

Für das Nachschlagewerk! Ja  
Für die Fachpresse! Ja  
Für die amtliche Sammlung! Nein

2, 4

---

Gesetz: KSchG § 11 Abs. 2; BGB § 616, BGB § 611, BGB § 157,  
BGB § 611 Direktionsrecht des Arbeitgebers

Leitsätze:

- 1) Das Arbeitsverhältnis eines im öffentlichen Dienst stehenden Arbeitnehmers gibt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Ausführung ihm vertraglich nicht zukommender Arbeit zu verweigern.
- 2) Die vertraglich ausgemachten Beziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien können nicht durch das Verhalten anderer Arbeitnehmer in derselben Dienststelle, mögen sie auch dieselbe oder eine ähnliche Stellung wie der in Rede stehende Arbeitnehmer innehaben, ohne Einverständnis der Vertragspartner selbst eine Änderung erfahren.
- 3) Auch bei Fortzahlung des vereinbarten Gehalts darf der Arbeitgeber - von Not- und Ausnahmefällen abgesehen - gegen den Willen des Arbeitnehmers diesen nicht zu Arbeiten einsetzen, die gegenüber den vertraglich vereinbarten geringerwertig sind.

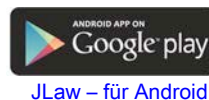
Aktenzeichen: 2 AZR 550/61

Urteil des BAG vom 8. Oktober 1962

LAG Berlin



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



Verkündet  
am 8. Oktober 1962

gez. Damm,

Angestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 20. September 1962 durch den Senatspräsidenten Dr. Müller, die Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling und den Bundesrichter Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichter Dr.h.c. Siebrecht und Kottenhahn für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin, 4. Kammer, vom 20. Oktober 1961 - 4 Sa 52/61 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

V o n   R e c h t s   w e g e n !

- 2 -



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

### Tatbestand:

Der im Juni 1897 geborene Kläger ist Volljurist. Am 21. Mai 1952 stellte ihn die Beklagte für ihr Notaufnahmeverfahren in B ein. In den ersten Jahren war er im Beschordeausschuß tätig, und zwar zunächst als Beisitzer und dann als Vorsitzender. Zuletzt war er Mitglied eines Aufnahmeausschusses. Vergütet wurde seine Tätigkeit stets nach der Vergütungsgruppe III T.O.A.

Am 17. September 1960, einem Sonnabend, teilte der Dienststellenleiter dem Kläger mit, daß er, der Kläger, vom kommenden Montag ab auf zwei Wochen unter Fortbezug seines nach Vergütungsgruppe III T.O.A. berechneten Gehalts die Arbeit eines nach Vergütungsgruppe VII bezahlten Vorprüfers zu verrichten habe. Die Beklagte hatte schon seit längerer Zeit jeweils für einige Tage Mitglieder des Aufnahmeausschusses in der Vorprüfung eingesetzt. Der Kläger lehnte die Arbeit eines Vorprüfers als ihm nicht zukommend ab. Der Dienststellenleiter empfahl ihm, sich das bis zum kommenden Montag, dem 19. September 1960, zu überlegen. An diesem Montag weigerte sich der Kläger wiederum, die ihm aufgetragene Arbeit zu verrichten, und zwar auch noch, als der Dienststellenleiter ihm nunmehr den dienstlichen Auftrag hierzu erteilte. Daraufhin kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos am 20. September 1960.

Gegen diese Kündigung wendet sich die Klage mit dem Antrag festzustellen, daß durch die fristlose Kündigung vom 20. September 1960 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst worden sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

### Entscheidungsgründe:

1. Die Kündigung der Beklagten ist als außerordentliche ausgesprochen worden. In den Tatsacheninstanzen hat die



Beklagte sie nur als solche behandelt und zu rechtfertigen versucht. Wenn sie, hiervon abweichend, in der Revisionsinstanz angibt, sie habe mit der fristlosen Kündigung hilfsweise auch eine fristgemäße aussprechen wollen, so kann sie damit nicht gehört werden. Nach § 11 Abs. 2 KSchG gilt eine unwirksame - außerordentliche - fristlose Kündigung im Zweifel nicht als eine Kündigung für den nächst zulässigen Kündigungszeitpunkt. Besondere Umstände, daß entgegen dieser gesetzlichen Regel hier doch hilfsweise auch eine fristgemäße Kündigung ausgesprochen werden sollte, hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht dargetan. In der Revisionsinstanz kann sie es nicht mehr tun.

