungsgespräch ab. R meint, sie würde wegen ihres **Geschlechts**, ihres Alters und ihrer Herkunft diskriminiert. Neben Schadenersatz begehrt sie die Verurteilung des Arbeitgebers zur Vorlage der Bewerbungsunterlagen des eingestellten Bewerbers. Wie ist die Rechtslage?

EuGH Beck-RS 2012, 80742: Die einschlägigen EU-Richtlinien gewähren einem Arbeitnehmer, der schlüssig darlegt, dass er die in einer Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt und dessen Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, keinen Auskunftsanspruch zu der Frage, ob der Arbeitgeber am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat oder auf welchem Grund die Ablehnung beruht. Jedoch kann die Tatsache, dass der Arbeitgeber die gewünschte Auskunft verweigert, ein Aspekt sein, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, heranziehen (vgl. § 22 AGG).

Fall 10

Die X-GmbH hat 300 Mitarbeiter. Im Geschäftsführungssekretariat gibt es zwei Sekretärinnen, die jeweils in Vollzeit arbeiten und 2.600,00 € verdienen. Der Geschäftsführer beabsichtigt, eine dritte Sekretärin einzustellen, die von einem Konkurrenzunternehmen kommt. Diese ist nur bereit, für ein Gehalt von 3.200,00 € bei ihm anzufangen. Der Geschäftsführer hat Bedenken, ob er in Anbetracht des **Gleichbehandlungsgrundsatzes** berechtigt ist, der dritten Sekretärin 3.200,00 € zu zahlen. Wie ist die Rechtslage?

LAG Köln NZA-RR 2007, S. 182: Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gegebenen Regelung gleich zu behandeln. Dies gilt trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit grundsätzlich auch im Bereich der Vergütung, also der Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers. Das Gebot der Gleichbehandlung greift insoweit immer dann ein, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem erkennbar generalisierenden Prinzip aufgrund einer abstrakten Regelung gewährt. Von einer solchen Regelung darf er Arbeitnehmer nur aus sachlichen Gründen ausschließen. Nicht zur Anwendung kommt der Gleichbehandlungsgrundsatz immer dann, wenn es sich um individuell vereinbarte Löhne und Gehälter handelt (vgl. ferner BAG NZA 2000, S. 1050).

Fall 11

A ist bei einem Versicherungsunternehmen angestellt und mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen und Mitgliedsverträgen für bestimmte Kooperationspartner seines Arbeitgebers (etwa dem Bund der Steuerzahler) betraut. Mögliche Interessenten für den Abschluss von Verträgen bekommt A durch den Arbeitgeber ohne seine Kooperationspartner zugewiesen. Im Arbeitsvertrag ist vereinbart, dass ein Kunden- oder Bezirksschutz nicht besteht. Der Arbeitgeber entschließt sich im Jahr 2012 unter Einbindung des Gesamtbetriebsrates zu einer Neuausrichtung seiner Betriebsstruktur. In diesem Zusammenhang wird auch das Vertriebsgebiet von A verändert. In der Folgezeit bekommt A durch die Kooperationspartner des Arbeitgebers weit weniger potentielle Kunden als bisher zugewiesen. Sein zum großen Teil aus **Provisionen bestehendes Einkommen** verringert sich in Folge dessen von durchschnittlich 300.000,00 € auf 175.000,00 € jährlich. A klagt vor dem

Arbeitsgericht auf Erstattung der jährlichen Gehaltsdifferenz aus der Zeit vor und nach der Reorganisation. Hat A einen Schadenersatzanspruch?

BAG Beck-RS 2012, 71039: Ein Schadenersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB besteht nicht. Ohne besondere vertragliche Vereinbarung besteht keine allgemeine Pflicht des Arbeitgebers, seine Organisationsgewalt so auszuüben, dass die Höhe des erfolgsabhängigen variablen Entgelts einzelner Mitarbeiter sich nicht verändert. Die generelle Vereinbarung, dass sich das Gehalt des Klägers zum großen Teil aus vermittlungsabhängigen Provisionen zusammensetzt, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Vereinbarung ist insbesondere nicht sittenwidrig nach § 138 BGB, da der Arbeitnehmer auch nach der Reorganisation die Möglichkeit hat, ein Jahreseinkommen von über 100.000,00 € zu erzielen. Es besteht auch keine betriebliche Übung zur Aufrechterhaltung einer bestimmten Arbeitsorganisation. Allein der Umstand, dass eine bestimmte Organisation über einen längeren Zeitraum beibehalten wird, lässt nicht auf den Willen des Arbeitgebers schließen, auf künftige Planungen und Organisationsänderungen zu verzichten und sich insoweit individualrechtlich binden zu wollen.

