

13 Ca 2823/14

Verkündet am: 21.10.2014

Weih
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Arbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

ENDURTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwalt B.
B-Straße, A-Stadt

gegen

A-Stadt
D-Straße, A-Stadt

- Beklagte -

hat die 13. Kammer des Arbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. Oktober 2014 durch die Richterin am Arbeitsgericht Fell und die ehrenamtlichen Richter Gerdes und Krämer

- 2 -

für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger.
3. Der Streitwert wird festgesetzt auf € 8.084,52.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit des Widerrufs einer Bestellung zum Vorarbeiter sowie über die Weiterzahlung der Vorarbeiterzulage.

Der am x.x.19xx geborene Kläger war seit dem x.x.19xx im Bereich *Baureferat – Tiefbau Straßenunterhalt und –betrieb* bei der Beklagten beschäftigt. Mit Schreiben vom 10.01.1997 wurde er zum Vorarbeiter bestellt ab 01.12.1996 (Anlage K 1, Bl. 4 d.A.). Ab diesem Zeitpunkt hielt er gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 Bezirkstarifvertrag (BTV) Nr. 2 zum BMT-G II eine Vorarbeiterzulage in Höhe von 10 % seines Monatstabellenlohnes.

§ 5 Abs. 1 BTV Nr. 2 zum BMT-G II lautet:

1.
„ *Vorarbeiter sind Arbeiter, die durch schriftliche Verfügung des Arbeitgebers zu Gruppenführern von Arbeitern bestellt worden sind.*
2.
Voraussetzung für die Bestellung zum Vorarbeiter ist, dass der zu bestellende Arbeiter selbst mitarbeitet und dass die Arbeitsgruppe außer dem Vorarbeiter aus mehreren Arbeitern besteht. (. . .)

3. *Vorarbeiter erhalten eine monatliche Vorarbeiterzulage in Höhe von 10 v.H. des Monatstabellenlohnes der Stufe 1 ihrer Lohngruppe.*
4. *Die Vorarbeiterzulage wird solange gezahlt, bis die Verfügung über die Bestellung zum Vorarbeiter durch den Arbeitgeber schriftlich widerrufen wird.*

Protokollerklärung: Unter mehreren Arbeitern i.S.d. Absatzes 1 Nr. 2 Satz 1 sind mindestens zwei Arbeiter zu verstehen.“

Nachdem der Kläger insbesondere seit dem Jahr 2009 durchgängig erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten von 26 % bis 32 % der durchschnittlichen Jahresarbeitszeit (vgl. Bl. 24 d.A., Rückseite) aufwies, widerrief die Beklagte die Bestellung zum Vorarbeiter gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 BTV Nr. 2 mit Ablauf des 28.02.2014. Ab diesem Zeitpunkt erhielt der Kläger die Vorarbeiterzulage in Höhe von zuletzt € 224,52 nicht mehr. Zum Vorarbeiter bestellt wurde ein anderer Mitarbeiter.

Mit Klageschrift vom 10.03.2014, eingegangen beim Arbeitsgericht München am 10.03.2014, beantragte der Kläger die Feststellung der Rechtsunwirksamkeit des Widerrufs der Vorarbeiterzulage und des unveränderten Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses.

Der Kläger ist der Auffassung, bei dem Widerruf handele es sich um eine Änderungskündigung. Der Widerruf der Vorarbeiterzulage sei weder begründet noch objektiv gerechtfertigt. Die Änderungskündigung erweise sich „als rechtsmissbräuchlicher Versuch, den Kläger ohne sachlichen Grund wegen zurückliegender Krankheitstage über vermeintlich beliebiges Direktionsrecht zu diskriminieren“ (vgl. Bl. 31 d.A.). Mit der Bestellung zum Vorarbeiter im Jahr 1997 sei eine Umsetzung vom Pflasterer zum Vorarbeiter vorgenommen worden. Die Umsetzung sei rechtsgültiger Arbeitsvertragsbestandteil. „Maßgeblich [sei] im Übrigen das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit. Die Berufung auf formelle Diskriminie-

