

28. Feb. 1958

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Sammlung! nein
Für die Fachpresse! ja

Gesetz: AZO § 14; GewO §§ 123, 124 a

Leitsätze:

1. Ein außergewöhnlicher Fall i. S. des § 14 AZO liegt nur vor, wenn die das Erfordernis der Mehrarbeit bedingenden Umstände weder regelmäßig eintreten noch voraussehbar sind.
2. Eine Arbeitsverweigerung stellt keinen zur außerordentlichen Kündigung ausreichenden wichtigen Grund dar, wenn der Arbeitnehmer ohne Verschulden angenommen hat, zur Erfüllung der von ihm geforderten Leistung nicht verpflichtet zu sein.

Aktenzeichen: 1 AZR 491/56

Urteil des BAG vom 28. Februar 1958

LAG Bremen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1_AZR_491/56
II Sa 8/56 (Bremen)

Verkündet
am 28. Februar 1958
gez. Henkelmann,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. Februar 1958 durch die Bundesrichter Dr. Schröder, Wichmann und Professor Dr. Dr. Boldt sowie die Bundesarbeitsrichter Reibel und Dr. Kaulen für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 7. September 1956 - II Sa 8/56 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war seit Herbst 1945 bei der Beklagten als gewerblicher Arbeitnehmer tätig. Er verdiente ca. 400,-- DM im Monat. Im Jahre 1955 war er Mitglied des insgesamt aus neun Personen bestehenden Betriebsrats.

Für das Arbeitsverhältnis der Parteien galt der Manteltarifvertrag vom 1. Mai 1950 für die Mühlenindustrie, in dessen §§ 3 und 4 u.a. folgendes bestimmt ist:

"Die regelmäßige Arbeitszeit ausschließlich der Pausen beträgt 8 Stunden täglich bzw. 48 Stunden in der Woche. ...

Mehrarbeit ist, soweit es nur irgendwie angängig ist, z.B. durch zusätzliche Einstellung von Arbeitnehmern oder durch Einlegung von Schichten nach Maßgabe der betrieblichen und betriebstechnischen Möglichkeiten im Benehmen mit der Betriebsvertretung zu vermeiden. Ist aber Mehrarbeit unvermeidlich, muß sie im Rahmen der gesetzlich oder durch diesen Tarifvertrag zugelassenen Grenzen von den Arbeitnehmern geleistet werden. Bei der Festsetzung von Mehrarbeit soll weitestgehend auf die privaten und kulturellen Bedürfnisse der Arbeitnehmer Rücksicht genommen werden."

Im Betrieb der Beklagten galt die als Betriebsordnung bezeichnete Betriebsvereinbarung vom 1. Mai 1950, deren § 3 u.a. lautet:

"Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt ausschließlich der Pausen 8 Stunden täglich und 48 Stunden wöchentlich. ...

Überstunden sind unter Berücksichtigung besonderer Wünsche und nach Zustimmung der Betriebsvertretung zu leisten."

Am Sonntag, dem 26. Juni 1955, ließ die Beklagte die Abteilungen Verladung und Absackerei in drei Schichten mit insgesamt etwa 280 Belegschaftsmitgliedern arbeiten. Zu diesem Zweck hatte sie die Genehmigung des Gewerbeaufsichtsamts beantragt. Der Betriebsratsvorsitzende hatte den Antrag mitunterzeichnet. Das Gewerbeaufsichtsamt hatte dem Antrag stattgegeben. Etwa 10 Belegschaftsmitglieder, darunter der Kläger, blieben der Sonntagsarbeit



am 26. Juni 1955 fern. Die Beklagte schrieb darauf an den Kläger am 28. Juni 1955, die Arbeit am vergangenen Sonntag sei aus dringenden Gründen erforderlich gewesen, was durch Anschlag bekannt gemacht worden sei. Der Kläger sei gleichwohl nicht erschienen und habe sich auch nicht entschuldigt. Dieses Verhalten sei in Rücksicht auf seine Mitarbeiter äusserst unkollegial. Die Beklagte behalte sich im Wiederholungsfall ihre Maßnahmen vor. Der Kläger möge dieses Schreiben als eine Verwarnung auffassen.

Die Beklagte ordnete für den 30. Juni und 1. Juli 1955 die Leistung von je 4 Überstunden für die Abteilung, der der Kläger angehörte, an. Der Kläger leistete die Überstunden am 30. Juni nicht ab. Am 1. Juli 1955 sprachen der Betriebsratsvorsitzende und der Kläger mit dem Geschäftsführer der Beklagten, um ihn zu veranlassen, die Verwarnungen, die dem Kläger und anderen Arbeitnehmern, die am 26. Juni nicht gearbeitet hatten, zugegangen waren, zurückzunehmen. Die Beklagte lehnte das ab. Darauf veröffentlichten der Kläger und der Betriebsratsvorsitzende ein von beiden unterschriebenes Schreiben an die Belegschaft, in dem es heißt, der Kläger und der Betriebsratsvorsitzende seien bei der Beklagten gewesen und hätten den Beschluß der Arbeitnehmer, keine Überstunden zu leisten, wenn die Verwarnungsschreiben nicht zurückgezogen würden, der Beklagten mitgeteilt. Diese habe davon Kenntnis genommen, aber die Zurücknahme der Schreiben abgelehnt. Die Arbeitnehmer, die bereits für den 1. Juli 1955 Überstunden zugesagt hätten, wurden vom Kläger und vom Betriebsratsvorsitzenden aufgefordert, diese auch zu leisten, weil sonst bei Nichtleistung Schwierigkeiten entstehen könnten.

