

Fälle Arbeitsrecht

Bearbeitet von

Von Günter Marschollek, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

7. Auflage 2018. Buch. 122 S. Kartoniert

ISBN 978 3 86752 583 1

Format (B x L): 16,5 x 23,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

4. Teil: Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien

Fall 13: Umfang der Arbeitspflicht

Der Dreher A ist seit zwei Jahren bei dem Automobilzulieferanten U beschäftigt, bei dem kein Betriebsrat besteht. Der schriftliche Formulararbeitsvertrag sieht u.a. eine regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden und eine Verpflichtung zur Leistung von Überstunden bei betrieblicher Notwendigkeit vor. Als U an einem Mittwoch einen Auftrag erhielt, der spätestens am Montag der folgenden Woche ausgeführt werden musste, ordnete U unter Hinweis auf den dringenden Auftrag für Donnerstag bis einschließlich Samstag eine tägliche Arbeitszeit von zwölf Stunden an. A möchte wissen, ob und ggf. inwieweit er an diesen Tagen länger als 8 Stunden pro Tag arbeiten muss.

A könnte zu einer Arbeitsleistung von zwölf Stunden am Donnerstag bis Samstag nach dem Arbeitsvertrag verpflichtet sein.

I. Nach dem **Arbeitsvertrag** ist A verpflichtet, regelmäßig 40 Stunden pro Woche zu arbeiten und bei Bedarf auch Überstunden zu leisten, ohne dass die Anzahl der Überstunden festgelegt worden ist. Danach könnte A verpflichtet sein, der Anordnung des U Folge zu leisten. Fraglich ist aber, ob der Arbeitsvertrag so auszulegen ist.

1. Nach § 3 S. 1 ArbZG darf die werktägliche Arbeitszeit grundsätzlich acht Stunden pro Werktag, also 48 Stunden pro Woche nicht überschreiten. Sie kann aber nach § 3 S. 2 ArbZG bis auf zehn Stunden werktäglich verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Da nach dem Wortlaut des Arbeitsvertrages die Zahl der zu leistenden Überstunden nicht begrenzt ist, könnte die Überstundenvereinbarung wegen Verstoßes gegen die **Höchstarbeitszeiten des § 3 ArbZG** und des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion des § 306 Abs. 2 BGB insgesamt nichtig sein. A müsste dann überhaupt keine Überstunden leisten, weil eine Verpflichtung zur Ableistung von Überstunden grundsätzlich nur beim Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung (Ausnahme: Not- und Katastrophenfälle) besteht. Der Arbeitgeber kann also Überstunden nicht allein unter Berufung auf sein Direktionsrecht nach § 106 GewO einseitig anordnen.³⁸

2. Da A bei Abschluss des Formulararbeitsvertrages mangels gegenteiliger Anhaltspunkte nicht annehmen konnte, dass eine Arbeitszeit vereinbart werden sollte, die die nach dem ArbZG gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit überschreiten, also gesetzeswidrig sein sollte, ist der Arbeitsvertrag nach §§ 133, 157 BGB so auszulegen, dass eine Verpflichtung zur Ableistung von Überstunden nur innerhalb der nach dem ArbZG zulässigen Höchstgrenzen, also gesetzlich zulässige Arbeitszeit vereinbart wurde. Da durch **Auslegung des Arbeitsvertrages** ein **eindeutiges Ergebnis** zu erzielen ist, ist für die Anwendung der **Unklarheitsregel des § 305 c Abs. 2 BGB** kein Raum.³⁹

38 Vgl. BAG NZA 2003, 1155.

39 Vgl. BAG NZA 2017, 1442, 1444.

d) Entbehrlichkeit des Arbeitsangebots des A?

aa) Für die Begründung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers ist nach ganz h.M. ein Arbeitsangebot des Arbeitnehmers entsprechend § 296 BGB entbehrlich, wenn der Arbeitgeber eine unwirksame Erklärung hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgegeben hat. In diesem Fall unterlässt er nach Ablauf der Frist, zu der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärt worden ist, die ihm kalendermäßig obliegende Mitwirkungshandlung, nämlich dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und die Arbeit zuzuweisen.⁹¹

bb) Vorliegend lässt sich der Inhalt des Gesprächs vom 09.04. nicht klären, sodass das Vorliegen einer unwirksamen fristlosen Arbeitgeberkündigung nicht feststeht. Fehlt eine unwirksame Kündigungserklärung des Arbeitgebers, ist § 296 BGB jedenfalls regelmäßig nicht anwendbar. Der Arbeitnehmer muss daher die Arbeitsleistung dem Arbeitgeber – nach § 294 BGB tatsächlich oder unter den Voraussetzungen von § 295 BGB wörtlich – so anbieten, wie sie zu bewirken ist, d.h. am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Art und Weise entsprechend dem Inhalt des Schuldverhältnisses. Ist dies nicht der Fall, ist für die Begründung des Annahmeverzuges des Arbeitgebers ein Angebot des Arbeitnehmers ausnahmsweise nur dann entbehrlich, wenn ihm ein Erscheinen am Arbeitsplatz aufgrund besonderer Umstände nicht zumutbar ist, weil z.B. der Arbeitgeber auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt.⁹² Für eine Unzumutbarkeit des Erscheinens am Arbeitsplatz liegen aber nach dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte vor. Für die Begründung des Annahmeverzugs des U war also ein Arbeitsangebot des A nicht entbehrlich.

e) Ausreichendes wörtliches Arbeitsangebot im Schreiben vom 12.04?

aa) U könnte ab Zugang (14.04.) des mit Schreiben vom 12.04. erklärt wörtlichen Arbeitsangebots in Annahmeverzug geraten sein.

bb) Ein wörtliches Arbeitsangebot ist jedoch nach § 295 BGB für die Begründung des Annahmeverzuges des Arbeitgebers nur dann ausreichend, wenn er die Annahme der Arbeitsleistung abgelehnt hat oder zur Erbringung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers eine nicht kalendermäßig bestimmte Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers (sonst § 296 BGB) erforderlich ist. Vorliegend kommt eine Arbeitsablehnung des U am 09.04. in Betracht. Da jedoch der Inhalt des Gesprächs vom 09.04. nicht positiv feststeht und sich auch nicht klären lässt, kann sich A zur Rechtfertigung des Annahmeverzuges des U ab dem 14.04. nicht auf den Ausnahmefall des § 295 BGB berufen.