rungsmöglichkeiten, denen es am materiellen Gehalt mangle, [sei] unzulässig. Insoweit [sei] wieder auf die Krankheitstage zurückzukommen. Im Fall von objektiven Arbeitnehmersdiskriminierung („Zurücksetzung“) aus gesundheitlichen Gründen [sei] nicht die Vergangenheit maßgeblich, sondern die Zukunftsprognose. (...)“ (vgl. Bl. 32 .A.) Auch werde der Kläger weiterhin als Vorarbeiter bei der Beklagten eingesetzt. Nachdem der Kläger schon immer als Vorarbeiter tätig gewesen sei, könne es der Arbeitgeberseite nicht gestattet werden, dessen Arbeitsverhältnis nach Belieben dergestalt zu manipulieren, dass eine Vorarbeitertätigkeit nunmehr als „Vertreterstätigkeit“ herab qualifiziert werde. In Sachen „krankheitsbedingte Abwesenheit“ sei im Übrigen mitzuteilen, dass der Kläger nicht so krank sei wie andere Kollegen, die monatelang abwesend seien, aber nicht als Vorarbeiter zurückgestuft worden seien, z.B. der Vorarbeiter E. Das willkürliche Verhalten der Beklagten sei im sozialen Arbeitsrecht nicht vertretbar. Da es sich bei dem Widerruf offensichtlich um eine „krankheitsbedingte Maßnahme“ handle, sei in dem Widerruf tatsächlich eine Änderungskündigung zu erblicken. In der Maßnahme zeige sich auch ansatzweise eine Altersdiskriminierung (vgl. im Einzelnen zu den Ausführungen des Klägers die Schriftsätze des Klägervertreters vom 09.04.2014, Bl. 18 d.A., vom 27.06.2014, Bl. 30 ff. d.A., sowie vom 06.10.2014, Bl. 61 d.A.).

Der Kläger beantragt zuletzt:

1. Es wird festgestellt, dass der Widerruf der Vorarbeiterzulage vom 17.02.2014 (= die Änderungskündigung vom 17.02.2014) rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger brutto € 224,52 nebst Zinsen aus dem verbleibenden Nettobetrag in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.04.2014 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt

Klageabweisung.

Die Beklagte ist der Auffassung, sie sei in Ausübung ihres Direktionsrechts berechtigt gewesen, die Bestellung des Klägers zum Vorarbeiter zu widerrufen. Die Vorarbeiterstellung könne gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 BTV Nr. 2 zum BMT-G II durch die Arbeitgeberin einseitig schriftlich widerrufen werden, da nach § 17 Abs. 9 Satz 1 TVÜ-VKA die bisherigen landesbezirklichen Regelungen bezüglich der Vorarbeiter/-innen bis zum Inkrafttreten der Eingruppierungsvorschriften des TVöD fortgälten. Die Bestellung zum Vorarbeiter und der Widerruf unterlägen dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Der Widerruf stelle keine Änderung des Arbeitsvertrages dar, so dass eine Änderungskündigung nicht erforderlich sei. Eine solche sei auch nicht ausgesprochen worden. Eine widerrufsfeste Übertragung der Vorarbeiterstellung könne durch eine Konkretisierung der Arbeitspflicht zwar eintreten, hierfür reiche jedoch eine langjährige Übertragung wie im Fall des Klägers allein nicht aus.

Die Beklagte habe die Bestellung zum Vorarbeiter aus sachlichen Gründen widerrufen und das ihr zustehende Ermessen korrekt ausgeübt. Für den Widerruf liege ein sachlicher Grund vor. Dieser könne auch in der Person des Beschäftigten liegen. Vorliegend liege der sachliche Grund in den erheblichen betrieblichen Auswirkungen der immensen Fehlzeiten des Klägers in den vergangenen Beschäftigungsjahren. Der Kläger habe in den vergangenen fünf Jahren jeweils knapp ein Drittel der Jahresarbeitszeit gefehlt. Er habe in diesen Abwesenheiten seine Aufgabe als Vorarbeiter, für die er bestellt worden sei und die Zulage erhalten habe, nicht erbracht.

Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Kläger seit 18 Jahren die Vorarbeiterstellung inne gehabt habe und die Zulage erhalten habe, sei ein Widerruf ermessensgerecht gewesen. Die Fehlzeiten seien umfangreich gewesen und hätten konstant weit über dem Durchschnitt der Fehlzeiten anderer Vorarbeiter der Straßenbauhandwerker der Beklagten gelegen. Da ein Vorarbeiter im Bereich des Straßenunterhalts jeweils eine Arbeitspartie anleite und als „verlängerter Arm des Arbeitgebers“ vor Ort auf der Baustelle als eine Art Vorgesetzter fungiere, könne er seiner Position als „Chef vor Ort“ nicht gerecht werden, wenn er nicht anwesend sei. Bei lang andauernden Abwesenheiten werde seine Autorität innerhalb der Gruppe und die Akzeptanz innerhalb der Partie untergraben. Darüber hinaus demotiviere die häufige und andauernde Mehrbelastung ohne finanziellen Ausgleich die anwesenden Mitarbeiter. Sei ein Vorarbeiter ungeplant abwe-

send, entstünden der Arbeitgeberin zudem vielfältige Mehraufwände. So müssten kurzfristig die Personaldisposition geändert werden und die Arbeiterpartien ggf. neu zusammengestellt werden. In Bezug auf bestehende Baustellen bzw. Baumaßnahmen seien zusätzliche Einweisungen und Absprachen notwendig.