Der Kläger leistete auch die am 1. Juli 1955 angeordneten Überstunden nicht ab. Darauf wurde der Betriebsratsvorsitzende zur Beklagten bestellt, die ihm eröffnete, daß die Beklagte dem Kläger fristlos kündigen wolle. Am Abend des 1. Juli 1955 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos mit einem Schreiben, in dem auf § 123 Ziff. 3 GewO Bezug genommen war und als Kündigungsgrund die



beharrliche Verweigerung der Leistung angeordneter Überstunden bezeichnet wurde. Mit dem Kläger ist mindestens einem weiteren Arbeitnehmer, der sich ebenso wie der Kläger verhalten hatte, namens W., fristlos gekündigt worden. W. ist Schwerbeschädigter.

Gegen die Kündigung vom 1. Juli 1955 hat der Kläger am 21. Juli 1955 Klage eingereicht, weil der Betriebsrat nicht gehört worden sei, er selbst keinen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben habe und die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, die Sonntags- und Mehrarbeit am 26. und 30. Juni sowie 1. Juli 1955 zu fordern. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Die Klage ist vom Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht abgewiesen worden. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision zugelassen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist zulässig. Sie musste zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits in die Berufungsinstanz führen.

I. Die dem Kläger gegenüber ausgesprochene Kündigung ist zwar nicht schon deshalb unwirksam, weil der Betriebsrat zu ihr nicht gehört worden wäre. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anhörung des Betriebsratsvorsitzenden ordnungsmäßig erfolgt ist und ob sie ausreichte. Vorliegend handelt es sich um eine fristlose Kündigung. Sie ist ausgesprochen worden unmittelbar nach dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte feststellte, daß der Kläger auch am 1. Juli 1955 der Anordnung, Mehrarbeit zu leisten, nicht nachkam. Nach der Rechtsprechung des Senats (BAG 1, 74 ff.) ist die Anhörung des Betriebsrats nicht Voraussetzung der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Kündigung. Die Nichtanhörung des Betriebsrats hat auch grundsätzlich keinen Einfluß auf die Frage, ob der zur Begründung der außerordentlichen Kündigung herangezogene Grund diese Kündigung rechtfertigt oder nicht. Ferner kann es dem Arbeitgeber in der Regel nicht zugemutet werden, bei einer fristlosen Kündigung abzuwarten, bis die Stellungnahme des Betriebsrats vorliegt. Im hier streitigen Fall liegt kein



Umstand vor, der dagegen spräche, diese Frage abweichend von der Regel zu beurteilen. Insbesondere spricht nicht dagegen die Tatsache, daß der Kläger Betriebsratsmitglied war, zumal die Kündigung mit der Betriebsratseigenschaft des Klägers nicht im Zusammenhang steht. Dieser Gesichtspunkt muß im Zusammenhang mit einer fristlosen Kündigung deshalb ausscheiden.

II. Das Landesarbeitsgericht geht mit Recht davon aus, daß die fristlose Kündigung unter dem Gesichtspunkt der §§ 123, 124 a GewO zu beurteilen ist, obwohl es sich bei dem Kläger um einen gewerblichen Arbeiter handelt. Das folgt nach der Rechtsprechung des Senats (BAG 1, 185) aus der Betriebsratseigenschaft des Klägers. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht weiter davon aus, daß auch in diesem Rahmen die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, sei es auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist, von entscheidender Bedeutung ist (vgl. BAG 2, 139).

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist die fristlose Kündigung ausgesprochen worden mit Rücksicht auf die Verweigerung der Mehrarbeit am 30. Juni und 1. Juli durch den Kläger. Unterstützend hat die Beklagte hierfür die Versäumung der Sonntagsarbeit am 26. Juni und die diesbezüglich erteilte Verwarnung herangezogen. Die Beklagte hat aber nicht deshalb gekündigt und kann somit jetzt im Rechtsstreit die Vorgänge vom 26. Juni nicht als alleinigen Grund für eine außerordentliche Kündigung heranziehen. Die Verweigerung der Sonntagsarbeit und die Verwarnung sind danach nicht allein ausreichend, um die fristlose Kündigung zu begründen, zumal die Beklagte durch die Verwarnung zu erkennen gegeben hat, daß sie die Verweigerung der Sonntagsarbeit allein nicht als ausreichenden Grund zur fristlosen Kündigung ansah. Die Verweigerung der Sonntagsarbeit und die Verwarnung sind für die Entscheidung deshalb nur dann von Bedeutung, wenn die Vorfälle vom 30. Juni und 1. Juli allein oder im Zusammenhang mit jenen Vorgängen ausreichen, um die fristlose



Kündigung zu rechtfertigen.

