

## Überstunden – Kündigung bei Arbeitsverweigerung

1. Lehnt der Arbeitnehmer zulässig angeordnete Überstunden ab, so kann jedenfalls nach einschlägiger Abmahnung - eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sein.

2. Bei der Gewichtung des Kündigungsgrundes ist zu berücksichtigen, dass die Anordnung von Überstunden eine Sonderverpflichtung darstellt, die über den arbeitsvertraglich vorgesehenen Regelumfang der Arbeitsverpflichtung hinausgeht. Wendet sich der Arbeitnehmer, wenn auch im Einzelfall zu Unrecht, dagegen, in der Vergangenheit bereits häufig angefallene Sonderverpflichtungen in Form von Überstunden zu übernehmen, so wiegt eine solche Arbeitsvertragsverletzung vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls im allgemeinen weniger schwer, als wenn er bereits die Erfüllung der arbeitsvertraglich vorgesehenen Regelarbeitsverpflichtung rechtsgrundlos verweigert.

*LAG Köln vom 27. April 1999 - 13 Sa 1380/98*

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer fristlosen, arbeitgeberseitigen Kündigung.

Bei der Beklagten handelt es sich um ein Bedachungsunternehmen, das sieben bis acht Arbeitnehmer beschäftigt. Ein Hauptauftraggeber der Beklagten ist die Firma E., die für den Mobilfunk-Betreiber E-p Antennenanlagen erstellt. Diese Antennenanlagen werden in der Regel auf Kirchtürmen oder sieben- und mehrgeschossigen Flachdachbauten errichtet. Bei der Flachdach-Montage werden die Antennen und Sende- und Empfangseinrichtungen auf spezielle Stahlmasten und Stahlstützen gesetzt. Zu diesem Zweck ist es Aufgabe der Beklagten, zunächst die Dachhaut zu öffnen. Sodann werden von einem Stahlbauunternehmen die Masten bzw. Stützen auf dem Dach befestigt. Dann müssen die Öffnungen in der Dachhaut von der Beklagten wieder fachgerecht abgedichtet werden. Um das Eindringen von Niederschlagswasser in die Gebäude zu vermeiden, hat dies noch am selben Tage zu geschehen. Da teilweise auch teure Autokräne bei der Montage der Masten im Einsatz sind, sind die mit der Firma E. vereinbarten Termine genau einzuhalten. Die Baustellen der Firma E. befinden sich in der Regel in einem Umkreis von ca. 150 km um den Firmensitz der Beklagten in B. bei Bo.

Aus den Gründen:

A. . . .

B. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 25. 02. 1998 ist als solche rechtsunwirksam, da keine Tatsachen im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB vorliegen, aufgrund derer es der Beklagten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht einmal zumutbar gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 11. März 1998 fortzusetzen.

1. Allerdings ist im Ausgangspunkt dem Arbeitsgericht darin beizupflichten, dass der Kläger am 25. 02. 1998 verpflichtet gewesen wäre, der Weisung der Beklagten, die Arbeit auf der Baustelle der Firma E. in D. aufzunehmen, ohne den von ihm gemachten Vorbehalt nachzukommen, auch wenn dies mit mehr oder minder großer Wahrscheinlichkeit bedeutet hätte, Überstunden in Kauf nehmen zu müssen. Die Arbeit auf wechselnden, auch auswärtigen Einsatzstellen war vom Inhalt des Arbeitsvertrages der Parteien gedeckt. Darüber besteht auch kein Streit. Eine derartige Tätigkeit kann aber typischerweise - ohne dass es darauf ankommt, ob ein unmittelbarer Anwendungsfall von § 9 RTV Dachdeckerhandwerk gegeben ist - von Fall zu Fall dazu führen, dass sich die betriebliche Notwendigkeit ergibt, Überstunden abzuleisten. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Organisation des Arbeitsablaufs auch von der Tätigkeit von Drittfirmen abhängt, auf die der eigene Arbeitgeber keinen oder nur einen begrenzten Einfluss hat. Solche Verhältnisse waren nach der unwidersprochen gebliebenen Schilderung des Arbeitsablaufs seitens der Beklagten auch auf vielen Baustellen der Firma E gegeben. Dies musste dazu führen, dass zu Beginn des jeweiligen Arbeitstages nicht ausgeschlossen werden konnte, dass sich die

betriebliche Notwendigkeit zur Ableistung von Überstunden ergeben könnte. In solchen Fällen war die Anordnung von - potentiellen - Überstunden in den Grenzen des höherrangigen Rechts vom arbeitgeberseitigen Direktionsrecht gedeckt.