Zudem entstünden der Beklagten durch die häufigen Abwesenheiten des Klägers finanzielle Mehrbelastungen durch erhöhte Entgeltfortzahlungskosten aufgrund der zu erbringenden Vorarbeiterzulage. Den Entzug der Vorarbeiterfunktion sei dem Kläger keine niedriger zu bewertende Tätigkeit übertragen noch sei dieser rückgruppiert worden. Die Lohngruppe des Klägers bleibe unverändert. Woraus sich aus dem Widerruf der Vorarbeiterzulage eine Altersdiskriminierung ergeben solle, sei nicht ersichtlich.

Im Einzelnen wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie deren Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist unbegründet.

I.

1. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG eröffnet. Das Arbeitsgericht München ist zur Entscheidung des Rechtsstreits örtlich zuständig.
2. Die Klage ist auch noch hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 ZPO, obwohl der Klageantrag missverständlich formuliert ist, da sich der Kläger gleichzeitig gegen einen Widerruf der Vorarbeiterzulage und eine Änderungskündigung wenden will. Der

- 7 -

Antrag lässt sich dahin auslegen, dass der Kläger die Unwirksamkeit des Widerrufs der Bestellung zum Vorarbeiter, die den Wegfall der Zulage zur Folge hat, festgestellt wissen will.

3. Das für den Feststellungsantrag das von § 256 Abs. 1 ZPO geforderte Feststellungsinteresse besteht, da die Beklagten den vom Kläger geltend gemachten Anspruch bestritten und ein Urteil geeignet wäre, Klarheit in die Rechtsbeziehungen der Parteien zu bringen. Auch der Vorrang der Leistungsklage steht dem nicht entgegen. Der Grundsatz der höheren Prozesswirtschaftlichkeit und die Erwartung, die Beklagte als öffentliche Arbeitgeberin werde einen gerichtlichen Ausspruch in einer Feststellungsklage ohne weiteres befolgen, rechtfertigt vorliegend den maßgebenden Streitpunkt zwischen den Parteien im Wege eines nichtvollstreckungsfähigen Feststellungsausspruch zu entscheiden (BAG Urteil vom 23. Juni 1988, 6 AZR 137/86).

II.

Die Klage ist nicht begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf einen weiteren Einsatz als Vorarbeiter und die damit verbundene begehrte Vorarbeiterzulage. Aufgrund des wirksamen Widerrufs der Bestellung zum Vorarbeiter durch die Beklagte hat der Kläger keinen Anspruch auf Zahlung der Zulage für die Zeit nach dem 28. Februar 2014. Es konnte deshalb weder dem Zahlungs- noch dem Feststellungsantrag entsprochen werden.

1. Die Beklagte hat nach der Regelung des § 5 BTV Nr. 2 zum BMT-G II das Recht, die Bestellung des Klägers zum Vorarbeiter zu widerrufen. Ein Widerruf setzt nicht eine Änderungskündigung voraus, da die Tarifvertragsparteien durch die tarifvertragliche Regelung die Befugnis des Arbeitgebers zu einseitigen Vertragsänderungen erweitert haben (vgl. hierzu LAG Köln, Urteil vom 14.02.2011, Az.: 5 Sa 1123/10).
2. Die Ausübung des Widerrufsrechts durch die Beklagte hält sich in den Grenzen, die Tarifvertrag und Gesetz insoweit vorgeben.

- a. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterliegt die Bestellung zum Vorarbeiter angesichts des tariflich – zulässigerweise – vorgesehenen Widerrufsrechts dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Es ist ein einseitiger Widerruf ohne Änderungskündigung zulässig. Der Widerruf darf aber nicht ohne sachlichen Grund ausgesprochen werden. Er unterliegt einer an § 315 BGB ausgerichteten Überprüfung darauf, ob er nach billigem Ermessen erfolgt ist (BAG Urteil vom 11. Juni 1980, Az.: 4 AZR 437/78). Die Wahrung billigen Ermessens setzt voraus, dass die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden (BAG 12. Dezember 1984, Az.: 7 AZR 509/83; 15. Dezember 1994, Az.: 2 AZR 320/94).