Die Entscheidung hängt hiernach, wie auch das Landesarbeitsgericht nicht verkennt, davon ab, ob die Vorgänge vom 30. Juni und 1. Juli schwerwiegend genug waren, um die Beklagte zur fristlosen Kündigung zu berechtigen.

An diesen Tagen war der Kläger nur dann zur Mehrarbeit verpflichtet, wenn sowohl die gesetzlichen wie die tariflichen Voraussetzungen vorlagen, die die Beklagte zur Anordnung der Mehrarbeit berechtigten. Nach dem Manteltarifvertrag sollte Mehrarbeit vermieden werden. Sie war also nur in echten Ausnahmefällen zulässig; nur dann waren die Arbeitnehmer arbeitsvertraglich zu ihrer Ableistung verpflichtet. Außerdem bedurfte es hierzu der Zustimmung des Betriebsrats. Zwar verkennt das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang die Bedeutung des § 56 BetrVG, der nach Ansicht des Senats (BAG 3, 207) auch dann zu beachten ist, wenn es sich um die Anordnung von Mehrarbeit im Einzelfall handelt. Dieser Rechtsirrtum des Landesarbeitsgerichts ist aber für das angefochtene Urteil nicht tragend, da bereits die Betriebsvereinbarung die Beklagte zwang, die Einwilligung des Betriebsrats einzuholen, wovon auch das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeht.

Das Landesarbeitsgericht meint nun, es genüge, daß der Betriebsratsvorsitzende zugestimmt habe. Nach allgemeinen Regeln wie auch nach der Betriebsvereinbarung bedurfte es jedoch grundsätzlich der Einwilligung des Betriebsrats. Nur dieser ist betriebsverfassungsmäßiges Organ, nur ihm obliegt die Willensbildung, nicht seinem Vorsitzenden, der nur Vertreter in der Erklärung ist (so auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Bd. II S. 739 f.). Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat sich jedoch im Betrieb der Beklagten seit langem eine Übung herausgebildet, wonach der Betriebsratsvorsitzende allein im Falle von Mehrarbeitsanordnungen hinzugezogen wurde. Grundsätzlich muß sich bei einer solchen vom Betriebsrat in seiner Gesamtheit jedenfalls stillschweigend gebilligten Übung der Arbeitgeber darauf verlassen können, daß der Betriebsratsvorsitzende seine Befugnisse nicht überschreitet,



wenn er als Vertreter des Betriebsrats Erklärungen abgibt. Nur dann wäre der Fall anders zu beurteilen, wenn auf seiten der Beklagten Zweifel daran hätten aufkommen müssen, ob der Vorsitzende seine Kompetenzen überschritt. Dafür, daß das hier der Fall gewesen wäre, ergibt sich aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nichts. Es reichte deshalb hier aus, wenn der Betriebsratsvorsitzende allein die Stellungnahme zu den Mehrarbeitsanordnungen abgab, da der Betriebsrat ein solches Verhalten mindestens lange Zeit stillschweigend geduldet und nie Widerspruch dagegen erhoben hatte.

Dagegen ist nicht überzeugend begründet die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, daß der Betriebsratsvorsitzende bei den Mehrarbeitsanordnungen vom 30. Juni und 1. Juli mitgewirkt habe. Das Landesarbeitsgericht schließt das daraus, daß der Kläger an dem Verhalten des Betriebsratsvorsitzenden keine Kritik geübt habe, daß ferner alle anderen Betriebsratsmitglieder die Mehrarbeit an jenen Tagen geleistet hätten. Obwohl es sich hier um tatsächliche Feststellungen handelt, sind diese in dritter Instanz doch insoweit nachprüfbar, wie dem Landesarbeitsgericht ein Verstoß gegen die Denkgesetze unterlaufen ist. Das Landesarbeitsgericht hat nun nicht beachtet, daß die Tatsache, daß der Kläger das Verhalten des Betriebsratsvorsitzenden nicht kritisiert hat, zwanglos dadurch erklärt werden könnte, daß eben der Betriebsratsvorsitzende die Zustimmung zu der Mehrarbeitsanordnung überhaupt nicht erteilt, somit einen Anlaß zur Kritik gar nicht gegeben hätte. Aus diesem Umstand ergibt sich somit nichts Ausreichendes dafür, ob eine solche Zustimmung vorgelegen hat. Die Fassung des Aushangs vom 1. Juli 1955, in dem nur die Arbeitnehmer, die sich zur Ableistung der Überstunden bereit erklärt hatten, zur Erfüllung dieser Zusage aufgefordert wurden, spricht dagegen, daß der Vorsitzende des Betriebsrats für alle von der Mehrarbeitsanordnung betroffenen Arbeitnehmer namens des Betriebsrats die Mehrarbeit gebilligt hatte. Wenn ferner die übrigen Betriebsratsmitglieder die Mehrarbeit an jenen Tagen geleistet haben, besagt das ebenfalls:



