

Aktenzeichen: 2 AZR 211/04
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 24. Februar 2005
- 2 AZR 211/04 -

I. Arbeitsgericht
Nürnberg

Urteil vom 30. April 2003
- 4 Ca 8285/02 -

II. Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Urteil vom 15. April 2004
- 5 Sa 667/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche personenbedingte Kündigung - Ersatzruhetag

Gesetze:

KSchG § 1; ArbZG § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Nr. 8, § 11 Abs. 3, § 2 Abs. 1

Leitsatz:

Kann der Arbeitgeber, der eine Arbeitnehmerin ausschließlich sonntags beschäftigt, dieser den nach § 11 Abs. 3 ArbZG vorgesehenen Ersatzruhetag deshalb nicht gewähren, weil die Arbeitnehmerin an allen übrigen Tagen der Woche in einem anderen Arbeitsverhältnis arbeitet, so ist regelmäßig eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person der Arbeitnehmerin gerechtfertigt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 211/04
5 Sa 667/03
Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Februar 2005

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. Februar 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Schierle für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 15. April 2004 - 5 Sa 667/03 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Klägerin macht die Unwirksamkeit einer von der Beklagten ausgesprochenen ordentlichen Kündigung geltend und verlangt Prozessbeschäftigung.

Die Klägerin verteilte seit 1996 das von der Beklagten herausgegebene Anzeigenblatt, zuletzt - seit Anfang 2002 - im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten. Die Verteilung erfolgte jeweils sonntags morgens von 6.00 Uhr bis 10.00 Uhr. Daneben steht die Klägerin im Arbeitsverhältnis mit einem - der Beklagten verbundenen - weiteren Presseunternehmen, für das sie montags bis samstags jeweils morgens von etwa 3.00 Uhr bis 6.00 Uhr Tageszeitungen austrägt.

Nachdem das Gewerbeaufsichtsamt der Beklagten ein Bußgeldverfahren in Aussicht gestellt hatte, weil sie der Klägerin den nach § 11 Abs. 3 ArbZG vorgeschriebenen Ersatzruhetag nicht gewähren könne, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zum 30. September 2002.

Gegen diese Kündigung wendet sich die Klägerin. Sie meint, die Beklagte könne ihre Verpflichtungen aus dem ArbZG erfüllen, insbesondere sei es ihr möglich, den vorgeschriebenen Ersatzruhetag zu gewähren. Dass die Klägerin dann an diesem Ersatzruhetag im Rahmen eines anderen Arbeitsverhältnisses arbeite, schade nicht, da die Regelungen über Sonntagsarbeit nur in dem Arbeitsverhältnis anzuwenden seien, in dem die Sonntagsarbeit geleistet werde. Das gelte jedenfalls dann, wenn die höchstzulässige Arbeitszeit nicht überschritten werde.

Die Klägerin hat beantragt,

es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 23. August 2002, zugegangen am 26. August 2002, nicht aufgelöst worden ist.

Im Falle des Obsiegens wird die Beklagte verurteilt, die Klägerin zu unveränderten Bedingungen bis zum rechtskräftigen Ab-



schluss des Verfahrens als Austrägerin an Sonntagen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Kündigung sei nur auf Druck des Gewerbeaufsichtsamts ausgesprochen worden. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, die Konsequenzen eines Bußgeldverfahrens auf sich zu nehmen. Das Arbeitszeitgesetz begrenze nicht nur den Umfang der Arbeitszeit, sondern auch die Lage. Die Beklagte könne auch nicht gehalten sein, sich mit dem weiteren Arbeitgeber ins Benehmen zu setzen, um die Ersatzruhetage zu gewähren.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Begehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei aus personenbedingten Gründen sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG. Die Beklagte sei rechtlich gehindert, die Arbeitskraft der Klägerin an Sonntagen entgegenzunehmen, weil die Klägerin an allen Werktagen arbeiten müsse und die Ersatzruhetage deshalb nicht gewährt werden könnten. Sinn und Zweck der auch für die Vorschriften über Sonntagsarbeit geltenden Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. ArbZG sei es, die Zielsetzungen des § 1 ArbZG auch unter Berücksichtigung der für andere Arbeitgeber geleisteten Arbeit zu erfüllen. Auf ihre Vertragsfreiheit könne sich die Klägerin nicht berufen. Das Arbeitszeitgesetz schütze den Arbeitnehmer nicht nur vor Überforderung durch den Arbeitgeber, sondern auch vor sich selbst.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und im Wesentlichen auch in der Begründung. Die Klage ist unbegründet.