2. Die außerordentliche fristlose Kündigung greift nicht durch.

Gegenüber der Auffassung der Beklagten, ihre fristlose Kündigung sei wegen der Weigerung des Klägers, für zwei Wochen die geringerwertige Tätigkeit eines Vorprüfers auszuüben, berechtigt gewesen, hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, daß die Beklagte unter den hier gegebenen Umständen vom Kläger die Übernahme dieser Arbeit nicht habe verlangen können. Deshalb sei dessen Weigerung berechtigt gewesen und bilde keinen Grund zur außerordentlichen Kündigung.

Diese Ausführungen greift die Beklagte in ihrer Revision in mehrfacher Richtung an. Sie nimmt für sich das Direktionsrecht in Anspruch, ihre Angestellten bei Fortzahlung der vereinbarten Bezüge auch mit geringerwertigen Arbeiten zu beschäftigen, wenn eine solche Arbeit im behördlichen Interesse geboten sei, was insbesondere für die besonderen Verhältnisse im Notaufnahmeverfahren B gelte. Außerdem hätte der Kläger, auch wenn man einmal zu seinen Gunsten ein solches Direktionsrecht der Beklagten verneine, die Pflicht gehabt, zunächst einmal den Anordnungen seines Vorgesetzten nachzukommen; er hätte die Frage, ob ihm die übertragene Arbeit zuzumuten sei, dem Ministerium oder dem Personalrat vorlegen sollen. Daß er stattdessen schlechthin die Arbeit verweigert habe, bilde schon für sich allein einen Grund zur außerordentlichen Kündigung.



Diese letztgenannten Ausführungen der Revision verkennen, daß der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst in einem gleichgeordneten Arbeitsvertragsverhältnis zum Staat oder zu einer sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft als seinem privatrechtlichen Arbeitgeber steht, nicht aber etwa in einem beamten- oder soldatenähnlichen Verhältnis des Untergeordneten zur übergeordneten öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Die Wahrnehmung seiner Rechte durch den Arbeitnehmer, wozu auch die Weigerung gehört, eine etwa ihm vertraglich nicht zukommende und deswegen von den vertraglichen Bindungen nicht erfaßte Arbeit auszuführen, kann deshalb für sich allein noch keinen Grund zur außerordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung abgeben.

Es kommt somit allein auf die vornehmlich auch zwischen den Parteien streitige Frage an, ob die Beklagte dem Kläger für zwei Wochen unter Fortzahlung der bisherigen Bezüge die Arbeit eines Vorprüfers übertragen durfte oder nicht, ob die Weigerung des Klägers also berechtigt war oder nicht.

Diese Frage läßt sich nur im Hinblick auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag entscheiden, nicht aber aus dem Verhalten der übrigen Ausschußmitglieder. Daß diese - was durchaus zu billigen und ihrem Ansehen sicher eher zuzubilligen war - die Arbeit in der Vorprüfung jeweils für einige Tage im Halbjahr verrichtet haben, ist ohne Einfluß auf das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis. Die vertraglich ausgemachten Beziehungen zwischen den Parteien können nicht durch das Verhalten anderer Arbeitnehmer in derselben Dienststelle der Beklagten, mögen sie auch dieselbe oder eine ähnliche Stellung wie der Kläger innehaben, ohne Einverständnis der Vertragspartner selbst eine Änderung erfahren.

Der Arbeitsvertrag der Parteien liegt nun allerdings im Wortlaut nicht vor. Es ist aber vom Landesarbeitsgericht festgestellt worden, daß der Kläger stets nach Vergütungsgruppe III TO.A bezahlt wurde und Arbeiten zu verrichten hatte, die zum Teil unter die Tätigkeitsmerkmale der Gruppe III TO.A, zum Teil unter die der Gruppe IV TO.A fielen. Selbst wenn im ursprünglichen - nicht

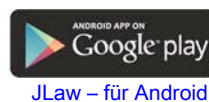


vorliegenden - Arbeitsverträge der Kläger nicht für eine bestimmte Tätigkeit, sondern schlechthin als Angestellter des Notaufnahmeverfahrens eingestellt worden sein sollte, so ist doch jedenfalls in der Folgezeit durch die Zuweisung von Arbeiten ausschließlich der Tätigkeitsgruppen III und IV TO.A und die Bezahlung nach Gruppe III TO.A das Arbeitsverhältnis dahin konkretisiert worden, daß der Kläger vertraglich eine Leistung zu erbringen hatte, die im Tätigkeitsbereich der Gruppen III und IV TO.A liegt.