nichts dafür, daß die Zustimmung des Betriebsrats vorlag; denn es ist denkgesetzlich unrichtig, aus der späteren Haltung der Betriebsratsmitglieder auf eine frühere Zustimmung des Vorsitzenden zu schließen. Zudem ergibt sich aus dem im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegebenen Aushang vom 1. Juli 1955, daß mindestens ein Teil der Arbeitnehmer der Beklagten sich zur Mehrarbeit freiwillig zu verpflichten pflegte und sich auch für den 1. Juli dazu bereit gefunden hatte. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, daß die Ableistung der Mehrarbeit durch die übrigen Betriebsratsmitglieder nicht auf Grund solcher freiwilligen Zusagen erfolgt wäre. Auch insoweit liegt ein Verstoß gegen die Denkgesetze vor, wenn hieraus das Landesarbeitsgericht den Schluß auf die vorherige Zustimmung des Betriebsrats oder seines Vorsitzenden zieht. Deshalb bedarf es weiterer Feststellungen, die nur in der Tatsacheninstanz getroffen werden können, darüber, ob sich die Annahme des Landesarbeitsgerichts halten läßt, daß die Zustimmung des Betriebsrats zur Mehrarbeitsanordnung am 30. Juni und 1. Juli vorlag. Schon aus diesem Grund bedarf es der Aufhebung des angefochtenen Urteils und der Zurückverweisung. Das Landesarbeitsgericht wird im einzelnen festzustellen haben, wann und in welcher Weise die Zustimmung des Betriebsrats zur Mehrarbeit am 30. Juni und 1. Juli erteilt worden ist.

III. Fehlerhaft sind auch die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zu der Frage, ob es sich hinsichtlich der Mehrarbeit an jenen Tagen um außergewöhnliche Fälle im Sinne des § 14 AZO handelte. Das Landesarbeitsgericht spricht auf Seite 24 seines Urteils von sich häufig ergebenden Überstundenanordnungen und von sich häufig ergebenden Fragen im Zusammenhang mit Anordnungen von Mehrarbeit. Auf Seite 31 stellt es eine gewisse Unregelmäßigkeit im Arbeitsanfall fest, die im Betrieb der Beklagten unvermeidlich sei. Es seien laufend Arbeiten angefallen, wie sie in § 105 c Abs. 1 GewO, § 14 Abs. 2 AZO erwähnt seien. Gleiches hat nach Seite 8 des angefochtenen Urteils sogar die Beklagte selbst erklärt. Das Landesarbeitsgericht

nimmt nun keine Stellung zu der Frage, ob nicht schon hierdurch die Annahme ausgeschlossen ist, daß es sich um Notfälle oder außergewöhnliche Fälle gehandelt hat, die unabhängig vom Willen des Betroffenen eingetreten und deren Folgen nicht auf andere Weise zu beseitigen waren. Es hätte Anlaß dazu bestanden, daß das Landesarbeitsgericht feststellte, ob nicht insoweit eine gewisse Regelmäßigkeit und Vorausssehbarkeit vorlagen, die ihrerseits die Annahme des Außergewöhnlichen ausschlossen (vgl. Dencke, Arbeitszeitordnung, 3. Aufl., § 14 Anm. 3).

Die Vorschrift des § 14 AZO trägt ausgesprochenen Schutzcharakter. Es sind hiernach strenge Anforderungen zu stellen. Davon geht auch das Landesarbeitsgericht aus, hat sich jedoch bei seinen weiteren Untersuchungen hieran nicht gehalten. Mit Recht rügt die Revision, daß dem Landesarbeitsgericht hierbei Verstöße gegen § 286 ZPO unterlaufen seien. Das gilt vor allem für den Vortrag des Klägers über die Häufigkeit dieser Fälle und darüber, daß die Anordnung von Mehrarbeit im Betrieb der Beklagten an der Tagesordnung gewesen sei. Die Beklagte habe nichts getan, um in solchen Fällen Mehrarbeit vermeidbar zu machen. Hierzu aber war die Beklagte bereits nach dem Manteltarifvertrag verpflichtet; sie konnte nur unvermeidbare Mehrarbeit verlangen. Mit Recht geht das Landesarbeitsgericht davon aus, daß die Beklagte für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 14 AZO beweispflichtig ist. Bei der Beweiswürdigung berücksichtigt das Landesarbeitsgericht, wie die Revision im einzelnen zu Recht dartut, jedoch nicht den gesamten Inhalt der Verhandlung und das Ergebnis der Beweisaufnahme. Dadurch verstößt es gegen § 286 ZPO.

