

Urteil mit Anmerkung
ArbG Bochum, § 106 GewO, § 1 KSchG
Grenzen des Direktionsrechts der
Arbeitgeber bei notwendiger Betreuung
eines Kindes

1) Das Direktions- und Weisungsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 GewO darf nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden.

2) Dazu gehört die Berücksichtigung von Betreuungserfordernissen des Kindes einer Arbeitnehmerin.

3) Die Verweigerung einer Arbeitsleistung, die unter Verstoß gegen eine fehlerfreie Ermessensausübung angeordnet wurde, berechtigt nicht zur Kündigung.

Urteil des ArbG Bochum vom 22.12.2010, 5 CA 2700/10

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit der von der Beklagten unter Berufung auf eine Arbeitsverweigerung der Klägerin ausgesprochenen außerordentlichen fristlosen Kündigung und der hilfsweisen fristgerechten Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin.

Die am 31.5.1977 geborene, verheiratete und ihrem dreijährigen Sohn gegenüber zum Unterhalt verpflichtete Klägerin ist bei der Beklagten seit dem 30.8.1995 zuletzt als Verkäuferin mit einer Bruttomonatsvergütung von 2.066,00 Euro beschäftigt. Nach der Geburt ihres Sohnes am 29.4.2007 nahm die Klägerin Elternzeit in Anspruch, die im Frühsommer 2010 endete. Außergerichtlich machte die Klägerin vor Arbeitsaufnahme zunächst gegenüber der Beklagten einen Arbeitszeitreduzierungswunsch geltend. [...] Mit Schriftsatz vom 14.9.2010 beantragte die Klägerin gegenüber der Beklagten die Reduzierung und Verteilung ihrer Arbeitszeit auf insgesamt 32,5 Wochenstunden. Hierzu ist seit dem 18.9.2010 ein Verfahren vor dem Arbeitsgericht Bochum (Az: 5 Ca 2485/10) zwischen den Parteien rechtshängig.

Ab Sommer 2010 reichte die Klägerin bei der Beklagten eine größere Zahl von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen unterschiedlicher Ärzte ein. Kurz vor Ablauf der letzten Arbeitsunfähigkeitszeit rief die Prozessbevollmächtigte der Klägerin bei dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten an und teilte u.a. mit, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit mit Ablauf des 21.9.2010 enden werde, die Klägerin dennoch nicht zur Arbeit erscheinen werde.

Bei der Beklagten erfolgt der Einsatz der Mitarbeiter am jeweiligen Standort weitestgehend eigenverantwortlich durch deren Erstellung des entsprechenden Wochen-Schichtplans. Danach trägt sich jeder Mitarbeiter zunächst selbst mit seinem Arbeitswunsch in den Plan ein und der jeweilige Standortleiter gibt nur

in den Fällen eine konkrete Arbeitsverteilung vor, in denen die Mitarbeiter selbst untereinander keine Einigkeit erzielen konnten.

Auf dem Schichtplan war die Klägerin für den 22.9.2010 mit Arbeitsbeginn um 13.30 Uhr vorgesehen. Weder nahm die Klägerin ihre Tätigkeit bei der Beklagten auf, noch meldete sie sich bei dieser. Für den 23.9.2010 war die Klägerin um 9.30 Uhr als Arbeitsbeginn eingeteilt. Diese Schicht trat die Klägerin ebenfalls nicht an. Auch meldete sie sich nicht bei der Beklagten. Mit Schreiben vom 23.9.2010 (vgl. Bl. 58 f.d.A.) erteilte die Beklagte der Klägerin eine Abmahnung. Darin wurde sie zugleich aufgefordert, gemäß dem Einsatzplan für den 24.9.2010 um 13.30 Uhr ihre Tätigkeit wieder aufzunehmen oder evtl. Hinderungsgründe bekanntzugeben. Auch am 24.9.2010 erschien die Klägerin nicht entsprechend dem Einsatzplan an ihrem Arbeitsplatz. Die Beklagte erteilte der Klägerin mit Schreiben vom 24.9.2010 (Bl. 60 f.d.A.) eine Abmahnung. Zugleich wurde die Klägerin darin aufgefordert, spätestens am 25.9.2010 um 10.00 Uhr die Arbeit wieder aufzunehmen oder Hinderungsgründe mitzuteilen. Auch am 25.9.2010 nahm die Klägerin ihre Tätigkeit nicht auf. Ferner meldete sie sich nicht bei der Beklagten.

Mit Schreiben vom 25.9.2010 (vgl. Bl. 6 d.A.), das der Klägerin am 25.9.2010 zugeht, erklärte die Beklagte die fristlose, außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Mit Schreiben vom 29.9.2010 (vgl. Bl. 5 d.A.) erklärte die Beklagte hilfsweise die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.3.2011. Gegen diese Kündigungen, welche die Klägerin für rechtsunwirksam hält, wendet sie sich mit ihrer am 13.10.2010 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 19.10.2010 zugestellten Klage.

