

452

Aktenzeichen: 2 AZR 537/88

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 24. Mai 1989
- 2 AZR 537/88 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 9. April 1987
Frankfurt am Main - 5 Ca 464/86 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 20. Juli 1988
Frankfurt am Main - 8 Sa 757/87 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Fristlose Kündigung - Streit über variable Arbeitszeit

Gesetz: BGB §§ 626, 273; BeschFG 1985 Art. 1 § 4; BetrVG 1972
§ 87 Arbeitszeit, § 102

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 537/88

8 Sa 757/87 Frankfurt am Main

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Mai 1989

Urteil

Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 1989 durch den Richter Triebfürst als Vorsitzenden, die Richter Ascheid und Bitter sowie die ehrenamtlichen Richter Timpe und Dr. Bächle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 20. Juli 1988 - 8 Sa 757/87 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung der Beklagten. Sie sind sich darüber einig, daß das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis spätestens zum 30. September 1988 geendet hat.

Der bei Klageerhebung 35 Jahre alte, ledige Kläger arbeitete seit dem 22. März 1982 als Sprachtrainer für Englisch in der von der Beklagten betriebenen Sprachschule. Bis zu dessen Neuwahl am 30. September 1986 war er Mitglied des Betriebsrats. Die Beschäftigung erfolgte zuletzt aufgrund eines Arbeitsvertrages vom



- 3 -

21. September 1983, der - soweit für den vorliegenden Rechtsstreit von Bedeutung - wie folgt lautet:

II.

- 1) Die Lehrkraft stellt sich pro Woche für 36 Perioden (jeweils 45 Minuten einschließlich einer Pause von 5 Minuten) Unterricht zur Verfügung. Der Zeitraum, innerhalb dessen die Unterrichtsperioden zu geben sind (Verfügbarkeit), wird gemeinsam in dem anliegenden Verfügbarkeitsplan festgelegt.
- 2) Innerhalb ihrer Verfügbarkeitszeit ist die Lehrkraft auf Verlangen der Sprachschule verpflichtet, mindestens 62 Unterrichtsperioden pro Monat zu geben. Zusätzliche Unterrichtsperioden sind freiwillig.

...

Der Stundenplan wird von der Sprachschule festgelegt.

- 3) Der Stundenplan für den folgenden Tag wird täglich neu bis 16.00 Uhr festgelegt. Für den Montag wird der Stundenplan bis Freitag - 16.00 Uhr festgelegt. Werden Unterrichtsperioden am Tage des vorgesehenen Unterrichts oder nach 16.00 Uhr des Vortages vom Schüler abgesagt, werden diese der Lehrkraft bezahlt. Falls die Lehrkraft anstelle der abgesagten Perioden andere Unterrichtsperioden gibt, wird sie auch für diese bezahlt. Es ist die Aufgabe der Lehrkraft, sich mit der Sprachschule nach 16.00 Uhr in Verbindung zu setzen, um ihren Stundenplan für den folgenden Tag zu erhalten.

IV.

Die Sprachschule garantiert ein monatliches Mindesteinkommen wie folgt:

- 1) ...
- 2) Nach der Probezeit erhöht sich die Vergütung für jede gegebene Unterrichtsperiode auf DM 13,40 brutto, jedoch monatlich auf nicht weniger als DM 830,80 brutto.
- 3) Jede gegebene, freiwillige Unterrichtsperiode (gemäß § II, 2) wird mit einem Zuschlag von DM -,50 bezahlt.

In dem gem. Ziff. II 1 des Vertrages vereinbarten Verfügbar-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

keitsplan waren für jeden Tag alle möglichen Anfangszeiten der Unterrichtseinheiten zwischen 8 und 20.50 Uhr aufgelistet. Als Verfügbarkeitszeiten des Klägers waren die Unterrichtseinheiten mit folgenden Anfangszeiten gekennzeichnet:

montags	17.10 Uhr bis 19.20 Uhr	(4)
dienstags	14.00 Uhr bis 19.20 Uhr	(8)
mittwochs	12.30 Uhr bis 20.10 Uhr	(10)
donnerstags	18.40 Uhr bis 20.50 Uhr	(4)
freitags	17.10 Uhr bis 19.20 Uhr	(4)
samstags	8.00 Uhr bis 11.45 Uhr	(6)

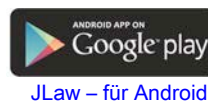
		36

Mit Schreiben vom 3. Januar 1986 verlangte der Kläger von der Beklagten u.a., ihn künftig für jeweils mindestens drei aufeinanderfolgende Stunden bzw. vier Unterrichtseinheiten pro Arbeitstag einzuteilen und ihm die Lage der Arbeitszeit mindestens vier Tage im voraus anzukündigen. Er begründete dieses Anliegen mit dem für Altverträge seit dem 1. Januar 1986 geltenden § 4 BeschFG. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 17. Januar 1986 eine entsprechende Handhabung ab.