So setzt sich das Landesarbeitsgericht nicht mit der in der Revision ausdrücklich hervorgehobenen Aussage des Zeugen L. auseinander, daß Fälle der Art, wie sie am 30. Juni und 1. Juli eingetreten seien, sich zwei- bis dreimal im Monat wiederholt hätten, so daß zwei- bis dreimal im Monat Überstunden bis zu vier Stunden täglich angeordnet worden seien. Mit Recht weist die Revision



weiter darauf hin, daß das Landesarbeitsgericht die von der Beklagten selbst eingereichten Listen nicht berücksichtige, aus denen sich ergebe, daß stets eine erhebliche Zahl von Überstunden gefordert und abgeleistet worden sei. All das hätte das Landesarbeitsgericht bei der Prüfung der Frage berücksichtigen müssen, ob die Voraussetzungen des § 14 AZO und der §§ 3, 4 MTV vorlagen; denn für die Mehrarbeit am 30. Juni und 1. Juli kommt nur diese Ausnahmvorschrift in Frage, da die nach anderen Vorschriften ausnahmsweise zulässige tägliche Arbeitszeit von zehn Stunden nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts an beiden Tagen um je zwei Stunden überschritten worden ist. § 14 AZO will jedoch nicht dem Arbeitgeber die Berechtigung geben, auf Kosten der Belegschaft die Konjunktur zu meistern, indem er ihm das Recht zugesteht, nach Belieben Überstunden anzuordnen. Das würde auch den §§ 3, 4 MTV widersprechen. Daß die Beklagte ein solches Recht für sich in Anspruch genommen habe, hatte der Kläger unter Beweisantrag in den Tatsacheninstanzen vorgebracht. Das wird auch in der Revisionsinstanz unter Hinweis auf die einzelnen Beweisanträge den Vorschriften des § 554 Abs. 3 Ziff. 2 b ZPO gemäß schlüssig gerügt.

In diesem Zusammenhang ist der weitere Revisionsangriff zu werten, der dahin geht, das Landesarbeitsgericht habe nicht beachtet, daß, wie sich aus der von der Beklagten selbst überreichten Aufstellung ergebe, monatlich drei bis neun Schiffe nur für den Export hätten beladen werden müssen, was nach den Behauptungen des Klägers jedesmal Überstundenanordnungen zur Folge gehabt habe. Auch dieser Gesichtspunkt spielt eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um außergewöhnliche Fälle oder um solche Fälle handelte, die, weil mit einiger Regelmäßigkeit auftretend, nicht mehr als außergewöhnliche und unvermeidbare im Sinne des MTV angesprochen werden könnten. In Fällen letzterer Art aber war, da es sich nicht um ausgesprochene Notfälle handelte, wie auch das Landesarbeitsgericht nicht verkennt, der Kläger nicht schon unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zur Leistung von Über-



arbeit verpflichtet, sondern nur unter den gesetzlichen und tariflichen Voraussetzungen.

Es kommt hinzu, daß hinsichtlich der Mehrarbeit vom 30. Juni und 1. Juli die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, diese Arbeitszusammenballung sei für die Beklagte nicht voraussehbar oder anwendbar gewesen, insoweit gegen § 286 ZPO verstoßen, als nicht berücksichtigt ist, daß schon am 20. Juni für die Beklagte die Zusammenballung von vier Schiffen zum Monatsende voraussehbar war. Das ergibt sich aus der Aussage des Zeugen L. [REDACTED]. Danach war der Dampfer Lystum am 20. Juni zum 29. gemeldet, der Dampfer Ägäis am 20. Juni zum 30. Juni. Die Schiffe Lissy und Eilenau waren bereits von vornherein zu Ultimo Juni eingeplant. Somit war also am 20. Juni die Zusammenballung von vier Schiffen am 29. und 30. Juni erkennbar. Das hat das Landesarbeitsgericht in keiner Weise berücksichtigt. Es hätte das aber berücksichtigen müssen, da es nicht entscheidend ist, daß sich die Zusammenballung um einen Tag, nämlich auf den 30. Juni und 1. Juli, verschob, sondern da es nur darauf ankommt, was die Beklagte hinsichtlich der am 20. Juni erkennbaren Zusammenballung unternommen hat. Das Landesarbeitsgericht stellt jedoch nichts in der Richtung fest, ob sich die Beklagte auf jene voraussehbare Zusammenballung irgendwie eingerichtet hat. Weil das Landesarbeitsgericht diese Umstände unter Verletzung des § 286 ZPO nicht gewürdigt hat, prüft es zu Unrecht nicht die Voraussetzung des § 14 AZO, ob die Beklagte gegen die Arbeitsanhäufung am 30. Juni und 1. Juli nichts unternommen hat und nichts unternehmen konnte.

Mit Recht weist die Revision weiter auf die vom Landesarbeitsgericht übergangene Behauptung des Klägers aus den Tatsacheninstanzen hin, daß die Beklagte bereits am 28. Juni Überstunden für den 30. Juni und 1. Juli angekündigt habe. Auch das hätte gemäß § 286 ZPO vom Landesarbeitsgericht berücksichtigt werden müssen. Auch das ist von Bedeutung für die Frage, ob ein außergewöhnlicher Fall vorlag. Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts



- 12 -

über das Vorliegen eines solchen Falles ist deshalb nicht rechtsirrtumsfrei getroffen worden, zumal nichts darüber festgestellt worden ist, daß die Beklagte für die Arbeitsanhäufung am 30. Juni und 1. Juli alles ihr Zumutbare zur Abwendung von Mehrarbeit getan hat, wozu sie nach dem MTV verpflichtet war. Das Landesarbeitsgericht stellt aber auch nicht eindeutig fest, daß die Beklagte, hätte sie etwas getan, damit erfolglos geblieben wäre. Solche Untersuchungen hätten jedoch angestellt werden müssen, wenn es um die Frage des Vorliegens der Voraussetzungen des § 14 AZO geht. Allgemeine Erörterungen über die seinerzeitige Arbeitsmarktlage vermögen sie nicht zu ersetzen.