Die Klägerin behauptet, dass sie wegen der Öffnungszeiten der Kindertagesstätte für ihren dreijährigen Sohn nur in der Zeit von 8 Uhr morgens bis 15 Uhr, maximal 15.30 Uhr, tätig sein könne. Die außergerichtliche Vorkorrespondenz und das daran anknüpfende Klageverfahren bezüglich ihres Arbeitszeiterückerungsverlanges habe bei ihr zu ernsthaften seelischen Belastungen geführt. Daher sei es ihr auch nicht mehr möglich gewesen, persönlich bei der Beklagten vorzusprechen, draußen vor die Tür verwiesen zu werden, um zu warten und sich dann erneut die Mitteilung machen zu lassen, sie werde nur in der von der Beklagten gewünschten und jeweils kurzfristig durch betrieblichen Aushang mitgeteilten Arbeitszeiten beschäftigt. Zutreffend sei, dass sie ab dem 22.9.2010 zu den von der Beklagten gewünschten Arbeitszeiten nicht habe tätig sein können.

Mit der Information ihrer Prozessbevollmächtigten an den Prozessbevollmächtigten der Beklagten sei

auch der Grund ihres Fernbleibens bekannt gewesen. Insbesondere sei der Beklagten bekannt gewesen, dass sie grundsätzlich nur in der Zeit von 8 bis 15 Uhr ihre Arbeit ausführen könne. Von der Beklagten werde auf ihre Verpflichtungen keine Rücksicht genommen. Ab dem 22.9.2010 habe sie sich in einer Pflichtenkollision zwischen der Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtungen und der Verantwortung für ihren dreijährigen Sohn befunden. Sie lebe mit ihrem Sohn und Ehemann in einer Kleinfamilie und sei darin für die Versorgung und Betreuung ihres Sohnes verantwortlich. Außerhalb der Kindertagesstätte sei eine Versorgung u.a. deshalb nicht möglich, da ihr Ehemann ganztätig als Monteur tätig sei. Die Beklagte habe mithin ihre Zwangslage verursacht, welche ihr die Arbeitsleistung unmöglich mache. Demgemäß sei weder ein Grund für eine außerordentliche noch für eine hilfsweise ordentliche Kündigung gegeben.

Die Klägerin beantragt nach Klagerücknahme des Weiterbeschäftigungsantrags zuletzt, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die fristlose Kündigung vom 25.9.2010 noch durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung vom 29.9.2010 zum 31.3.2011 aufgelöst ist. Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe beharrlich die Arbeit verweigert. Da die Klägerin für die Zeit nach dem 21.9.2010 weder Urlaub beantragt habe, noch ein solcher bewilligt worden sei, sei sie nach dieser Zeit unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen. So sei die Klägerin in der Zeit vom 22.9.2010 bis zum einschließlich 25.9.2010 nicht zu den im Einsatzplan für sie vorgesehenen Arbeitszeiten zum Dienst erschienen, so dass insoweit eine beharrliche Arbeitsverweigerung (Verletzung der Hauptleistungspflicht) gegeben sei. Sofern sie befürchten müsse, dass weitere Verstöße durch die Klägerin entsprechend ihrer vorherigen Ankündigung trotz Arbeitsfähigkeit erfolgten, könne dem nur mit dem Ausspruch der außerordentlichen Kündigung effektiv begegnet werden.

Auch habe sich die Klägerin in keiner unverschuldeten Zwangslage befunden, eine solche komme nur dann in Betracht, wenn die Arbeitnehmerin wegen plötzlicher Erkrankung eines minderjährigen Kindes nach Benachrichtigung des Arbeitgebers vom Dienst fern bleibe. Eine solche Benachrichtigung habe es vorliegend jedoch gerade nicht gegeben. Mehrfache Abhilfversuche durch Abmahnungen seien erfolglos geblieben. Die gebotene Interessenabwägung ergebe, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nicht bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar sei. Die ordentliche Kündigungsfrist betrage sechs Monate zum Ende Kalendermonats.

Ein derart relativ langer Kündigungszeitraum sei ihr vorliegend nicht zumutbar. [...]

Aus den Gründen:

[...]

Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 25.9.2010 vermochte das Arbeitsverhältnis nicht aufzulösen, weil ein wichtiger Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB nicht gegeben war.

a) [...] Bei der Prüfung der Frage, ob „an sich“ ein Kündigungsgrund vorliegt, ist zu bedenken, dass eine Kündigung keine Sanktion für ein zurückliegendes Verhalten des Arbeitnehmers (BAG vom 17.1.1991, 2 AZR 375/90, AP zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 25) ist, so dass es einen sogenannten absoluten Kündigungsgrund nicht gibt (BAG vom 20.9.1984, 2 AR 633/82, AP zu § 626 BGB Nr. 80).