Anmerkung: In Chefarztverträgen gibt es häufig sog. Entwicklungs- und Anpassungsklauseln. Diese erlauben in der Regel dem Krankenhausträger einseitige – zum Teil näher bezeichnete – strukturelle und organisatorische Änderungen im Krankenhaus vorzunehmen, z. B. die Abteilung zu teilen, die Bettenzahlungen zu ändern, neue Chefärzte, auch derselben Fachrichtung einzustellen usw. Diese Maßnahmen können also ganz erhebliche Auswirkungen auf die Einkünfte des Chefarztes haben. Nach Auffassung der Rechtsprechung ist eine Vereinbarung, die dem Arbeitgeber vertraglich das Recht zur einseitigen Änderung einzelner Vertragsbedingungen einräumt, dann nichtig, wenn sie zur Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes oder sonstiger zwingender Arbeitsschutzvorschriften führt, durch die das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört wird. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit derartiger Vertragsklauseln kann aber die Stellung des Arbeitnehmers in der betrieblichen Hierarchie und die Höhe seiner Vergütung nicht außer Betracht bleiben. Gegenüber Arbeitnehmern in Spitzenpositionen mit Spitzenverdiensten kann sich der Arbeitgeber vertraglich weitergehende einseitige Bestimmungsrechte vorbehalten als gegenüber anderen Arbeitnehmern. Ein Chefarzt einer größeren chirurgischen Krankenhausabteilung mit einem Gehalt, das sich auch noch nach der Umstrukturierung auf ein Mehrfaches des höchsten Tarifgehaltes beläuft, gehört zu dieser herausgehobenen Kategorie von Arbeitnehmern (BAGE 86, 61 bzw. BAG NZA 1997, S. 1160; ferner Reinecke NJW 2005, S. 3383).

Fall 12:

Der Arbeitgeber erstellt auf Wunsch des Arbeitnehmers (AN) ein **Zeugnis**. Das Zeugnis ist überdurchschnittlich, enthält aber keine Dankes- und Wunschformel. AN klagt.

LAG Düsseldorf: 12.1.2021, 3 Sa 800/20. Arbeitnehmer hat Anspruch auf die Dankes- und Wunschformel.

Fall 13:

Der Arbeitgeber schreibt eine Stelle wie folgt aus: „schwerbehinderte Bewerber -/innen mit Gendersternchen. Ein Bewerber klagt auf Schadenersatz gem. AGG wegen **Diskriminierung des Geschlechts**. ER ist der Auffassung die Stelle hätte mit der Formulierung „schwerbehinderter Mensch“ ausgeschrieben werden müssen.

LAG Schleswig-Holstein 226.21, 3 Sa 37 öD/21

Eine Ausschreibung einer Stelle mit der Verwendung eines Gendersternchen stellt keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.

Fall 14

Während der Corona Pandemie wird die Arbeitszeit des Klägers auf **Kurzarbeit Null** gestellt. Der AG reduziert den gesetzlichen **Urlaubsanspruch** um die Zeiten der Kurzarbeit, konkret um ein 1/12 für jeden Monat. Dagegen erhebt der AN Klage.

LAG Düsseldorf, 12.3.21, 6 Sa 824/20. Das LAG weist die Klage ab. Begründung, da der Kläger im Zeitraum der Kurzarbeit Null keine Arbeitsleistung erbringt kann der Urlaub für diesen Zeitraum gekürzt werden. (Urteil ist heftig umstritten, Revision zum BAG ist eingelegt)

Siehe hierzu auch BAG 24.09.2019, 9 AZR 481/18. In der **Freistellungsphase einer Altersteilzeit** erwerben die AN keine **Urlaubsansprüche**.

Fall 15:

Der AN möchte einen ½ Tag Urlaub nehmen. Der AG lehnt es ab. Dagegen klagt der AN.

LAG Baden-Württemberg 6.3.2019, 4 Sa 73/18. Ein Anspruch auf einen ½ Tag Urlaub besteht gem. § 5 Abs. 2 BUrlG nicht.