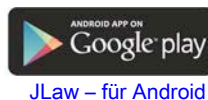
Das Landesarbeitsgericht ist zwar mit Recht der Ansicht, daß die Beklagte nicht zum Beitritt zum Hafenbetriebsverein gezwungen werden konnte. Wollte die Beklagte, etwa um die Beiträge zu sparen, nicht beitreten, so war aber von ihr zu fordern, daß sie auf jede andere Weise versuchte, der Arbeitsanhäufung Herr zu werden, ohne Mehrarbeit anzuordnen. Daß sie das versucht hätte, wird vom Landesarbeitsgericht nicht ausreichend festgestellt. Das Landesarbeitsgericht sagt insbesondere nichts darüber, ob die Beklagte gerade in diesem Fall (30. Juni und 1. Juli) überhaupt Arbeitskräfte angefordert hat, sei es vom Hafenbetriebsverein, der ja auch Nichtmitgliedern solche Kräfte vermittelte, sei es vom Arbeitsamt. Weiter wird vom Landesarbeitsgericht nicht eindeutig festgestellt, daß solche Versuche, wären sie unternommen worden, ohne Erfolg geblieben wären. Ferner wird nicht geprüft, ob nicht der Beklagten hätte zugemutet werden können, den einen oder anderen Auftrag abzulehnen, wenn ihre Kapazität zur Vornahme von vier gleichzeitigen Entladungen nicht ausreichte. Das Landesarbeitsgericht prüft nicht einmal die Frage, wie hoch im einzelnen der Schaden gewesen wäre, der dadurch entstanden wäre, daß für ein oder zwei Schiffe längere Liegezeiten notwendig geworden wären, und stellt nicht einmal fest, worin dieser

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 13 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Schaden bestanden hätte. Es übersieht offenbar, daß eine gewisse wirtschaftliche Einbuße zumutbar sein kann, wenn dadurch Mehrarbeit im Sinne des § 14 AZO vermeidbar wird.

All diese Feststellungen wären notwendig gewesen, um dem Revisionsgericht die Nachprüfung zu ermöglichen, ob das Landesarbeitsgericht den Begriff des außergewöhnlichen Falls im Sinn des § 14 AZO rechtsirrtumsfrei erkannt hat. Das Landesarbeitsgericht wird deshalb alle diese auf tatsächlichem Gebiet liegenden Feststellungen zunächst nachholen müssen. Erst wenn sie getroffen sind, kann gesagt werden, ob es der Beklagten zumutbar war, auf andere Weise als durch Mehrarbeit der Arbeitsanhäufung zu begegnen, und ob die Anordnung der Mehrarbeit am 30. Juni und 1. Juli sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens hielt, so daß der Kläger verpflichtet war, ihr nachzukommen.

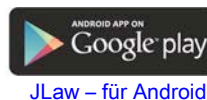
IV. Das Landesarbeitsgericht wird, wenn es die vorerwähnten Fragen geklärt hat, erneut prüfen müssen, ob am 30. Juni und 1. Juli die Voraussetzungen des § 14 AZO vorlagen, insbesondere, ob es sich um einen außergewöhnlichen oder um einen im Betrieb der Beklagten mehr oder weniger üblichen Fall handelte, ob nicht die Beklagte imstande war, die Arbeitsanhäufung überhaupt zu vermeiden, und was die Beklagte im einzelnen unternommen hat, um nach Möglichkeit der Lage Herr zu werden, ohne Mehrarbeit anzuordnen. Kommt bei dieser erneuten Untersuchung das Landesarbeitsgericht zu der Ansicht, daß am 30. Juni und 1. Juli ein Fall des § 14 AZO und einer nach dem MTV zulässigen Mehrarbeit vorlag, so wird es weiter prüfen müssen, ob das Verhalten des Klägers diesem vorwerfbar war. Hierfür kommt es darauf an, ob der Kläger bei Verweigerung der Arbeit ohne Verschulden angenommen hat, zur Erfüllung der von ihm geforderten Leistung nicht verpflichtet zu sein (vgl. Kommentar zur GewO von Boldt-Steffens § 123 II 3). Dabei trifft dem Arbeitnehmer, der das Risiko der Nichtbefolgung einer Arbeitsanordnung auf



sich nimmt, die Verpflichtung, in verständiger Weise auch die Berechtigung der Einstellung des Arbeitgebers zu prüfen.