Der Kündigungszweck ist demgemäß stets zukunftsbezogen (BAG vom 10.11.1988, 2 AZR 215/88, AP zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung Nr. 3). Dabei ist derjenige, der eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat, darlegungs- und beweisbelastet für alle Umstände, die als wichtige Gründe geeignet sein können. Die Beklagte muss also die Voraussetzungen für die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung im vollen Umfang darlegen und ggf. beweisen (so bereits BAG vom 24.11.1983, 2 AZR 327/82, AP zu § 626 BGB Nr. 76 m.w.N.).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen konnte vorliegend selbst bei unterstelltem Geschehensablauf gemäß dem Sachvortrag der Beklagten nicht von einer beharrlichen Arbeitsverweigerung der Klägerin ausgegangen werden.

aa) Eine beharrliche Arbeitsverweigerung rechtfertigt zwar grundsätzlich eine fristlose Kündigung (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG vom 21.11.1996, 2 AZR 357/95, AP zu § 626 BGB Nr. 130). Der Arbeitgeber kann z.B. einseitig eine vertraglich nur rahmenmäßig umschriebene Pflicht zur Leistung von (Bereitschafts-)diensten zeitlich näher bestimmen (BAG vom 25.10.1989, 2 AZR 633/88, AP zu § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 36). Das Direktions- und Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 GewO darf allerdings nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden (vgl. BAG vom 24.5.1989, 2 AZR 285/88, AP zu § 611 BGB Gewissensfreiheit Nr. 1; BAG vom 6.2.1997, 2 AZR 38/96, n.v.). Der Arbeitnehmer ist berechtigt, Arbeiten abzulehnen, die der Arbeitgeber ihm unter Überschreitung seines Direktionsrechts oder des damit verbundenen Ermessensspielraum nach Art, Zeit und Ort zuweist (vgl. BAG vom 12.4.1973, 2 AZR 291/72, AP zu § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 24).

bb) Nach dem Parteivorbringen war die Klägerin vorliegend berechtigt, die Übernahme der mit ihr

mit Abmahnungsschreiben vom 24.9.2010 mitgeteilten Arbeit für den 25.9.2010 ab 10 Uhr abzulehnen, weil die Beklagte ihr unter Überschreitung des Direktionsrechts bzw. des damit vorhandenen Ermessensspielraums die Übernahme dieser Schicht zugewiesen hatte. Insbesondere eine Verpflichtung der Klägerin zur Übernahme der Schicht ab 10 Uhr am 25.9.2010 bestand vorliegend nach Lage des Falles nicht. Die weiteren Nichtübernahmen von Diensten in der Zeit vom 22.9. bis zum 24.9.2010 kommen als Kündigungsgründe von vornherein nicht in Betracht. Denn diese waren als von der Beklagten bewertete Pflichtverletzungen jeweils Gegenstand von Abmahnungen. Wegen der sog. Zäsurwirkung einer Abmahnung können diese jedoch keinen Kündigungsgrund darstellen.

Zwar umfasst das dem Arbeitgeber zustehende Weisungsrecht auch die Berechtigung, die Lage der Arbeitszeit zu bestimmen, soweit dieses Recht nicht u.a. durch den Arbeitsvertrag eingeschränkt ist (vgl. BAG vom 11.2.1998, 5 AZR 472/97, NZA 1998, S. 647 f.). Davon mit umfasst ist auch das Recht, die Lage der Arbeitszeit einseitig zu ändern (vgl. LAG Köln vom 26.7.2010, 11 Ta 224/02, LAGE § 611 BGB 2002 Direktionsrecht Nr. 1). Aber auch wenn vorliegend in Ermangelung einer abschließenden Bestimmung über die Lage der Arbeitszeit der Klägerin im Arbeitsvertrag das entsprechende Direktionsrecht der Beklagten weiterhin bestand, unterliegt dieses Direktionsrecht den Grenzen billigen Ermessens im Sinne von § 106 GewO. Dieses wurde hier von der Beklagten nicht gewahrt.

Bereits nach dem Vorbringen der Beklagten ist nicht ersichtlich, dass die Ausübung des Weisungsrechts billigem Ermessen entspricht. Denn die Wahrung billigen Ermessens setzt voraus, dass die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden. Vorliegend wusste die Beklagte um die Schwierigkeiten der Klägerin zur Erbringung der Arbeitsleistung an wechselnden Schichten, insbesondere zu Zeiten, die außerhalb der Öffnungszeiten der Kindertagesstätte ihrer Sohnes liegen. Diese Problematik war der Beklagten aus der anwaltlichen Vorcorrespondenz bekannt, welche letztlich in einem Verfahren zur Reduzierung der Arbeitszeit der Klägerin mündete (Az. 5 Ca 2482/10). Die Zustellung der entsprechenden Klage erfolgte unter dem 18.9.2010, so dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Abmahnungen wie auch der Kündigungen um das Rechtsschutzziel der Klägerin wusste. Daher war der Beklagten auch bekannt, dass die Klägerin ihren Sohn werktags in der Kita in der Zeit von 7 bis 16 Uhr hat und die Klägerin ohne längeren Vorlauf von mitgeteilten Arbeitszeiten regelmäßig keine andere Betreuungsmöglichkeit für ihren Sohn hat.