I. Es kann dahinstehen, ob der Arbeitsvertrag der Parteien gegen ein gesetzliches Verbot iSd. § 134 BGB verstößt (*so Ulber AuR 2004, 470*).



1. Ein Arbeitsvertrag, der gegen die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes verstößt, kann nach § 134 BGB nichtig sein (*BAG 19. Juni 1959 - 1 AZR 565/57 - BAGE 8, 47; 14. Dezember 1967 - 5 AZR 74/67 - AP AZO § 1 Nr. 2; LAG Nürnberg 19. September 1995 - 2 Sa 429/94 - LAGE § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis Nr. 1; Schliemann/Meyer Arbeitszeitrecht 2. Aufl. Rn. 90 ff.; Buschmann/Ulbe ArbZG § 1 Rn. 12 ff.; Baeck/Deutsch ArbZG 2. Aufl. Einführung Rn. 52 ff.; Zmarzlik/Anzinger ArbZG § 1 Rn. 22*).

2. Allerdings spricht im vorliegenden Fall gegen die Nichtigkeit des Vertrages, dass die nach dem Vertrag geschuldete Tätigkeit an Sonntagen als solche nicht gegen § 9 Abs. 1 ArbZG verstößt. Sie unterfällt vielmehr der Ausnahmeregelung des § 10 Abs. 1 Nr. 8 ArbZG (Austragen von Presseerzeugnissen). Es handelt sich also um an sich erlaubte Tätigkeit. Auch die Vorschriften der §§ 3 bis 8 ArbZG (vgl. § 11 Abs. 2 ArbZG) werden nicht verletzt. Die Beklagte kann lediglich die an die Sonntagsarbeit anknüpfende Pflicht zur Gewährung des Ersatzruhetages nicht erfüllen.

3. Selbst wenn jedoch von der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages auszugehen wäre, könnte die Klage keinen Erfolg haben, weil der hier gestellte Kündigungsschutzantrag bereits dann der Abweisung unterliegt, wenn im Zeitpunkt des Kündigungszugangs zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis besteht (vgl. *BAG 27. September 2001 - 2 AZR 389/00 - AP 1969 KSchG 1969 § 9 Nr. 41 = EzA ZPO § 322 Nr. 13*).

II. Ist der Arbeitsvertrag der Parteien wirksam zustande gekommen, so ist die Klage deshalb unbegründet, weil die Kündigung nicht sozialwidrig im Sinne des § 1 KSchG, sondern durch Gründe in der Person der Klägerin gerechtfertigt ist.

1. Als personenbedingte Gründe, die eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen können, sind solche Umstände anzuerkennen, die auf einer in den persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften des Arbeitnehmers liegenden „Störquelle“ beruhen (*BAG 13. März 1987 - 7 AZR 724/85 - BAGE 54, 248*). Eine personenbedingte Kündigung kann sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Sphäre liegen, jedoch nicht von ihm verschuldet sein müssen, zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht mehr in der Lage ist. In diesen Fällen liegt in der Regel eine schwere und dauerhafte Störung des Austauschverhältnisses vor, der der Arbeitgeber, wenn keine anderweitige Beschäftigung möglich ist, mit einer ordentlichen Kündigung begegnen



kann (BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 48 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62).

2. Dementsprechend kann eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers gerechtfertigt sein, wenn für den Arbeitnehmer ein Beschäftigungsverbot besteht (BAG 31. Januar 1996 - 2 AZR 68/95 - BAGE 82, 139: Verlust der Fluglizenz; 7. Februar 1990 - 2 AZR 359/89 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 14 Personenbedingte Kündigung = EzA KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 8: Fehlen der Arbeitserlaubnis; 26. Januar 1989 - 2 AZR 318/88 - RzK I 5h Nr. 8: luftfahrtrechtliches Beschäftigungsverbot; 11. Dezember 1987 - 7 AZR 709/85 - RzK I 5h Nr. 4: Fehlen der schulaufsichtsrechtlichen Genehmigung; ArbG Kaiserslautern 22. November 1984 - 5 Ca 139/84 - ARST 1986, 170: seuchenrechtliches Beschäftigungsverbot; Stahlhake/Vossen/Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1207; HaKo-Gallner 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 467; KR-Etzel 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 290 - 293; APS-Dörner Kündigungsrecht 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 245 ff; *allgem. Auffassung*). Wenn der Arbeitgeber durch die Beschäftigung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, kann er vertraglich nicht zur Entgegennahme der angebotenen Arbeitsleistung gezwungen sein. Das Gleiche gilt, wenn nicht die Beschäftigung mit der vertraglich geschuldeten Tätigkeit selbst gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wohl aber der Arbeitgeber aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat und die in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen, gesetzliche Verpflichtungen, die mit der Beschäftigung verbunden sind, nicht erfüllen kann. Auch in diesem Fall besteht ein Beschäftigungshindernis.