Nachdem zwischenzeitlich Verhandlungen des Gesamtbetriebsrates mit der Beklagten hierüber zu keinem Ergebnis geführt hatten, wandte sich der Kläger am 10. Juni 1986 erneut an die Beklagte. Er kündigte an, in der Folge nur noch Arbeitsanweisungen zu beachten, die die von ihm gestellten Anforderungen erfüllten. Gleichzeitig bat er die Beklagte um schriftliche Bestätigung ihrer Bereitschaft, ihm die Lage der Arbeitszeit vier Tage im voraus mitzuteilen sowie § 4 Abs. 3 BeschFG (Mindestarbeitszeit von drei Stunden) zu beachten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

- 5 -

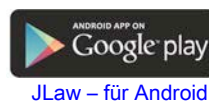
Auf die Bitte der Beklagten vom 23. Juni, sich im Hinblick auf eine bevorstehende Stellungnahme des Gesamtbetriebsrates bis zum 11. Juli 1986 zu gedulden, reagierte der Kläger am 24. Juni mit der Ankündigung, bis auf weiteres von seinem Recht gem. § 4 BeschFG Gebrauch zu machen.

Seit dem 1. Juli 1986 befindet sich der Kläger aufgrund eines Arbeitsvertrages vom 26. Juni 1986 zusätzlich in einem Vollzeitverhältnis mit der Firma D . Die Arbeitszeit ist dort durch Betriebsvereinbarung wie folgt geregelt: Bei gleitender Arbeitszeit gilt eine Kernarbeitszeit von 9 Uhr bis 15.30 Uhr. In Ausnahmefällen ist mit Zustimmung des Vorgesetzten auch eine Abwesenheit während der Kernarbeitszeit möglich (Ziff. 2.6). Außerdem kann in jedem Monat Freizeit von zweimal vier Stunden in Anspruch genommen werden (Ziff. 5.1).

Am 3. Juli bat die Beklagte um ein persönliches Gespräch am 8. oder 10. Juli, weil der Kläger seit Tagen den Stundenplan nicht abgefragt habe. Mit Schreiben vom 7. Juli erklärte der Kläger sich lediglich bereit, zu einem späteren Zeitpunkt ein Gespräch im Beisein eines Vertreters der GEW zu führen, wobei er darauf verwies, nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zur Arbeitsleistung bereit zu sein. Am 8. Juli kündigte die Beklagte daraufhin an, alle Gehaltszahlungen bis auf weiteres einzustellen, weil der Kläger nach wie vor seinen Stundenplan nicht abgefragt habe.



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



- 6 -

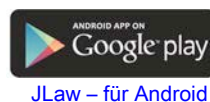
In einem weiteren Schreiben vom 16. Juli 1986 wiederholte die Beklagte ihre Ansicht, das BeschFG finde auf das Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. Sie erklärte sich jedoch bereit, jedem Mitarbeiter soweit wie möglich entgegenzukommen. Der Kläger sollte demgemäß ab Montag, dem 28. Juli, zu folgenden Zeiten arbeiten: Montag 17.10 Uhr (4), Dienstag 14 Uhr (8), Mittwoch 14 Uhr (8). Sollten keine Stunden zu den angegebenen Zeiten angeboten werden können, sollte diese Zeit als unproduktive Lehrzeit (UPLZ) vergütet werden. Zusätzlich zu den genannten Terminen solle der Kläger am 24. und 31. Juli jeweils von 18.40 Uhr bis 21.30 Uhr Unterricht erteilen.

In seinem Brief vom 19. Juli führte der Kläger aus, die einseitige Festlegung der Arbeitszeit für den 24. Juli von 18.40 Uhr bis 21.30 Uhr sei aus mehreren Gründen rechtswidrig. Erstens betrage die vorgesehene Arbeitszeit nur zwei Stunden und 50 Minuten; zweitens seien Mitwirkungsrechte des Betriebsrats verletzt. Eine Betriebsvereinbarung, die seine persönliche Arbeitszeit regele, existiere nicht. Er werde der Arbeitsanweisung nicht folgen. Die Dauer der im übrigen für ihn vorgesehenen Arbeitszeit sei dem Schreiben nicht zu entnehmen. Der Ankündigung der Beklagten, auch ausgefallene Unterrichtseinheiten ggf. zu vergüten, hielt er entgegen, er habe Anspruch auf vernünftige Arbeit während seiner Arbeitszeit. Außerdem dürfe er gegenüber seinen Kollegen, die zum Teil um vorhandene Stunden konkurrierten, nicht bevorzugt werden. Er bestehe darauf, gleich behandelt zu werden. Schließlich wolle er als Betriebsrat die Chancen seiner Liste bei der nächsten Wahl nicht beeinträchtigen. Darüber hinaus verlangte

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

- 7 -

er Verzugslohn in Höhe von 1.067,92 DM für die Zeit vom 26. Juni bis 19. Juli 1986.

Mit Schreiben vom 21. Juli 1986 erläuterte die Beklagte dem Kläger die ab 28. Juli geplante Arbeitszeitregelung. Sie verwies darauf, es handele sich um mindestens vier zusammenhängende Unterrichtsperioden à 40 Minuten nebst bezahlter Pause von jeweils fünf Minuten, also um drei Zeitstunden. Erteile der Kläger den Unterricht am 24. Juli nicht, werde sie daraus arbeitsrechtliche Konsequenzen herleiten.

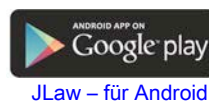
Nachdem der Kläger am 24. Juli 1986 nicht erschienen war, drohte ihm die Beklagte am folgenden Tag an, sie werde von seinem mangelnden Interesse an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausgehen, wenn er auch zu den folgenden Unterrichtseinheiten nicht erscheine.

In seiner Antwort vom 26. Juli 1986 wiederholte der Kläger seine Einwände, die Arbeitszeit am 31. Juli 1986 solle nur zwei Stunden und 50 Minuten betragen und die genaue zeitliche Lage seiner Arbeit sei unklar.