Ohne konkreten Vortrag dazu, aufgrund welcher für die Beklagte gleichsam zwingende Umstände die Klägerin nicht ggf. übergangsweise bis zu einer erstinstanzlichen Entscheidung bezüglich des Teilzeitbegehrens für einige Wochen bis wenige Monate innerhalb der ihr möglichen Arbeitszeiten während der Öffnungszeiten der Kita eingesetzt werden können sollte, entspricht die von der Beklagten vorgenommene Ausübung des Direktionsrechts nicht billigem Ermessen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die von der Klägerin aktuell geschuldete wöchentliche Arbeitszeit ganz wesentlich bei entsprechender Lage in den Öffnungszeiten der Kita für sie leistbar wäre. In Kenntnis dieser Umstände hat die Beklagte die Klägerin nach dem 21.9.2010 trotzdem zu Diensten eingeteilt, welche im Hinblick auf die ihr bekannte Betreuungssituation von vornherein unmöglich bzw. mit erheblichen Schwierigkeiten für eine Ersatzbetreuung verbunden waren. In Ermangelung nachvollziehbarer und gleichsam für die Beklagte zwingender Gründe für die Zuweisung der konkreten Arbeitszeiten stellt sich die damit einhergehende Ausübung des Direktionsrechts als nicht mit billigem Ermessen vereinbar dar.

Das gilt insbesondere auch deshalb, weil bei der Beklagten eine große Flexibilität hinsichtlich der Dienstenteilung für die einzelnen Wochenschichten besteht. Insoweit hat die Beklagte vorgetragen, dass sich die Mitarbeiter der einzelnen Standorte weitgehend ihre Arbeitszeiten im Einsatzplan selbst aussuchen und nur in den Fällen eine konkrete Arbeitsverteilung durch den Standortleiter vorgegeben wird, in denen die Mitarbeiter selbst untereinander keine Einigkeit erzielen konnten. Demnach erscheint es der Beklagten zum Zeitpunkt des Auslaufens der Arbeitsunfähigkeitszeit der Klägerin ohne Weiteres möglich, ihr zunächst und ggf. übergangsweise Dienste in dem Schichtplan zuzuweisen, welche den Betreuungserfordernissen des Sohnes der Klägerin ganz bzw. überwiegend Rechnung tragen. Dies ist aber nicht erfolgt. Vielmehr hat die Beklagte der Klägerin bereits für den 22.9.2010 als ersten Tag nach der Arbeitsunfähigkeit einen Dienst ab 13.30 Uhr zugewiesen. In gleicher Weise hat sie der Klägerin für sie ungünstige Arbeitszeiten in der Folgezeit bis zum Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung vom 25.9.2010 zugewiesen und daher billiges Ermessen bei Ausübung des Direktionsrechts nicht gewahrt.

Überdies erscheint die Zuweisung der jeweiligen Arbeitszeiten an die Klägerin auch schon deshalb billigem Ermessen nicht zu entsprechen, weil die jeweiligen Zeiträume zwischen der Bekanntgabe der Arbeitszeiten bis zu deren geplanten Beginn unverhältnismäßig kurz waren. Die für die Kündigung relevante Zuweisung von Arbeitszeit für den 25.9.2010

erfolgte erst mit dem Abmahnungsschreiben vom 24.9.2010 (vgl. Bl. 60 f.d.A.), welches der Klägerin nach 15 Uhr am 24.9.2010 zugegangen ist. Darin wird die Klägerin u.a. aufgefordert, unverzüglich bzw. spätestens am 25.9.2010 um 10 Uhr die Arbeit wieder aufzunehmen. Gemäß § 12 Abs. 2 TzBfG ist selbst bei Arbeit auf Abruf der Arbeitnehmer nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt. Danach kann vorliegend in einem Arbeitsverhältnis, in welchem Arbeit auf Abruf gerade nicht vereinbart worden ist, eine Frist von weniger als 24 Stunden nicht als ermessensgerecht bzw. verhältnismäßig betrachtet werden. Demgemäß konnte vorliegend nicht vom Vorliegen einer (beharrlichen) Arbeitsverweigerung und damit eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB ausgegangen werden.