3. Ergebnis: A steht gegen U kein Anspruch auf Annahmeverzugslohn für die Woche vom 12. bis zum 16.04. aus § 611 a Abs. 2 BGB i.V.m. 615 BGB zu.⁹³

91 Vgl. BAG NZA 2016, 1144; z.T. krit. zur Rspr. des BAG zum § 296 BGB Boemke RdA 2017, 192 ff.

92 Vgl. BAG, Urt. 24.05.2017 – 5 AZR 251/16, juris.

93 Vgl. ausführlich zum Annahmeverzug AS-Skript Arbeitsrecht (2016), Rn. 378 ff.

Beachte: Nach § 178 Abs. 3 S. 1, 3 SGB IX ist Anhörung der Schwerbehindertenvertretung Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung des AV mit einem Schwerbehinderten (bisher § 95 Abs. 2 S. 1, 3 SGB IX).

reits durch die 2. Alt. des § 173 Abs. 3 SGB IX (Bisher: § 90 Abs. 2 a SGB IX) deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass die Schwerbehinderung bei Kündigungszugang nicht zwingend durch den Anerkennungsbescheid nachgewiesen werden muss, weil in diesem Fall auf das Fehlen der Feststellung der Schwerbehinderung nach § 152 Abs. 1 S. 3 SGB IX (Bisher: § 69 Abs. 1 SGB IX) wegen fehlender Mitwirkung abgestellt wird. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass der Arbeitnehmer, der – wie hier A – die ihm obliegenden Mitwirkungshandlungen vorgenommen hat, die Möglichkeit der Berufung auf den besonderen Kündigungsschutz nach § 168 SGB IX hat. Da A den Anerkennungsantrag einen Monat vor Kündigungszugang gestellt hat, kann offen bleiben, ob sich zur Vermeidung von Missbrauchsfällen, die mit der Einführung des § 90 Abs. 2 a SGB IX a.F. verhindert werden sollen, nur der Arbeitnehmer auf den besonderen Kündigungsschutz nach § 168 SGB IX berufen kann, der mindestens drei Wochen vor Kündigungszugang den Anerkennungsantrag gestellt hat.¹⁶⁴ Die Berufung des A auf den besonderen Kündigungsschutz des § 168 SGB IX ist deshalb nicht dadurch ausgeschlossen, dass er erst nach Kündigungszugang (12.02. 2018) mit Rückwirkung zum 10.01.2018 als schwerbehinderter Mensch i.S.d. § 2 Abs. 2 SGB IX anerkannt worden ist.

2. Die Berufung des A auf den besonderen Kündigungsschutz nach § 168 SGB IX könnte deshalb ausgeschlossen sein, weil U von dem Anerkennungsantrag keine Kenntnis hatte und deshalb vor Ausspruch der Kündigung die erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes gar nicht einholen konnte.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 168 SGB IX hängt der besondere Kündigungsschutz der schwerbehinderten Menschen nicht von der Kenntnis des Arbeitgebers, sondern ausschließlich von der objektiv vorliegenden Schwerbehinderung ab. Die fehlende Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung bzw. dem Anerkennungsantrag steht daher dem besonderen Kündigungsschutz nach § 168 SGB IX nicht entgegen. Da jedoch der Arbeitgeber, der von der Schwerbehinderung des gekündigten Arbeitnehmers keine Kenntnis hat, berechtigterweise darauf vertrauen darf, dass die Wirksamkeit der von ihm erklärten Kündigung nicht erst nach längerer Zeit wegen einer ihm bei Kündigungsauspruch unbekannten Schwerbehinderung in Frage gestellt wird, muss der Arbeitnehmer innerhalb einer angemessenen Frist nach Zugang der Kündigung den besonderen Kündigungsschutz geltend machen. Ob diese Frist entsprechend der teilweise in der Lit. in Anlehnung an § 17 MuSchG (bisher § 9 MuSchG) vertretenen Ansicht zwei Wochen, der früheren Rspr. einen Monat oder in Anlehnung an § 4 S. 1 KSchG als Regelfrist drei Wochen entsprechend der geänderten Rspr. des BAG beträgt,¹⁶⁵ kann offen bleiben, weil A die Anerkennung als schwerbehinderter Mensch 11 Tage nach Kündigungszugang mitgeteilt und damit auch die kürzeste Mitteilungsfrist von 2 Wochen eingehalten hat. A kann sich somit auf den besonderen Kündigungsschutz nach § 168 SGB IX berufen

IV. Ergebnis: Die Kündigungsschutzklage des A ist begründet, weil die Kündigung nach § 134 BGB i.V.m. § 168 SGB IX unwirksam ist.

164 So die heute ganz h.M., vgl. BAG NZA 2008, 36.

165 Vgl. dazu BAG NZA 2012, 56.