Nachdem der Kläger weder zu der Unterrichtseinheit am 31. Juli 1986 noch zu seinen regelmäßigen Einsätzen ab 28. Juli 1986 erschienen war, bat die Beklagte ihren Betriebsrat mit Schreiben vom 8. August 1986 um Zustimmung zur fristlosen Entlassung des Klägers. Der Betriebsrat lehnte die Zustimmung am 11. August 1986 ab. Das von der Beklagten eingeleitete Zu-



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



- 8 -

stimmungsersetzungsverfahren (Beiakte ArbG Frankfurt am Main - 5 BV 16/86 - bzw. LAG Frankfurt am Main - 4 TaBV 63/87 -) endete am 23. Februar 1988 mit der rechtskräftigen Zurückweisung des Ersetzungsantrages durch das Landesarbeitsgericht, da das Rechtsschutzbedürfnis für die Ersetzung durch das Ausscheiden des Klägers aus dem Betriebsrat zum 1. Oktober 1986 entfallen sei.

Mit Einschreiben vom 26. September 1986 teilte die Beklagte dem Kläger mit, er sei bis auf weiteres für die bereits im Schreiben vom 16. Juli 1986 genannten Unterrichtseinheiten von Montag bis Mittwoch eingeteilt. Sie erwarte ihn ab Montag, dem 6. Oktober zur Arbeit. Die vom Kläger erhobenen Gehaltsforderungen wies sie zurück.

Da der Kläger auch weiterhin der Arbeit fernblieb, bat die Beklagte den Betriebsrat mit Schreiben vom 30. September erneut um die Zustimmung zur fristlosen Kündigung. Diesen Antrag lehnte der am gleichen Tag neu gewählte Betriebsrat, dem der Kläger nicht mehr angehörte, in seiner konstituierenden Sitzung am 2. Oktober 1986 wiederum ab.

Mit Schreiben vom 3. Oktober 1986 teilte der Kläger der Beklagten nochmals seine Haltung mit, Lage und Dauer der Arbeitszeit seien für ihn nicht erkennbar, und gab an, im übrigen mache er von seinem Zurückbehaltungsrecht wegen rückständiger Gehaltsforderungen in Höhe von 1.973,12 DM brutto Gebrauch.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

- 9 -

Mit Schreiben vom 8. Oktober 1986, dem die Briefe der Parteien vom 26. September bzw. 3. Oktober 1986 beigelegt waren, unterrichtete die Beklagte den Betriebsrat über ihre Absicht, den Kläger fristlos zu entlassen. Der Betriebsrat widersprach der Kündigung am 9. Oktober 1986.

Nachdem die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 9. Oktober 1986 erneut zur Erteilung der ihm bereits zugewiesenen Unterrichtseinheiten aufgefordert und der Kläger dieses Angebot mit Schreiben vom 13. Oktober 1986 abermals zurückgewiesen hatte, sprach die Beklagte mit Schreiben vom 15. Oktober 1986, das dem Kläger am gleichen Tag zuging, die beabsichtigte fristlose Kündigung "wegen Nichtaufnahme der Arbeit am 24. Juli, 28. Juli, 17. September bzw. 6. Oktober d. J." aus.

Gegen diese Kündigung wendet sich der Kläger mit der am 3. November 1986 bei Gericht eingegangenen Feststellungsklage. Er hat geltend gemacht, der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß angehört worden. Die beabsichtigte Kündigung sei entgegen der zwischen der Beklagten und dem Betriebsrat getroffenen Betriebsvereinbarung III nicht schriftlich angezeigt worden. Die Mitteilung der Schreiben vom 26. September und 3. Oktober 1986 habe nicht ausgereicht, um den Betriebsrat umfassend darüber zu informieren, welche Arbeitsverweigerung ihm im einzelnen vorgeworfen werde. Bei Ausspruch der Kündigung habe noch keine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats vorgelegen. Auch habe die Beklagte ihm nach Einleitung des Anhörungsverfahrens erneut zur Arbeitsleistung aufgefordert, ohne dies und seine erneute Ablehnung in das Anhörungsverfahren einzubeziehen.



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



- 10 -

Es fehle auch an einem wichtigen Grund für die Kündigung. Die Arbeitsaufforderungen der Beklagten seien nicht nachvollziehbar gewesen, da unklar geblieben sei, ob die angegebenen Unterrichtseinheiten hätten hintereinander erteilt oder durch Freistunden unterbrochen werden sollen. In die Unterrichtsplanung sei er trotz der Aufforderungen der Beklagten nicht mehr einbezogen worden. In seinem Schreiben vom 13. Oktober 1986 habe er zwar seine Kritik an dem Vorgehen der Beklagten aufrechterhalten, jedoch keine weitere Weigerung angekündigt. Die Arbeitsanweisungen der Beklagten seien auf unmögliche Leistungen gerichtet gewesen, da dienstags und mittwochs ab 14 Uhr bei der Beklagten nur Vollzeitlehrer arbeiteten. Die ihm zugeteilten Unterrichtseinheiten seien durch einen anderen Sprachtrainer belegt gewesen. Schließlich stelle seine anderweitige Tätigkeit keinen Pflichtverstoß dar, weil er im Hinblick auf den geringen Garantieverdienst bei der Beklagten seinen Lebensunterhalt habe sichern müssen. Eine Absprache mit seinem neuen Arbeitgeber erlaube es ihm, der Beklagten zu den vereinbarten Zeiten zur Verfügung zu stehen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 15. Oktober 1986 nicht aufgelöst worden sei und über den 15. Oktober 1986 hinaus bis 30. September 1988 fortbestanden habe.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 11 -

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat vorgetragen, der gesamte Sachverhalt einschließlich des vorprozessualen Schriftwechsels sei mit dem Betriebsrat bereits vor der eigentlichen Anhörung erörtert worden. Der Betriebsrat sei auch mündlich über das weitere Arbeitsverhältnis des Klägers unterrichtet worden. Die Betriebsvereinbarung III schreibe für das Anhörungsverfahren nur die Benutzung der Formulare vor, auf denen diese auch erfolgt sei. Der Betriebsrat sei durch die Zustimmungsverfahren, in deren Rahmen ihm die gesamte Korrespondenz der Parteien vorgelegen habe, ausreichend informiert gewesen.