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass sich die Klägerin in der Zeit vom 22.9. bis 25.9.2010 bei der Beklagten nicht (jeweils) meldete, um ihr Fernbleiben vom Dienst zu erklären. Denn dies war der Beklagten bzw. dem Prozessbevollmächtigten durch entsprechende Mitteilung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin bereits vor Ablauf der Arbeitsunfähigkeitszeit hinlänglich bekannt.

In Ermangelung einer unberechtigten (beharrlichen) Arbeitsverweigerung und damit arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung durch die Nichtleistung des kurzfristig zugewiesenen Dienstes am 25.9.2010 ist auch eine verhaltensbedingte, fristgerechte Kündigung der Klägerin gemäß § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt.

Anmerkung

Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist seit 1995 bei der Beklagten, zuletzt als Verkäuferin, beschäftigt. Da ihr Ehemann ganztägig als Monteur tätig ist, betreut sie ihren dreijährigen Sohn allein. Wegen der Öffnungszeiten der Kindertagesstätte kann die Klägerin nur von 08:00 Uhr bis 15:00 Uhr, maximal bis 15:30 Uhr arbeiten. Einem entsprechenden Wunsch auf Reduzierung der Arbeitszeit auf 32,5 Wochenstunden widersprach die Beklagte. Über das Teilzeitbegehren ist seit dem 18.09.2010 ein Verfahren vor dem ArbG Bochum (Az: 5 Ca 2485/10) rechtshängig.

Im September 2010 teilte die Klägerin der Beklagten nach Ende der Elternzeit und anschließender Arbeitsunfähigkeit mit, dass sie ihre Arbeit nicht aufnehmen werde. Am ersten Tag nach ihrer Rückkehr war die Klägerin mit Arbeitsbeginn um 13:30 Uhr, an den beiden folgenden Tagen um 9:30 Uhr und um 13:30 Uhr eingeteilt.

Die Mitarbeiter legen ihre Wochenschichtpläne weitestgehend eigenverantwortlich fest. Die Arbeitgeberin gibt nur in den Fällen eine konkrete Arbeits-einteilung vor, in denen die Mitarbeiter selbst untereinander keine Einigkeit erzielen konnten. Die Klägerin trat die zugeteilten Schichten nicht an, auch meldete sie sich nicht bei der Beklagten. Daraufhin sprach die Beklagte zwei Abmahnungen aus. Verbunden mit der zweiten Abmahnung war die Aufforderung, spätestens am nächsten (vierten) Tag um 10:00 Uhr die Arbeit wieder aufzunehmen. Als die Klägerin wieder nicht erschien, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 25.09.2010 fristlos, mit Schreiben vom 29.09.2010 hilfsweise fristgerecht zum 31.03.2011. Über die erhobene Kündigungsschutzklage hat das ArbG Bochum zugunsten der Klägerin entschieden.

Im Ergebnis stellt das Gericht fest, dass die Beklagte ihr Weisungsrecht gem. § 106 GewO nicht nach billigem Ermessen ausgeübt habe. Somit fehle es an einer unberechtigten (beharrlichen) Arbeitsverweigerung und damit an einer vertraglichen Pflichtverletzung der Klägerin. Die fristlose, wie die fristgerechte Kündigung sei unwirksam.

Im Zentrum stand die Frage nach der Verteilung der arbeitsvertraglich nicht konkret festgelegten individuellen Arbeitszeit. Bei der notwendigen und nach den Grundsätzen des § 106 GewO vorzunehmenden Konkretisierung sah das Gericht die Arbeitgeberin an folgende normative und tatsächliche Vorgaben gebunden.

Das Weisungsrecht unterliegt den Grenzen billigen Ermessens. Die Wahrung billigen Ermessens setzt voraus, dass die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden. Zum Zeitpunkt der Kündigung war der Arbeitgeberin die Klage auf Reduzierung der Arbeitszeit bereits zugegangen. Mithin wusste sie um das Rechtsschutzziel der Klägerin. Ebenso war ihr bekannt, dass die Klägerin wegen der (alleinigen) Betreuung ihres Sohnes Schwierigkeiten hatte, ihre Arbeitsleistung an wechselnden Schichten, insbesondere außerhalb der Öffnungszeiten der Kindertagesstätte zu erbringen. Die von der Klägerin aktuell zu erbringende, noch nicht reduzierte wöchentliche Arbeitszeit hätte von ihr bei entsprechender Lage weitestgehend während der Öffnungszeiten der Kindertagesstätte geleistet werden können. Demgegenüber konnte die Beklagte keine nachvollziehbaren und für sie zwingenden Gründe darlegen, der Klägerin konkrete Arbeitszeiten auch außerhalb der Öffnungszeiten der Kindertagesstätte zuweisen zu müssen. Gerade im Hinblick auf die von der Beklagten vorgetragene Flexibilität bezüglich der Dienst-

einteilung hätten der Klägerin auch Arbeitszeiten zugewiesen werden können, die nicht mit deren Betreuungspflichten gegenüber ihrem Kind kollidierten.