Was das Landesarbeitsgericht zu dieser Frage ausgeführt hat, reicht nicht aus, um ein Verschulden des Klägers darzutun. Das Landesarbeitsgericht schließt auf ein solches Verschulden aus dem Umstand, daß der Kläger gesagt habe, er habe sich bei der Gewerkschaft erkundigen wollen, ob die Verwarnung zu Recht bestehe, daß der Kläger aber nichts darüber vorgetragen habe, was bei dieser Erkundigung herausgekommen sei, so daß im Zweifel angenommen werden könne, diese Befragung sei für den Kläger ungünstig ausgefallen. Es kommt nicht darauf an, ob eine solche Schlußfolgerung an sich berechtigt ist. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich übersehen, daß in diesem Zusammenhang nur die Frage interessiert, ob sich der Kläger hinsichtlich der Mehrarbeit vom 30. Juni und 1. Juli erkundigen mußte, nicht aber hinsichtlich der Sonntagsarbeit vom 26. Juni und der Verwarnung. Nur auf letztere aber bezog sich die vom Landesarbeitsgericht erwähnte Erkundigung. Da sich hinsichtlich der Berechtigung der Anordnung der Mehrarbeit am 30. Juni und 1. Juli das Gericht erster Instanz sogar für den Kläger ausgesprochen hat, wird das Landesarbeitsgericht bei der erneuten Prüfung berücksichtigen müssen, ob nicht bei einer Erkundigung des Klägers bei einer ihm zugänglichen Stelle, die nicht einmal die Aufklärungsmöglichkeiten eines Gerichts hatte, dieser eine Auskunft erhalten haben würde, die dem Urteil erster Instanz entsprochen hätte. Auf jeden Fall wird das Landesarbeitsgericht die Frage des Verschuldens des Klägers näher prüfen und eingehender begründen müssen. Auch insoweit handelt es sich um tatsächliche Feststellungen, die nur in zweiter Instanz getroffen werden können und deshalb ebenfalls zur Zurückverweisung zwingen.

Hierbei wird ferner berücksichtigt werden müssen, ob dem Kläger die besondere Eilbedürftigkeit der am 30. Juni und 1. Juli angeordneten Mehrarbeit erkennbar war oder nicht, insbesondere, ob die Beklagte dem Kläger



gegenüber die Anordnung der Mehrarbeit am 30. Juni und 1. Juli in irgendeiner Weise begründet hat. Die Androhung fristloser Entlassung vermag eine solche Begründung nicht zu ersetzen.

Zwar kann dem Kläger nicht gefolgt werden, wenn er vorträgt, eine Pflicht zur Leistung von Mehrarbeit habe nur für diejenigen bestanden, die eine solche freiwillig übernommen hätten. Dem stehen die das Revisionsgericht bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts entgegen. Auch kann sich der Kläger nicht darauf berufen, daß die Beklagte in früheren Fällen, in denen Arbeitnehmer angeordneter Mehrarbeit ferngeblieben seien, nicht gekündigt habe. Selbst in einem solchen Verhalten wäre kein Verzicht der Beklagten darauf zu sehen, in späteren Fällen hieraus doch ein Kündigungsrecht herzuleiten. Weiter war der Kläger hier unstreitig durch die ihm erteilte Verwarnung und die erste Besprechung vom 1. Juli mit dem Geschäftsführer der Beklagten darüber unterrichtet, welche Folgen die Beklagte daraus herleiten wollte, daß angeordnete Mehrarbeit nicht geleistet wurde. Er konnte sich also nicht darauf berufen, er habe aus diesen Gründen die Schwere seiner etwaigen Verfehlung nicht erkennen können.

Andererseits ist, wie oben betont, die Tatsache, daß der Kläger wegen der Nichtleistung der Sonntagsarbeit bereits verwarnt war, allein nicht ausreichend für die fristlose Kündigung. Hinzukommen muß vielmehr auch ein Pflichtverstoß hinsichtlich der Nichtleistung der Mehrarbeit vom 30. Juni und 1. Juli. Zwar hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, an diesen Tagen habe der Kläger die Mehrarbeit gerade wegen der Erteilung der Verwarnung verweigert. Mit Recht geht aber das Landesarbeitsgericht, insoweit abweichend von der Beurteilung durch die erste Instanz, davon aus, daß die Verwarnung allein nicht ausreichte, um dem Verhalten des Klägers am 30. Juni und 1. Juli den Charakter eines wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung zu geben, daß vielmehr eine Verfehlung des Klägers an diesen beiden



- 16 -

Tagen und die Vorwerfbarkeit einer solchen Verfehlung hinzukommen müssen.

V. Kommt das Landesarbeitsgericht bei der erneuten Prüfung und Abwägung zu der Ansicht, daß das Verhalten des Klägers am 30. Juni und 1. Juli allein zur Begründung der fristlosen Entlassung ausreichte, so kommt es auf die mit der Verweigerung der Sonntagsarbeit und der Verwarnung zusammenhängenden Fragen nicht an. Andernfalls muß das Landesarbeitsgericht prüfen, ob der Kläger auch am Sonntag, dem 26. Juni, eine Verfehlung begangen hat und ob die ihm dieserhalb erteilte Verwarnung berechtigt war. Diese Frage beurteilt sich, wie das Landesarbeitsgericht zu Recht ausführt, nach den §§ 105 c, 105 f GewO. Dort handelt es sich um Notfälle, um Arbeiten im öffentlichen Interesse oder um unvorhersehbare Fälle, in denen ein unverhältnismäßiger Schaden droht.