Dann aber durfte die Beklagte - von Not- und Ausnahmefällen abgesehen - ihn auch nur mit entsprechenden Arbeiten beschäftigen, selbst wenn er bei anderen Arbeiten die alten Bezüge weiter erhalten sollte. Denn der Arbeitgeber muß den Arbeitsvertrag nicht nur insoweit einhalten, als er das vereinbarte Arbeitsentgelt nicht einseitig herabsetzen kann, sondern auch insoweit, als er den Arbeitnehmer nicht mit einfacheren als den ursprünglich vorgesehenen Arbeiten betrauen darf (vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG AP Nr. 2 zu § 611 Direktionsrecht; vor allem BAG AP Nr. 17 zu § 611 Direktionsrecht und im Urteil vom 7. Juni 1962 in 5 AZR 483/61).

Wenn sich eine betriebliche Notwendigkeit zur Umbesetzung eines Arbeitnehmers auf einen geringerwertigen Platz ergibt, so muß der Arbeitgeber, auch wenn er das gleiche Arbeitsentgelt weiterzahlt, dem Arbeitnehmer eine vertragliche Änderung antragen oder eine Änderungskündigung aussprechen.

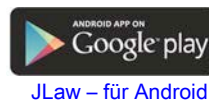
Dem steht die von der Beklagten angeführte Entscheidung des Vierten Senats vom 20. Januar 1960 (AP Nr. 8 zu § 611 Direktionsrecht) nicht entgegen. Denn diese Entscheidung befaßt sich lediglich mit dem in § 22 TO.A tarifrechtlich dem Arbeitgeber schlechthin eingeräumten Recht, den Arbeitnehmer aus dienstlichen Gründen in einen anderen Betriebsort zu versetzen, aber nicht mit der vorliegend in Rede stehenden Umsetzung eines Arbeitnehmers auf einen anderen, und zwar geringerwertigen Arbeitsplatz, hier in demselben Betrieb und an demselben Betriebsort. Soweit das Bundesarbeitsgericht



bisher den Fall der Umsetzung zu entscheiden hatte, hat es, wie die oben angeführten Entscheidungen ergeben, immer darauf abgestellt, daß auch bei Fortzahlung der bisherigen Bezüge der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ohne dessen Einverständnis oder ohne Abänderungskündigung keine geringerwertige Arbeit übertragen darf als vertraglich vorgesehen.

Dieser Grundsatz gilt allerdings, wie schon angedeutet, nicht einschränkungslos. Für Ausnahme- und Notsituationen gilt er nämlich nicht. Das ergibt sich aus dem ein jedes Arbeitsverhältnis beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben. Wie der Fünfte Senat in seiner oben angeführten Entscheidung (AP Nr. 17 zu § 611 Direktionsrecht) ausgeführt hat, darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch ohne dessen Einverständnis in gewissen Ausnahmefällen, etwa zur vorübergehenden Vertretung erkrankter oder beurlaubter Arbeitskameraden, in Notstandsfällen und unter Umständen auch aus disziplinarischen Gründen, zu einer geringerwertigen Tätigkeit einsetzen.