Die Arbeitsverweigerung des Klägers stelle einen wichtigen Grund zur Kündigung dar. Außerdem sei dem Kläger durch den Abschluß eines weiteren Arbeitsverhältnisses die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung unmöglich.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und nach den Klageanträgen entschieden. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, um deren Zurückweisung der Kläger bittet.



E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet.

Das angefochtene Urteil war aufzuheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, ein wichtiger Grund für die Entlassung des Klägers sei nicht gegeben, da er die Arbeitsleistung nicht unberechtigt verweigert, sondern vielmehr von einem Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB Gebrauch gemacht habe.

Die Tätigkeit des Klägers erfülle die Voraussetzungen der variablen Arbeitszeit nach § 4 BeschFG. Die Beklagte sei daher verpflichtet, ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils vier Tage im voraus anzuzeigen. Die grundsätzliche Weigerung der Beklagten, die zugunsten ihres Lehrpersonals bestehende Schutzvorschrift des § 4 Abs. 2 BeschFG zu beachten, habe die Zurückhaltung der Arbeitsleistung durch den Kläger gerechtfertigt. Angesichts der starren Haltung der Beklagten in dieser Angelegenheit könne dem Kläger auch nicht vorgehalten werden, daß er am 1. Juli 1986 eine anderweitige Vollzeitbeschäftigung aufgenommen habe.

Daß die Beklagte mit ihren Einteilungen vom 16. Juli 1986 und später die viertägige Mitteilungsfrist eingehalten habe, habe den Kläger nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Da die Beklagte ihren Rechtsstandpunkt zu keinem Zeitpunkt aufgeben



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 13 -

habe, habe der Kläger auch weiterhin damit rechnen müssen, zur Arbeitsleistung ohne die gesetzlich vorgesehene Ankündigungsfrist aufgefordert zu werden. Es sei daher nicht zu beanstanden, wenn der Kläger mit Schreiben vom 3. Oktober 1986 die weitere Zurückbehaltung seiner Arbeitskraft bis zur ordnungsgemäßen Festlegung seiner Arbeitszeit angekündigt habe.

II. Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden.

Die Prüfung, ob eine Kündigung durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt ist, unterliegt nur einer eingeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Im Revisionsverfahren ist zu prüfen, ob der Tatrichter den Begriff des wichtigen Grundes als solchen richtig erkannt hat, d.h. ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden, und ob bei der weiter erforderlichen Interessenabwägung alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände daraufhin geprüft worden sind, ob es durch sie dem Kündigenden unzumutbar geworden ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Vertragsende fortzusetzen (BAGE 2, 207, 211 = AP Nr. 5 zu § 626 BGB, zu II der Gründe; BAGE 24, 401, 407 = AP Nr. 65 zu § 626 BGB, zu III 1 der Gründe; Senatsurteil vom 25. Oktober 1984 - 2 AZR 417/83 - AP Nr. 3 zu § 273 BGB, zu II 1 der Gründe; KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 285). Auch dieser beschränkten Überprüfung hält das angefochtene Urteil nicht stand.



1. Das Berufungsgericht hat zwar nicht verkannt, daß eine beharrliche Arbeitsverweigerung grundsätzlich einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB für die außerordentliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses darstellen kann (BAG, Urteile vom 14. Oktober 1960 - 1 AZR 254/58 - AP Nr. 24 zu § 123 GewO; vom 7. Juli 1970 - 1 AZR 505/69 - AP Nr. 58 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, zu 1 b der Gründe; KR-Hillebrecht, aaO, Rz 307; MünchKomm-Schwerdtner, BGB, 2. Aufl., § 626 Rz 81; Rohlfsing/Rewolle/Bader, KSchG, Stand Januar 1988, Anh. 1, § 626 BGB Anm. 3; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 385, 486; Becker-Schaffner, BlStSozArbR 1982, 145).

2. Die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, eine Arbeitsverweigerung komme im vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil der Kläger zur Erteilung des ihm zugeteilten Unterrichts nicht verpflichtet gewesen sei, ist jedoch unzutreffend. Aufgrund der vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen steht fest, daß der Kläger grundlos die Arbeitsleistung verweigert hat. Dies gilt auch dann, wenn Art. 1 des BeschFG auf das Vertragsverhältnis Anwendung findet.

a) Es kann daher dahingestellt bleiben, ob vorliegend eine Teilzeitbeschäftigung im Sinne von Art. 1 § 2 Abs. 2 BeschFG vorlag und ist nicht entscheidungserheblich, ob Art. 1 § 4 Abs. 2 BeschFG auch auf Vollzeitarbeitsverhältnisse mit variabler Arbeitszeit anzuwenden ist (vgl. Löwisch, BB 1985, 1200, 1204; Malzahn, AuR 1985, 386, 388, Fn 24).



b) Die Beklagte hat sich jedenfalls ab ihrem Schreiben vom 16. Juli 1986 tatsächlich an die Regelung des Art. 1 § 4 BeschFG gehalten, so daß der Kläger nicht unter Berufung auf Art. 1 § 4 Abs. 2 BeschFG seine Arbeitsleistung zurückhalten durfte. Es sind auch keine Tatsachen festgestellt, die den Schluß zulassen, die Beklagte werde in Zukunft anders verfahren, wobei der Kläger im übrigen die Möglichkeit gehabt hätte, in einem solchen Falle bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses die Frage durch gerichtliche Feststellung klären zu lassen.