Darüber hinaus entspreche der für die Kündigung relevante Arbeitsbeginn von 10 Uhr, der erst mit der Abmahnung am vorangegangenen Nachmittag für den folgenden Tag zugewiesen worden war, wohl auch deshalb nicht billigem Ermessen, weil der maßgebliche Zeitraum zwischen der Bekanntgabe der Arbeitszeit und dem geplanten Schichtbeginn unverhältnismäßig kurz sei. Das Gericht verweist zutreffend auf § 12 TzBfG. Wenn schon bei Arbeit auf Abruf der Arbeitnehmer nur zur Arbeitsleistung verpflichtet sei, nachdem ihm die Lage der Arbeitszeit jeweils vier Tage im Voraus mitgeteilt worden ist, dann könne eine Frist von weniger als 24 Stunden in einem Arbeitsverhältnis, in dem Arbeit auf Abruf gerade nicht vereinbart ist, nicht ermessensfehlerfrei sein.

Würdigung

Der Entscheidung ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen. Sie liegt auf einer Linie mit den Urteilen des ArbG Hamburg¹, des LAG Nürnberg² und des LAG Rostock³, die ebenfalls die Kündigung einer Arbeitnehmerin für unwirksam erklärten, weil der Arbeitgeber sein Weisungsrecht bezüglich der Lage der Arbeitszeit ermessensfehlerhaft ausgeübt hatte.

Konkrete gesetzliche Freistellungs- und Arbeitszeitreduzierungsansprüche (§§ 2, 3 PflegeZG, § 15 BEEG und § 8 TzBfG) ermöglichen es dem Arbeitnehmer, in bestimmten Fällen kurzfristige oder regelmäßige Pflichtenkollisionen zwischen Arbeits- und Familienpflichten aufzulösen. Darüber hinaus steht dem Arbeitnehmer aufgrund vorrangiger Familienpflichten ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht gem. § 275 Abs.3 BGB zu.⁴ In diesen Kontext ist auch § 106 GewO einzuordnen, wenn es um die arbeitsvertragliche Konkretisierung der Arbeitszeit geht. Die Entscheidung zeigt, wie wichtig die Lage der Arbeitszeit, auch ohne Reduzierung des Umfangs der Arbeitszeit ist, um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu gewährleisten.⁵ Deutlich wird zudem, dass die Generalklauseln der §§ 106 GewO, 315

BGB geeignet sind, den Wunsch nach familienrechtlichen Arbeitszeiten zu verwirklichen.

Arbeitszeitverringerung und Lage der Arbeitszeit

Das Gericht hatte sich nicht mit der Frage nach der Verringerung der Arbeitszeit zu befassen, da insoweit ein weiteres Verfahren zwischen den Parteien rechtshängig ist. Für das Teilzeitbegehren der Klägerin liegt § 8 Abs.1 TzBfG als Anspruchsgrundlage nahe. Im Rahmen dessen treffen die Arbeitsvertragsparteien auch eine Regelung über die Lage der Arbeitszeit nach den Wünschen der Klägerin, soweit hinreichend gewichtige⁶ betriebliche Gründe nicht entgegenstehen, vgl. § 8 Abs.2 S.2, Abs.4 S.1 TzBfG.

Die Entscheidung verdeutlicht, dass eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit auch losgelöst vom Verringerungsverlangen der Beschäftigten im Rahmen des Direktionsrechts nach § 106 GewO durch den Arbeitgeber zu berücksichtigen ist.

Lage der Arbeitszeit und Direktionsrecht des Arbeitgebers, § 106 GewO, § 315 BGB

Fehlt eine abschließende vertragliche Regelung, unterliegt die Bestimmung der zeitlichen Lage der Arbeitszeit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers.⁷ Gem. § 106 S.1 GewO erfolgt die Weisung nach billigem Ermessen. Der Arbeitgeber hat schutzwürdige Belange betroffener Arbeitnehmer, mit Blick auf Art. 6 GG insb. Familienpflichten, angemessen zu berücksichtigen.⁸ Da die Arbeitgeberin keine nachvollziehbaren Gründe vortragen konnte, die aus ihrer Sicht den Einsatz der Klägerin auch außerhalb der Öffnungszeiten der KiTa notwendig machten, konnte die Interessenabwägung durch das Gericht nur zugunsten der Klägerin und der von ihr geltend gemachten Sorgspflicht ausfallen. Die Zuweisung der Arbeitszeiten war somit ermessensfehlerhaft.