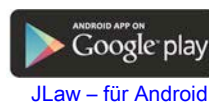
Davon ist auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen. Es hat demgemäß geprüft, ob hier - dem Vorbringen der Beklagten gemäß - ein solcher Ausnahmefall vorlag. Das hat das Landesarbeitsgericht verneint. Dabei hat es der Beklagten zugegeben, daß die besonderen Umstände im Notaufnahmeverfahren, dessen Arbeitsanfall sich nach dem ständig ändernden Umfange des Flüchtlingsstroms richtet, durchaus Notsituationen hervorrufen können, die der Beklagten das Recht geben, ihre Arbeitnehmer vorübergehend zu geringerwertiger Arbeit einzusetzen. Das Landesarbeitsgericht hat aber festgestellt, daß die Beklagte nach ihren eigenen Angaben mindestens schon seit Anfang April 1960 dazu übergegangen ist, die Zahl der Vorprüfer dadurch zu vergrößern, daß sie gleichzeitig bis zu fünf Ausschußmitglieder für drei bis vier Tage und in den letzten Monaten sogar jeweils für zwei Wochen ebenfalls als Vorprüfer arbeiten ließ. Dieses Vorgehen geschah nur, wie das Landesarbeitsgericht weiter festgestellt hat, aus Gründen der Zweckmäßigkeit und aus Sparsamkeitsgründen und nicht, weil hier eine Notstandssituation vorgelegen hat. Das ist eine tatsächliche Feststellung, an die das Revisionsgericht gebunden ist.



Das Landesarbeitsgericht hat im übrigen darauf hingewiesen, daß die Beklagte andere Möglichkeiten gehabt habe, einen zeitweiligen Kräftermangel in der Vorprüfung zu beheben. Einmal hätte sie, da sie unbesetzte Planstellen frei hatte, frühere Angestellte auf Zeit beschäftigen können. Sie hätte ferner, wie sie es ja auch getan hat, Ausschußmitglieder, die hierzu freiwillig bereit waren, in der Vorprüfung einsetzen können, und sie hätte versuchen können, mit den anderen Ausschußmitgliedern in deren Einverständnis die Arbeitsverträge dahin abzuändern, daß nunmehr auch eine vorübergehende Tätigkeit in der Vorprüfung zu den Arbeitspflichten gehört. Vor allem hätte sie, wenn die Erledigung der Ausschußtätigkeit nicht die Tätigkeit aller Kräfte dort uneingeschränkt und zu jeder Zeit erforderte, eine Abänderungskündigung aussprechen können.

Wenn nach dieser zutreffenden Erörterung das Landesarbeitsgericht eine Notstandssituation verneint hat, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden.

Im übrigen würde, was die Beklagte durchaus verkennt, noch nicht einmal dann ein Grund zur außerordentlichen Kündigung vorgelegen haben, wenn der Beklagten - was jedoch, wie gesagt, nicht der Fall ist - ein so weitgehendes Direktionsrecht zur Umsetzung des Klägers zugestanden hätte, wie sie es für sich in Anspruch nimmt. Denn der Kläger hat nicht aus Arbeitsscheu oder ungehöriger Auflehnung die Arbeit verweigert, sondern weil er die Ansicht vertrat, daß das Direktionsrecht der Beklagten nicht so weit ging, ihn mit einer nach Gruppe VII TO.A zu bewertenden Tätigkeit auch nur vorübergehend zu betrauen, eine Ansicht, die die Billigung der beiden vorinstanzlichen Urteile gefunden hat und bei der vertraglichen Konkretisierung der Arbeitspflicht des Klägers zum allermindesten vertretbar war. Dann war es der Beklagten aber zuzumuten, den Kläger weiterzubeschäftigen, zumindest noch bis zur Kündigungsfrist einer - hier aber doch nicht ausgesprochenen - ordentlichen Kündigung. Dabei ist auch noch zu bedenken, daß der Kläger bei Ausspruch der außerordentlichen Kündigung bereits 63 Jahre alt war und damit kurz



- 8 -

vor seiner Pensionierung stand und daß erst im April 1962 seine Beiträge für die Zusatzversicherung den Pflichtsatz von 120 Monaten erreichten, so daß bei einem früheren Ausscheiden seine zusätzliche Altersversorgung auf dem Spiel stand. Das wäre, auch wenn die Beklagte das von ihr in Anspruch genommene Direktionsrecht zur zeitweiligen Umsetzung des Klägers gehabt hätte, zu Gunsten des Klägers bei der stets erforderlichen Gesamtabwägung zu berücksichtigen gewesen. Auch diese Überlegung führt dazu, hier einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung zu verneinen.

gez. Dr. Müller

Dr. Meier-Scherling

Wichmann

Siebrecht

Kottenhahn



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

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