Die in Art. 1 § 4 Abs. 2 BeschFG dem Arbeitnehmer eingeräumte Möglichkeit, nicht zu leisten, setzt allein das Nichtvorliegen der dort genannten Tatsachen voraus. Die Vorschrift verlangt nicht, daß der Arbeitgeber eine ausdrückliche Erklärung dahingehend abgibt, er befolge mit seiner Vorausmitteilung Bestimmungen des Beschäftigungsförderungsgesetzes (vgl. hierzu auch BAG Urteil vom 8. Dezember 1988 - 2 AZR 308/88 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

Die Beklagte hat zum Anlaß für die streitgegenständliche Kündigung allein die Arbeitsverweigerung des Klägers am 24. und 28. Juli, am 17. September sowie am 6. Oktober genommen. Aus dem gesamten Vorbringen der Beklagten, insbesondere der Tatsache, daß sie den Kläger noch kurz vor der Kündigung erneut zur Arbeit aufgefordert hat, ergibt sich, daß der eigentliche Kündigungsgrund die fortgesetzte Weigerung des Klägers war, den ihm zugeteilten Unterricht zu erteilen. Die Mitteilung vom 16. Juli genügte den Erfordernissen, die Art. 1 § 4 Abs. 2 BeschFG aufstellt.



aa) Sie erfolgte fristgemäß. Da der Kläger bereits mit Schreiben vom 19. Juli antwortete, ist von einem Zugang spätestens an diesem Tag, also mehr als vier Tage vor der ersten Unterrichtseinheit am 24. Juli 1986, auszugehen.

bb) Der Einwand des Klägers, die Einteilung für den 24. bzw. 31. Juli habe nur Zeiträume von jeweils zwei Stunden und 50 Minuten umfaßt, ist schon aus Rechtsgründen unerheblich.

Eine Unterschreitung der in § 4 Abs. 3 BeschFG vorgesehenen Mindestabrufdauer von drei Stunden begründet nach allgemeiner Ansicht kein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers, sondern lediglich einen Vergütungsanspruch für eine der Mindestdauer entsprechende Tätigkeit (Düttmann/Hinrichs/Kehrmann/Oberhofer, AiB 1985, 67, 72; Halbach, BeschFG 1985, S. 49; Rosenfelder, BeschFG 1985, S. 55; Hanau, RdA 1987, 25, 28; Lorenz/Schwedes, DB 1985, 1077, 1080; Wlotzke, NZA 1984, 217, 219; Malzahn, AuR 1985, 386, 389 f.; Mager/Winterfeld/Göbel/Sulmann, BeschFG 1985, Rz 295; Amtliche Begründung, BT-Drucks. 10/2102 S. 25). Das ergibt sich aus einem Vergleich mit Abs. 2, der ein solches Recht ausdrücklich vorsieht. Durch die Mindestdauer von drei Stunden soll ein Mißverhältnis von Arbeitsverdienst und Aufwand (Fahrzeit und Kosten) vermieden werden (vgl. Amtliche Begründung, aaO). Dieser Zweck wird bereits durch die Gewährleistung eines Vergütungsanspruches entsprechend der Mindestdauer erreicht.



Die Einteilung hinsichtlich des 24. bzw. 31. Juli 1986 betraf zudem aber auch tatsächlich Zeiträume von jeweils drei Stunden. Sowohl aus dem Arbeitsvertrag der Parteien (Abs. II 1), als auch aus der die Arbeitszeit regelnden Gesamt-Betriebsvereinbarung II vom 17. Februar 1984 geht hervor, daß eine Unterrichtseinheit bei der Beklagten aus 40 Minuten effektiver Unterrichtszeit und fünf Minuten bezahlter Pause besteht. Die Einteilung für vier Unterrichtseinheiten betrifft also einen Zeitraum von genau drei Zeitstunden. Die Art der Mitteilung der Beklagten beruht darauf, daß sie die zusammengefaßten Pausen für die letzten beiden Unterrichtseinheiten nicht mitgerechnet hat. Für den Kläger war dies ohne weiteres erkennbar. Das ergibt sich bereits aus seinem Schreiben vom 3. Januar 1986, in dem er die Beklagte ausdrücklich aufforderte, ihn "für jeweils drei aufeinanderfolgende Stunden bzw. vier Unterrichtseinheiten" einzusetzen.

cc) Auch hinsichtlich der dem Kläger mit Wirkung vom 28. Juli 1986 regelmäßig zugeteilten Unterrichtseinheiten ist die Mitteilung nicht zu beanstanden.