Überschreitet der Arbeitgeber die Grenze billigen Ermessens, so ist seine Weisung nach § 315 Abs. 3 S.1 BGB unverbindlich.⁹ Die Klägerin durfte also der Arbeit fern bleiben und war auch nicht zur teilweisen Erbringung ihrer Arbeitsleistung (in der für sie möglichen Zeit – z.B. von 10 Uhr bis 15 Uhr, bzw. 15.30 Uhr) verpflichtet.¹⁰ Bei unbilliger Ermessensausübung steht den Arbeitnehmern grundsätzlich eine

1 ArbG Hamburg v. 4.12.1995 – 21 Ca 290/95, ArbU 1998, 297.

2 LAG Nürnberg v. 8.3.1999 – 6 Sa 259/97, Streit 2000, 85.

3 LAG Rostock v. 26.11.2008 – 2 Sa 217/08, Streit 2009, 21; mit Anm. Nebe, jurisPR-ArbR 36/2009 Anm.1.

4 Dazu jurisPK-Familie und Beruf/ Nebe, Kapitel 3.1, Rn. 23 ff. Zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf gehört auch, dass in Vollzeit beschäftigte Arbeitnehmer („Haupternährer“) Anspruch auf aktive Teilnahme am Familienleben haben, vgl. Buschmann in Festschrift Pfarr, 2010, 442/ 455 f.

6 BAG v. 18.2.2003 – 9 AZR 164/02, juris, Rn. 64 ff.

7 ErfK/ Preis, 11.A. 2011, § 106 GewO, Rn. 19; HK-ArbR/Becker, 2.A. 2010, § 106 GewO, Rn. 11.

8 jurisPK-Familie und Beruf/ Düwell, Kapitel 4, Rn.30, 32, 48; ErfK/ Preis, § 106 GewO, Rn. 19.

9 Unverbindlichkeit als ein Sonderfall der Unwirksamkeit meint, dass die unbillige Leistungsbestimmung keine Wirkung hat. Vgl. Rieble in Staudinger BGB, 2009, § 315, Rn. 348.

10 Ist die Leistungsbestimmung unverbindlich, kann der Leistungsberechtigte auch nicht allein den „billigen Teil“ im Sinne einer Teilschuld einfordern. Die Unbilligkeit macht die Leistungsbestimmung als Ganzes unverbindlich. Dass damit für eine bestimmte Zeit gar keine Leistungsbestimmung vorhanden ist, nimmt das Gesetz in Kauf und rechnet es dem Gestaltungsrisiko des Leistungsbestimmers zu. Vgl. Rieble in Staudinger BGB, 2009, § 315, Rn. 357 f.

Einwendung gegen die Weisung zu.¹¹ Unter Umständen kann sich aus § 106 GewO sogar ein Anspruch auf eine bestimmte Lage der Arbeitszeit, im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null, ergeben.¹²

Allgemeiner Anspruch auf familiengerechte Lage der Arbeitszeit

§ 106 GewO fügt sich in ein normatives System familiengerecht zu gestaltender Arbeitszeiten ein.¹³ § 8 TzBfG gewährt einen Anspruch auf eine familiengerechte Lage der Arbeitszeit, wenn gleichzeitig die Verringerung der Arbeitszeit verlangt wird und soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. § 15 BEEG sieht einen Anspruch auf Elternteilzeit vor, ohne gleichzeitig einen Anspruch auf eine familiengerechte Lage der Arbeitszeit zu normieren. Diese verbleibende Lücke schließt das BAG mithilfe des Weisungsrechts nach § 106 GewO.¹⁴ Im Falle der Elternteilzeit bedeutet eine ermessensfehlerfreie Ausübung des Weisungsrechts, dass der Arbeitgeber die gewünschte Lage der Arbeitszeit nur ablehnen kann, wenn dringende betriebliche Gründe entgegenstehen.¹⁵ Im Ergebnis folgert das BAG für den Fall der Elternteilzeit einen Anspruch auf eine familiengerechte Lage der Arbeitszeit aus § 106 GewO, soweit dringende betriebliche Gründe nicht entgegenstehen.¹⁶ Aber auch nach der Elternzeit hat der Arbeitgeber familiäre Belange für eine billige Ermessensentscheidung nach § 106 GewO und § 315 BGB zu berücksichtigen.¹⁷

Zusammengefasst heißt das: Übt der Arbeitgeber sein Direktionsrecht aus, kann sich aus § 106 GewO ein Anspruch auf eine familiengerechte Verteilung der Arbeitszeit im Wege eines Anspruchs auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung ergeben, unabhängig von einem Teilzeitbegehren und auch außerhalb der Elternzeit.

§§ 106 GewO, 315 BGB sind als auslegungsbedürftige Generalklauseln aber auch in den unionsrechtlichen Kontext einzuordnen.¹⁸ So sieht § 6 Abs.1 der Rahmenvereinbarung der neuen Elternurlaubssrichtlinie (RL 2010/18/EU)¹⁹ das Recht von RückkehrerInnen auf eine befristete Änderung der Arbeitszeiten und /oder des Arbeitsarrangements vor.²⁰ Nach Erwägungsgrund Nr. 21 der Rahmenver-

einbarung soll es erwerbstätigen Eltern im Wege flexibler Arbeitsregelungen ermöglicht werden, ihre beruflichen und elterlichen Pflichten besser miteinander zu vereinbaren; insbesondere soll ihnen der berufliche Wiedereinstieg nach dem Elternurlaub erleichtert werden.