a) So liegt der Fall hier. Die Nichtgewährung von Ersatzruhetagen würde gegen § 11 Abs. 3 ArbZG verstoßen. Die Beklagte kann der Klägerin keinen Ersatzruhetag gewähren, weil die Klägerin in dem weiteren Arbeitsverhältnis von montags bis samstags arbeitet. Das weitere Arbeitsverhältnis kann insoweit nicht, wie die Revision meint, außer Betracht bleiben.

b) Zwar ordnet § 2 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. ArbZG lediglich die Zusammenrechnung von Arbeitszeiten bei mehreren Arbeitgebern, nicht aber von Sonntagen und Ersatzruhetagen an. Der in § 2 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. ArbZG zum Ausdruck gebrachte Gedanke des vom einzelnen Arbeitsverhältnis losgelösten und insoweit „absoluten“ Gesundheitsschutzes gilt aber auch für die Regelungen über die Sonntagsarbeit. Die Verpflichtung zur Gewährung eines Ersatzruhetages bedeutet, dass der Arbeitnehmer



an diesem Tag überhaupt keine Arbeit im Rahmen irgendeines Arbeitsverhältnisses erbringen darf. Es reicht deshalb nicht aus, dass der Arbeitgeber, bei dem die - ausnahmsweise gestattete - Sonntagsarbeit geleistet wird, vom Arbeitnehmer an einem Werktag keine Arbeitsleistung abfordert. Das ergibt die Auslegung des § 11 Abs. 3 ArbZG.

aa) Grundsätzlich dürfen nach § 9 Abs. 1 ArbZG Arbeitnehmer an Sonntagen nicht beschäftigt werden. Dieses Beschäftigungsverbot erfährt allerdings für eine Reihe von Tätigkeiten Ausnahmen. Der in diesen Fällen nach § 11 Abs. 3 ArbZG zu gewährende arbeitsfreie Tag soll den Arbeitnehmern einen Ersatz für den arbeitsfreien Sonntag gewähren. Zweck des Beschäftigungsverbots an Sonntagen ist es nach § 1 Nr. 2 ArbZG, den Sonntag als Tag „der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung der Arbeitnehmer zu schützen“. Dieser sozialpolitische Schutzzweck, bei dem der Gesundheitsschutz im Vordergrund steht (*vgl. schon zu § 105b GewO aF: RG 28. Oktober 1932 - II 59/32 - RGZ 138, 219; zum kirchenpolitischen Zweck und zum Ziel der sozialen Harmonisierung vgl. Kuhr DB 1994, 2186*) und der bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes zu berücksichtigen ist (*Kufer in AR-Blattei SD 240 Arbeitszeit Rn. 25; Stückmann DB 1998, 1462*), kann nur erreicht werden, wenn der Sonntag bzw. der Ersatzruhetag von Erwerbsarbeit gänzlich frei gehalten wird. Das entspricht der Konzeption und dem Zweck des ArbZG, das mit der Anordnung des Beschäftigungsverbots dem Grundgesetz folgt (Art. 140 GG, Art. 139 WRV). Das Arbeitszeitgesetz und Art. 5 EG-Arbeitszeitrichtlinie (*RL 93/104 EG; Kufer in AR-Blattei SD 240 Arbeitszeit Rn. 233; Henssler/Willemsen/Kalb-Gäntgen Arbeitsrecht § 1 ArbZG Rn. 1*) gehen von der Sechs-Tage-Woche aus. Auch Art. 5 Abs. 1 der EG-Arbeitszeitrichtlinie verlangt ausdrücklich eine wöchentliche Mindestruhezeit von 24 Stunden (*vgl. Zmarzlik/Anzinger ArbZG § 11 Rn. 24*). Der Arbeitnehmer, der Sonntags arbeitet, soll wenigstens einen arbeitsfreien Tag in der Woche haben (*BAG 12. Dezember 2001 - 5 AZR 294/00 - BAGE 100, 124; BT-Drucks. 12/5888 S. 22, 23, 30*).