Für den Kläger war ohne weiteres zu erkennen, daß die für Montag bis Mittwoch genannten Uhrzeiten den Beginn der ersten Unterrichtseinheit und die in Klammern gesetzten Zahlen die Anzahl der Unterrichtseinheiten an den jeweiligen Tagen kennzeichnen sollten. Bereits in dem zwischen den Parteien vereinbarten Verfügbarkeitsplan findet sich eine ähnliche Darstellung. Der Einwand des Klägers, er habe nicht erkennen können, ob er den Unterricht zusammenhängend oder durch Freistunden unterbrochen ertei-



len sollte, wird durch das Angebot der Beklagten entkräftet, etwaige Freistunden als UPLZ zu vergüten. Der Klarstellung seitens der Beklagten vom 21. Juli 1986, die letzte Zweifel beseitigte, hätte es daher gar nicht mehr bedurft.

3. Die Arbeitsaufforderungen der Beklagten waren für den Kläger auch nicht wegen Verletzung vertraglicher Vereinbarungen der Parteien unverbindlich.

Gemäß Abs. II 1 des Vertrages war der Kläger pro Monat zu mehr als 62 Unterrichtseinheiten (= 46,5 Zeitstunden) nicht verpflichtet. Die Parteien hatten somit eine feste Arbeitszeit im Sinne von § 4 Abs. 1 BeschFG vereinbart. Ein monatlicher Bezugszeitraum ist dabei unstreitig zulässig (GK-TzA-Mikosch, BeschFG 1985, Art. I § 4 Rz 50 f.; Stevens-Bartol, AiB 1985, 122, 123; weitergehend: Löwisch, aaO, S. 1204; Schwerdtner, NZA 1985, 577, 582 f.; Malzahn, aaO, S. 387; Lorenz/Schwedes, aaO, S. 1080).

Im Juli 1986 waren dem Kläger 28 Unterrichtseinheiten zugewiesen (28. bis 30. Juli = 20 UE + 24. und 31. Juli jew. 4 UE). Da die Einteilung "bis auf weiteres" gelten sollte, erfaßte sie auch die Folgemonate. Im August 1986 ergaben sich daraus 80, im September 1986 92 und im Oktober 1986 88 Unterrichtseinheiten. Es kann dahinstehen, ob die Einteilung trotz Überschreitung der Pflichtstundenzahl in vollem Umfang verbindlich war. Dafür spricht, daß sich der Kläger an keiner Stelle auf die Überschreitung der Pflichtstundenzahl berufen und sein generelles Interesse an der Erteilung von Zusatzstunden bekundet hat. Selbst



wenn die Zuweisung nur teilweise verbindlich gewesen wäre, wäre der Kläger jedenfalls erst nach Erteilung von 62 Unterrichtseinheiten zur Ablehnung weiterer Arbeit berechtigt gewesen.

4. Die Arbeitsanweisung vom 16. Juli sowie die folgenden, inhaltlich übereinstimmenden Mitteilungen waren auch nicht wegen Verletzung zwingender Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats unwirksam. Hierbei hat der Betriebsrat bei Teilzeitbeschäftigten grundsätzlich die gleichen Mitwirkungsrechte wie bei vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern (vgl. BAG Beschluß vom 13. Oktober 1987 - 1 ABR 10/86 - AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit).

Zwar ist die Beteiligung des Betriebsrats an mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen grundsätzlich Wirksamkeitsvoraussetzung für ihre Durchführung (BAGE 34, 355, 364 f. = AP Nr. 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu C III der Gründe, m.w.N.; Senatsurteil vom 20. März 1986 - 2 AZR 294/85 - AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969, zu B III der Gründe; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 15. Aufl.. § 87 Rz 23). Die Festlegung der individuellen kapazitätsorientierten Arbeitszeit innerhalb des vertraglich vereinbarten Rahmens ist aber nicht mitbestimmungspflichtig gemäß § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG (Schwerdtner, DB 1983, 2763, 2774; derselbe NZA 1985, 577, 583; Löwisch/Schüren, BB 1984, 925, 929 f.; von Hoyningen-Huene, NJW 1985, 1801, 1804; Mager/Winterfeld/Göbel/Sulmann, aaO, Rz 268; Hanau, RdA 1987, 25 27). Der gegenteiligen Auffassung (Düttmann/Hinrichs/Kehrmann/Oberhofer, aaO, S. 72) kann nicht gefolgt werden. Allein die Möglichkeit von Auswirkungen auf andere Arbeitsverhältnisse läßt die Zuweisung nicht als kollektive Maßnahme erscheinen. Solche Auswirkungen sind



- 20 -

stets denkbar. Eine kollektive Maßnahme liegt nur vor, wenn sie sich auf den ganzen Betrieb, auf eine Gruppe von Arbeitnehmern oder zumindest auf einen Arbeitsplatz (nicht nur auf einen bestimmten Arbeitnehmer) bezieht (Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, aaO, § 87 Rz 18). Das ist hier nicht der Fall. Aus diesem Grunde wird ein Mitbestimmungsrecht auch dann nicht ausgelöst, wenn der Arbeitgeber einen bestimmten Arbeitnehmer für eine Vielzahl von Stunden abrufen (so aber von Hoyningen-Huene, aaO).

Darüberhinaus besteht im Betrieb der Beklagten die Gesamt-Betriebsvereinbarung vom 17. Februar 1984, die unter Ziff. 9 f. eine Reihe von Regelungen über den variablen Einsatz teilzeitbeschäftigter Sprachlehrer enthält (Verhältnis von Verfügbarkeitszeit und Pflichtstundenzahl, Ziff. 9; Höchstzahl der täglichen Arbeitseinheiten, Ziff. 15). Diese Regelungen beinhalten konkludent auch die Zustimmung des Betriebsrates zu der kapazitätsorientierten Arbeitszeit als solche.