- b. Der von der Beklagten ausgesprochene Widerruf der Vorarbeiterposition erweist sich danach als rechtmäßig.
 - (1) Dem Arbeitgeber ist ein umfassendes Ermessen bei der Auswahl der Vorarbeiter zugebilligt, welches einen auch subjektiv geprägten Beurteilungsspielraum einschließt, denn mit den Vorarbeiterfunktionen werden bestimmte arbeitgeberseitige Weisungsbefugnisse einem Arbeitnehmer zur Ausübung übertragen. Die Vorarbeiterstellung beruht auf vom Arbeitgeber bzw. Direktionsrechtsinhaber abgeleiteten Befugnissen und es liegt allein bei diesem, wem er seine Rechte zur Ausübung überträgt und welchem Arbeitnehmer er die sich daraus ergebenden Tätigkeiten ermöglicht, indem er ihm eine Gruppe unterstellt und deren Mitglieder arbeitsvertraglich dazu verpflichtet, den Anweisungen dieses Kollegen Folge zu leisten. Solches erfordert neben dem Zutrauen in die fachliche Kompetenz auch ein persönliches Vertrauen in die Zuverlässigkeit des zum Repräsentanten vor Ort gemachten Mitarbeiters, seine Fähigkeit zur sachgerechten Kommunikation und reibungslosen Zusammenarbeit mit den weiteren Arbeitsgruppenmitgliedern (vgl. ArbG Köln, Urteil vom 26. Februar 2009 , Az.: 8 Ca 3300/08).

- (2) Vorliegend bilden die hohen Fehlzeiten des Klägers seit Jahren einen durchgängigen Störungsfaktor und stehen der sinnvollen Einplanbarkeit des Klägers für die Aufgaben bei der Führung der Arbeitsgruppe entgegen. Eine krankheitsbedingte Abwesenheit an 64 Arbeitstagen im Lauf des Jahres 2009, an 57 Arbeitstagen im Laufe des Jahres 2010, an 71 Arbeitstagen 2011, an 66 Arbeitstagen 2012 und an 61 Arbeitstagen im Jahr 2013 belegt, dass eine Kontinuität beim Inhaber der Führungs- und Überwachungsfunktionen mit dem Kläger nicht zu erreichen ist. Es besteht aber ein anzuerkennendes betriebliches Interesse an geordneten Strukturen mit gefestigten „Hierarchien“, in welchen sinnvoll und reibungsfrei gearbeitet werden kann. Die Gründe für die überdurchschnittlichen Fehlzeiten spielen für ihre negativen Auswirkungen keine Rolle. Ein Mitarbeiter der fehlt, kann die Arbeitsgruppe nicht führen, dies stört die betrieblichen Einsatzplanungen und Abläufe, unabhängig von den Gründen der Arbeitsunfähigkeit. Umstände, aus denen ersichtlich ist, dass künftig mit keinen oder zumindest deutlich weniger Fehlzeiten des Klägers zu rechnen ist, hat der Kläger nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich.
3. Da es für den Widerruf der Vorarbeitertätigkeit objektive Gründe – erhebliche Fehlzeiten - gab, war die Maßnahme weder unbillig noch schikanös noch willkürlich oder gar rechtsmissbräuchlich. Ein der Billigkeit widersprechendes Arbeitgeberverhalten ist nicht zu erkennen.
4. Folge des Widerrufs der Vorarbeiterbestellung ist der Wegfall der Vorarbeiterzulage. Die Vorarbeiterzulage ist als funktionsbezogenes Zusatzentgelt davon abhängig, dass die entsprechende Funktion übertragen ist und vom Arbeitnehmer auch ausgefüllt wird.

III.

- 10 -

1. Der Kläger trägt als unterlegene Partei gemäß § 91 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG die Kosten des Rechtsstreits.
2. Der Streitwert ist gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG festzusetzen.

IV.

Gegen diese Entscheidung steht der Beklagten mangels Beschwer ein Rechtsmittel nicht zu. Der Kläger kann gegen diese Entscheidung das Rechtsmittel der Berufung zum Landesarbeitsgericht München einlegen, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes € 600,00 übersteigt, § 64 Abs. 2 b ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Berufung einlegen, soweit sie sich gegen die Entscheidung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses richtet. Im Übrigen kann Berufung eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes insgesamt 600,00 € übersteigt.

Die Berufung muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

**Landesarbeitsgericht München
Winzererstraße 106
80797 München**

eingelegt werden.

Die Berufung muss innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich begründet werden.

Die Berufungsschrift und die Berufungsbegründungsschrift müssen jeweils von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Sie können auch von dem Bevollmächtigten einer Gewerkschaft, eines Arbeitgeberverbandes oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände unterzeichnet werden, wenn sie für ein Mitglied eines solchen Verbandes oder Zusammenschlusses oder für den Verband oder den Zusammenschluss selbst eingelegt wird.

Mitglieder der genannten Verbände können sich auch durch den Bevollmächtigten eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Fell

Richterin am Arbeitsgericht