bb) Es geht bei den Vorschriften über die Sonntagsarbeit nicht, wie die Revision meint, um die vertragliche Arbeitspflicht (*folglich auch nicht um die Vergütung, vgl. BAG 12. Dezember 2001 - 5 AZR 294/00 - BAGE 100, 124*), sondern um die Arbeit selbst und um eine institutionelle Garantie des Sonntags (*ErfK-Wank 5. Aufl. § 1 ArbZG Rn. 9 ff.; Schliemann/Meyer, Arbeitszeitrecht 2. Aufl. Rn. 40; ausführlich Baeck/Deutsch ArbZG 2. Aufl. § 9 Rn. 3; vgl. für § 10 ArbZG: Zmarzlik DB 1994,*



1082 ff.). Der Arbeitgeber darf die Sonntagsarbeit weder dulden (*BayObLG 17. September 1981 - 3 Ob OWi 132/81 - AP Nr. 27 zu § 3 LSchIG*), noch kann der Arbeitnehmer auf die Arbeitsruhe verzichten (*Erf-Wank § 9 ArbZG Rn. 1; Kufer in AR-Blattei SD 240 Arbeitszeit Rn. 238; vgl. schon: Hueck/Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts 6. Aufl. § 79 IV*). Es handelt sich um ein objektives Verbot, das durch § 11 Abs. 3 ArbZG auf den Ersatzruhetag erstreckt wird.

cc) Soweit die Klägerin geltend gemacht hat, sie werde in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt, stimmt der Senat ihr nicht zu. Zwar beschränkt § 11 Abs. 3 ArbZG die Berufsausübung. Das gesetzgeberische Ziel, die Arbeitsruhe an Sonn- und Feiertagen zu schützen, ist jedoch nicht zu beanstanden. Vielmehr ist der Gesetzgeber nach Art. 140 GG iVm. Art. 139 WRV verfassungsrechtlich zum Schutz der Sonntagsruhe verpflichtet (*vgl. hierzu Kuhr DB 1994, 2186*). Mit Rücksicht auf diesen Schutzauftrag gilt die Arbeit an Sonn- und Feiertagen ganz allgemein als Ausnahme (*vgl. §§ 105a bis 105j GewO aF, BVerfG 9. Juni 2004 - 1 BvR 636/02 – AP GG Art. 12 Nr. 135*). Dies wurde vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt (*BVerfG 17. November 1992 - 1 BvR 168/89, 1 BvR 1509/89, 1 BvR 638/90, 1 BvR 639/90 - BVerfGE 87, 363*). In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Ladenschlussgesetzes hat das BVerfG (*9. Juni 2004 - 1 BvR 636/02 - aaO*) auf den weiten Spielraum des Gesetzgebers hingewiesen und die Vereinbarkeit von § 11 Abs. 3 ArbZG mit Art. 12 GG vorausgesetzt.

dd) Die gesetzliche Vorschrift kann auch nicht, wie die Revision meint, dahin ausgelegt werden, dass § 11 Abs. 3 ArbZG nur dann gälte, wenn durch die Sonntagsarbeit die wöchentlich höchstzulässige Arbeitszeit überschritten wird. Das hat schon das Landesarbeitsgericht zu Recht verneint. Nach der Vorstellung des Gesetzes soll die Gesundheit des Arbeitnehmers sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch der Lage der Arbeitszeit geschützt werden. Außerdem dienen die Vorschriften über die Sonntagsruhe eigenen, verfassungsrechtlich geschützten Zielen. Diese Schutzziele stehen neben den Zwecken, die das Arbeitszeitgesetz mit der Begrenzung der Arbeitszeit verfolgt (*vgl. zu den verschiedenen Schutzzwecken und ihrem Verhältnis zueinander: Schlie-mann/Meyer Arbeitszeitrecht 2. Aufl. Rn. 33 ff.*). Das zeigt auch § 11 Abs. 2 ArbZG, der die Arbeitszeitgrenzen der §§ 3 bis 8 ArbZG neben den Vorschriften über die Sonntagsruhe für entsprechend anwendbar erklärt. Die Vorschriften über die Sonntagsruhe müssen unabhängig davon eingehalten werden, dass auch der Umfang der Arbeitszeit den gesetzlichen Vorschriften entsprechen muss.



C. Die Kosten der erfolglos gebliebenen Revision fallen der Klägerin nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last.

Rost

Eylert

Schmitz-Scholemann

Dr. Roeckl

K. Schierle



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)