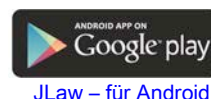
Ob diese Voraussetzungen vorliegen, kann nicht allein daraus entnommen werden, daß das Gewerbeaufsichtsamt die Genehmigung zur Sonntagsarbeit erteilt hat. Diese Genehmigung berührt nur die öffentlich-rechtliche Seite des Falles (vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, Bd. I S. 189 f). Im Verhältnis der Beklagten zum Kläger kommt es jedoch entscheidend auf die vertragliche Seite an. Es geht deshalb nicht an, schon aus dem Vorliegen der Genehmigung des Gewerbeaufsichtsamts und der Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden den Schluß zu ziehen, die Anordnung der Sonntagsarbeit sei rechters und für den Kläger verbindlich gewesen. Das Landesarbeitsgericht hat nichts darüber festgestellt, ob das Gewerbeaufsichtsamt ausreichend geprüft hat, ob die Voraussetzungen der §§ 105 c, 105 f GewO am 26. Juni vorlagen. Das Landesarbeitsgericht hätte das Vorliegen dieser Voraussetzungen jedoch selbst nachprüfen müssen. Das wird es, wenn es darauf noch ankommen sollte, bei der erneuten Verhandlung nachholen müssen; denn auch der Tarifvertrag schreibt vor, daß Mehr- und Sonntags-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 17 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

arbeit nur geleistet werden muß, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dazu vorliegen.

VI. Fehlerhaft ist es, wenn das Landesarbeitsgericht davon ausgeht, der Kläger habe mit Rücksicht auf seine Betriebsratseigenschaft den übrigen Arbeitnehmern ein Vorbild sein müssen. Wenn das Landesarbeitsgericht diesen Umstand entgegen seinen Ausführungen im Anfang der Entscheidungsgründe zu Ungunsten des Klägers wertet, so läßt das einen falschen Ausgangspunkt bei der Prüfung der Frage des wichtigen Grundes erkennen; denn das Landesarbeitsgericht macht hier einen Unterschied danach, ob der Arbeitnehmer dem Betriebsrat angehört oder nicht. Diese Differenzierung widerspricht jedoch der Rechtsprechung des Senats (BAG 1, 185; 2, 139). Danach kann mit Rücksicht auf die Spezialvorschrift des § 23 BetrVG keine andere Beurteilung Platz greifen, je nachdem es sich bei dem Entlassenen um ein Betriebsratsmitglied handelt oder nicht.

Zudem irrt das Landesarbeitsgericht auch insoweit, als es in diesem Zusammenhang auf den Aushang vom 1. Juli hinweist. Es zieht daraus falsche Schlüsse, verstößt also auch insoweit gegen die Denkgesetze. Dieser Aushang bezog sich klar erkennbar nur auf die, die sich freiwillig zur Mehrarbeit gemeldet hatten. Das Landesarbeitsgericht stellt nicht fest, daß dazu der Kläger gehört habe. Für das Gegenteil spricht vielmehr der gesamte übrige Sachverhalt.

VII. Hinsichtlich der Frage der Zumutbarkeit wird vom Landesarbeitsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, nicht berücksichtigt, daß nach den unter Beweis gestellten Behauptungen des Klägers aus der Tatsacheninstanz der Kläger anders behandelt worden ist als eine Anzahl seiner Arbeitskollegen, bei denen der Sachverhalt völlig gleich lag wie beim Kläger. Dieser Gesichtspunkt ist zwar nicht deshalb von Bedeutung, weil etwa der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Ausübung von Gestaltungsrechten wie dem Kündigungsrecht anwendbar wäre. Diese



Ansicht ist vielmehr abzulehnen (vgl. Hueck in AP 52, 150; Bötticher in RdA 53, 168; Molitor, ArbR-Blattei, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Entscheidungen 2 (Streik); Galperin in RdA 53, 172). Dagegen ist jener vom Kläger mit der Revision vorgetragene Umstand doch insoweit nicht ohne jede Bedeutung, als untersucht werden muß, ob nicht aus ihm darauf geschlossen werden kann, daß die Beklagte durch ihr Handeln zu erkennen gegeben hat, sie habe die dem Kläger vorgeworfenen, aber auch von vielen anderen begangenen Handlungen als nicht so schwerwiegend angesehen, um dieserhalb fristlos zu kündigen (BAG 2, 138 = AP Nr. 3 zu § 13 KSchG). Im vorliegenden Fall könnte das auch deshalb von Bedeutung sein, weil die beiden Arbeitnehmer, denen gekündigt worden ist, als Mitglied des Betriebsrats und als Schwerbeschädigter nach Auffassung des Klägers der Beklagten besonders im Wege gestanden haben sollen. Zwar kommt das Landesarbeitsgericht zu der Auffassung, daß hierin nicht der Kündigungsgrund zu sehen sei. Zu dieser Auffassung kommt das Landesarbeitsgericht jedoch ohne Berücksichtigung der vorstehend erwähnten Umstände. Bei der von ihm vorzunehmenden erneuten Abwägung wird es deren Berücksichtigung gegebenenfalls nachzuholen haben.

gez. Dr. Schröder Dr. Boldt Wichmann

Reibel Dr. Kaulen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