5. Schließlich war der Kläger im konkreten Falle nicht befugt, wegen etwaiger Gehaltsrückstände seine Arbeitsleistung gemäß § 273 BGB zurückzuhalten.

a) Der Arbeitnehmer kann berechtigt sein, seine Arbeitskraft zurückzuhalten, wenn der Arbeitgeber Gehaltsansprüche nicht erfüllt (BAGE 15, 174, 186 = AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu B I 1 der Gründe; BAGE 30, 50, 58 = AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, zu 5 a der Gründe; Senatsurteil vom 25. Oktober



- 21 -

- 21 -

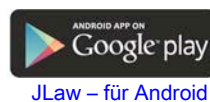
1984 - 2 AZR 417/83 - AP, aa0, zu II 3 der Gründe mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur).

b) Es ist auch davon auszugehen, daß dem Kläger im vorliegenden Fall Verzugslohnansprüche gegen die Beklagte zustanden, wobei dahingestellt bleiben kann, ob die Angaben des Klägers zur Höhe des Anspruches genau zutreffen. In Betracht kommen hier nur Ansprüche aus Juni und Juli 1986, da die Beklagte den Kläger danach fristgerecht zur Arbeit aufgefordert hat.

c) Wie der Senat in der Entscheidung vom 25. Oktober 1984 (aa0, zu II 6 der Gründe) ausgeführt hat, steht die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben. Es steht bereits jetzt fest, daß die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes im konkreten Fall rechtsmißbräuchlich war. Die Zahlungsrückstände umfassen einen abgeschlossenen Zeitraum und machten nur einen verhältnismäßig geringen Betrag aus. Die Beklagte hat den Kläger mit Schreiben vom 16. Juli nicht nur ordnungsgemäß zur Arbeit aufgefordert, sondern - durch den Hinweis auf die UPLZ-Vergütung - auch zu erkennen gegeben, daß sie zukünftig erteilte Unterrichtseinheiten vergüten werde. Der Kläger stand somit nicht vor der typischen Situation, mit Fortsetzung der Arbeit die Zahlungsrückstände des Arbeitgebers und damit sein Risiko zu erhöhen. Er macht selbst nicht geltend, bei der Beklagten habe die Gefahr der Leistungsunfähigkeit gedroht. Da die Rechtsansicht der Beklagten auch nicht völlig unvertretbar war, wäre es dem Kläger zuzumuten gewesen, die Streitigkeit auf den rückständigen Lohn zu begrenzen. Im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung



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



hierüber hätte als Vorfrage auch die Anwenbarkeit des Art. 1 § 4 Abs. 2 BeschFG auf das Arbeitsverhältnis der Parteien geklärt werden müssen.

III. Die angefochtene Kündigung ist auch nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

1. Gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe für die beabsichtigte Kündigung mitzuteilen. Dabei darf er sich nicht auf Schlagworte beschränken. Die Tatsachen, auf denen der Kündigungsentschluß beruht, müssen substantiiert in einer Weise dargestellt werden, die es dem Betriebsrat ermöglicht, ohne weitere Erkundigungen dazu Stellung zu nehmen (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa Senatsurteil BAGE 44, 249, 259 = AP Nr. 30 zu § 102 BetrVG 1972, zu B I 2 b der Gründe; KR-Etzel, 3. Aufl., § 102 BetrVG Rz 62 ff.). Die Mitteilung muß vollständig sein, d.h. sie muß all diejenigen Umstände umfassen, die den Arbeitgeber (subjektiv) zur Kündigung veranlassen (BAGE 44, 249, 258 f. = AP, aaO, zu B I 2 b der Gründe; BAGE 31, 1, 4 f. = AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972, zu II 2 a der Gründe; KR-Etzel, aaO, Rz 62).

2. Im vorliegenden Fall mußte die Beklagte dem Betriebsrat somit den Streit der Parteien über die Anwendbarkeit des BeschFG, ihre konkreten Arbeitsaufforderungen sowie die Reaktionen des Klägers hierauf zur Kenntnis bringen. Ohne diese Angaben konnte der Betriebsrat zu der beabsichtigten Kündigung nicht sinnvoll Stellung nehmen.



3. Die Vorlage der Schreiben vom 26. September bzw. 3. Oktober 1986 genügt diesen Anforderungen nicht. Das Schreiben vom 26. September läßt weder den Kern der Auseinandersetzung der Parteien noch die Daten der vorangegangenen Arbeitsaufforderungen erkennen. Das Antwortschreiben des Betriebsrats belegt nicht, daß dem Betriebsrat diese maßgeblichen Daten bekannt waren.

Die Beklagte hat jedoch in ihrer Berufungserwiderung behauptet, dem Betriebsrat hätten im Zusammenhang mit dem vorangegangenen Ersetzungsverfahren sämtliche Schreiben des Klägers bzw. der Beklagten im Zusammenhang mit den Behauptungen zu § 4 BeschFG vorgelegen. Der Kläger hat dies nicht nur unwidersprochen hingenommen, sondern teilweise sogar ausdrücklich bestätigt, indem er in seiner Berufungsbegründung vorgetragen hat, die Einleitung des Zustimmungsersetzungsverfahrens am 7. August sei unter Vorlage der Korrespondenz ab 10. Juni 1986 erfolgt. Da kündigungsrelevante Tatsachen, die dem Betriebsrat bereits bekannt sind, anlässlich einer Anhörung nicht erneut dargelegt werden müssen (BAGE 44, 249, 259 = AP, aaO; Senatsurteil vom 20. März 1986 - 2 AZR 294/85 - AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969, zu B II der Gründe; Schumann, DB 1984, 1878; Busemann, NzA 1987, 581, 584; Stege/Weinspach, BetrVG, 5. Aufl., § 102 Rz 52), genügte diese Kenntnis, um dem Betriebsrat eine Stellungnahme zu ermöglichen. Der Korrespondenz lassen sich alle unter III 2 genannten Umstände entnehmen.