Bei zutreffender und vor allem unionsrechtskonformer Auslegung können §§ 106 GewO, 315 BGB die Richtlinie sinnvoll umsetzen und Eltern auch nach dem Ende ihrer Elternzeit eine familiengerechte Verteilung der Arbeitszeit, angepasst an die Betreuungsbedürfnisse des Kindes gewährleisten. Ändern sich die familiären Belange, hat sich auch das Weisungsrecht an den neuen Belangen auszurichten.²¹ Somit stellen die §§ 106 GewO, 315 BGB schon jetzt flexible Regelungen dar, die eine befristete Änderung der Arbeitszeiten ermöglichen.

Der normative Spielraum und die daran anknüpfende Pflicht zu einer unionsrechtskonformen Auslegung entbinden den nationalen Gesetzgeber jedoch nicht von seiner Pflicht zur transparenten Umsetzung der Vorgaben der RL 2010/18/EU. Besondere Bedeutung erlangen dabei die Vorgaben in Erwägungsgrund Nr. 17 und in § 3 Abs. 3 der Rahmenvereinbarung zur besonderen Berücksichtigung der Belange von Eltern behinderter oder langzeiterkrankter Kinder.²²

Fraglich ist noch, wie es sich auswirkt, wenn der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht keinen Gebrauch macht. Insofern bleibt zu überlegen, ob sich für den Arbeitgeber eine Pflicht zur Ausübung des Weisungsrechts aus § 106 GewO ergibt.²³ Der Arbeitgeber soll sich seiner Pflicht zur familiengerechten Verteilung der Arbeitszeit nicht dadurch entziehen dürfen, dass er es den Kollegen untereinander überlässt, ihre Arbeitszeiten festzulegen. Für eine Pflicht zur Ausübung des Weisungsrechts spricht auch § 6 Abs.1 S.2 der Rahmenvereinbarung, der ein Antragsrecht der Eltern auf Änderung des Arbeitsarrangements vorsieht.²⁴ In unionsrechtskonformer Auslegung wäre dem/der RückkehrerIn über §§ 106 GewO, 315 BGB daher auch ein Anspruch auf Verhandlung über ein familiengerechtes Arbeitszeitarrrangement einzuräumen.

Doreen Kalina, Bremen

11 Rechtswidrige Weisung führt zu Leistungsverweigerungsrecht, vgl. HK-ArbR/Becker, 2.A. 2010, § 106 GewO, Rn. 29; HWK/Lembke, 4.A. 2010, § 106 GewO, Rn. 116 f.

12 LAG Rostock v. 26.11.2008 – 2 Sa 217/08, Streit 2009, 21 f. zur Festlegung der Arbeitszeit für eine Alleinerziehende mit Kleinkind; ähnlich ArbG Berlin v. 25.07.2008 – 28 Ca 13095/07, das einen Anspruch aus §§ 611 Abs.1, 241 Abs.2 BGB begründet.

13 Haunau in Festschrift Buchner, 2009, 281/ 299 f.

14 BAG v. 09.05.2006 – 9 AZR 278/05 – juris.

15 BAG v. 09.05.2006 – 9 AZR 278/05, juris, Rn. 43 ff.

16 So Hanau in Festschrift Buchner, 2009, 281/ 291, 298.

17 BAG v. 23.9.2004 – 6 AZR 567/03, juris; LAG Nürnberg v. 8.3.1999 – 6 Sa 259/97, Streit 2000, 85.

18 Nebe, jurisPR-ArbR 36/2009 Anm.1.

19 Die Umsetzungsfrist der Richtlinie läuft am 8.3.2012 ab (Art.2 RL 2010/18/EU).

20 Kohte in Festschrift Pfarr, 2010, 489/ 495 f.

21 Hanau in Festschrift Buchner, 2009, S. 300.

22 Vgl. dazu EuGH v. 17.07.08 – C-303/06 (Rs. Coleman), NZA 2008, 932 mit Anm. Schlachter, RdA 2010, 104 und Nebe in Forum A, Beitrag 1/2011 unter www.reha-recht.de.

23 ErfK-Preis, 11.A. 2011, § 106 GewO, Rn. 8.

24 Dahm, Die neue Richtlinie zum Elternurlaub, EuZA 2011, 30/ 48; Antragsrecht als Mindeststandard und Fairness als Regelungsaufgabe, vgl. Kocher, Diskontinuität von Erwerbsbiografien und das Normalarbeitsrecht, NZA 2010, 841/ 845.