4. Rechtlich unerheblich ist vorliegend die Tatsache, daß zwischen Erlangung der Vorinformation und dem Anhörungsverfahren der Betriebsrat neu gewählt worden ist. Zwar dürften einem neu gewählten Betriebsrat die Kenntnisse seines Amtsvorgängers nicht ohne weiteres zuzurechnen sein. Im vorliegenden Fall war jedoch der Betriebsratsvorsitzende, der gemäß § 26 Abs. 3 Satz 2 BetrVG Adressat etwaiger Mitteilungen ist, im Amt bestätigt worden. Die Kontinuität des Kenntnisstandes war somit sichergestellt.

5. Die Wirksamkeit der erfolgten Betriebsratsanhörung wird auch nicht durch die nochmalige Arbeitsaufforderung der Beklagten vom 9. Oktober 1986 in Frage gestellt.

Erforderlich für die Einleitung des Anhörungsverfahrens ist ein aktueller Kündigungsentschluß (KR-Etzel, aaO, Rz 54). Die Anhörung des Betriebsrates zu einem Kündigungsgrund, der bei Einleitung eines Anhörungsverfahrens noch nicht vorliegt, ist unwirksam (Urteil vom 19. Januar 1983 - 7 AZR 514/80 - AP Nr. 28 zu § 102 BetrVG 1972, zu 2 der Gründe). Die Beklagte hat ihre Kündigung vorliegend nicht speziell auf die erneute Weigerung des Klägers vom 13. Oktober gestützt. Kündigungsgrund war in erster Linie die dauerhafte Weigerung des Klägers, Unterricht zu erteilen. Dieser Sachverhalt ist durch den "letzten Versuch" der Beklagten auch nicht so wesentlich verändert worden, daß eine erneute Anhörung des Betriebsrats erforderlich gewesen wäre (vgl. Senatsurteil vom 26. Mai 1977 - 2 AZR 201/76 - AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972, zu I 2 b der Gründe). Der zeitliche Ablauf führt lediglich dazu, daß die letzte Weigerung des Klägers bei der



Abwägung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB unberücksichtigt bleiben muß (vgl. Urteil vom 19. Januar 1983, aaO).

6. Das Anhörungsverfahren leidet auch nicht an einem Formmangel. Der Kläger hat die Verletzung einer durch Betriebsvereinbarung vereinbarten Schriftform gerügt. Er hat den Inhalt dieser "BV III" jedoch nicht näher dargelegt. Es ist somit von der Richtigkeit der Behauptung der Beklagten auszugehen, es sei nur die Verwendung derjenigen Anhörungsformulare vereinbart, auf denen die Anhörung tatsächlich erfolgt ist.

IV. Die angefochtene Kündigung ist auch nicht wegen Versäumnis der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam.

Das Verhalten des Klägers stellt einen echten Dauergrund (vgl. KR-Hillebrecht, aaO, § 626 BGB Rz 227) für die Kündigung dar. Die kontinuierliche Einteilung des Klägers für die Unterrichtseinheiten von montags bis mittwochs führte dazu, daß sein Fernbleiben an diesen Tagen jeweils als erneute Pflichtverletzung anzusehen war.

Es kann somit dahinstehen, ob die Beklagte nach Fortfall des Zustimmungserfordernisses gemäß § 103 BetrVG die Frist des § 626 Abs. 2 BGB ausschöpfen durfte oder unverzüglich kündigen mußte, da der Fortfall des Zustimmungserfordernisses ebenso zu behandeln ist wie die Erteilung der Zustimmung (vgl. BAGE 27, 113, 125 f. = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972, zu I b der Gründe; BAG Beschluß vom 22. Januar 1987 - 2 ABR 6/84 - AP Nr. 24 zu § 103 BetrVG



1972, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt; KR-Hillebrecht, aaO, Rz 236).

V. Hatte die Beklagte somit einen wichtigen Grund zur Kündigung an sich, so wird das Berufungsgericht darüber zu befinden haben, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist aufgrund des Verhaltens des Klägers, so wie es sich nunmehr rechtlich darstellt, unzumutbar war. Inso- weit spricht gegen den Kläger, daß er den praktischen Kompromiß der Beklagten hartnäckig ignorierte und damit die Möglichkeit einer Abwicklung des Arbeitsverhältnisses bis zur Klärung der zwischen den Parteien streitigen Rechtsfrage verstellt hat. An- dererseits hat die Beklagte durch ihre Weigerung, ausdrücklich zu erklären, Artikel 1 § 4 Abs. 2 BeschFG finde auf das Arbeitsver- hältnis Anwendung, den Streit zunächst verursacht. Durch eine Einhaltung der Kündigungsfrist wäre sie nicht finanziell be- lastet, da sie sich nicht in Annahmeverzug befand.

Triebfürst

Bitter

Ascheid

Timpe

Dr. Bächle



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