Gemessen hieran stellte die Weigerung des Klägers vom 25. 02. 1998, Überstunden zu leisten, falls sie denn notwendig werden sollten, eine Arbeitsvertragsverletzung dar, die auch geeignet war, die Beklagte in der Vornahme ihrer Betriebsorganisation nicht unbeträchtlich zu behindern, denn es musste ihr betriebswirtschaftlich und arbeitsorganisatorisch wenig sinnvoll erscheinen, einen Arbeitnehmer, der sich generell weigerte, Überstunden zu leisten, auf eine auswärtige Baustelle zu entsenden, auf der Überstunden möglicherweise betrieblich notwendig werden konnten.

Der Kläger wurde im Oktober 1996 von der Beklagten als Dachdeckergeselle eingestellt. Für seine Einstellung war maßgebend, dass er über einen Führerschein verfügte und daher gerade auch die wechselnden auswärtigen Baustellen des Auftraggebers E. wahrnehmen konnte. Der Kläger erzielte zuletzt einen Verdienst in Höhe von ca. 4800,00 DM brutto monatlich. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden die Regelungen des Rahmentarifvertrages für die gewerblichen Arbeitnehmer im Dachdeckerhandwerk vom 27. November 1990 in der jeweils geltenden Fassung kraft Allgemeinverbindlichkeitserklärung Anwendung.

Der Kläger wurde nach seiner Einstellung häufig auf Baustellen der Firma E., aber auch auf anderen Baustellen eingesetzt. ...

Im Dezember 1997 äußerte der Kläger, dass er nicht bereit sei, regelmäßig auf den Baustellen der Firma E. Überstunden zu leisten. Im Januar 1998 fiel für den Kläger kein Einsatz bei der Firma E. an. Am 16.02. 1998 war der Kläger für eine Baustelle der Firma E. in O. eingeteilt. Diesen Einsatz nahm im Ergebnis der Dachdeckermeister M. wahr, während der Kläger auf dessen Baustelle eingesetzt wurde. Unter dem 17. 02. 1998 erhielt der Kläger eine Abmahnung folgenden Wortlauts:

"Sehr geehrter Herr, hiermit erhalten Sie eine Abmahnung, weil Sie sich geweigert haben, für unseren Hauptauftraggeber, die Firma E., zu arbeiten. Wir bitten Sie nachdrücklich diesen Mangel sofort abzustellen, da wir uns ansonsten gezwungen sehen, das Arbeitsverhältnis mit Ihnen fristlos zu kündigen"

Vom 17.02. bis 20.02. 1998 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Bei der Arbeitseinteilung am Aschermittwoch, dem 25.02. 1998, erhielt der Kläger die Anweisung, auf eine Baustelle der Firma E. nach D. zu fahren. Hierzu erklärte sich der Kläger bereit, weigerte sich jedoch, Überstunden zu machen und wies darauf hin, dass er einschließlich An- und Abfahrtszeit nur noch die tarifliche Arbeitszeit leisten werde. Hierbei blieb der Kläger auch in einem sich anschließenden Gespräch mit einem geschäftsführenden Mitgesellschafter der Beklagten. Daraufhin wurde der Kläger nach Hause geschickt. Er erhielt noch am gleichen Tag die schriftliche fristlose Kündigung.

2. Es mag ferner zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass auch die Abmahnung vom 17. 02. 1998 in ihrem Kern berechtigt gewesen sein mag.

3. Lehnt der Arbeitnehmer zulässig angeordnete Überstunden ab, so kann - jedenfalls nach einschlägiger Abmahnung - eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt sein (Küttner/Reinecke, Personalbuch 1998, Stichwort Überstunden Rz. 8, KR-Fischermeier, 5. Aufl., § 626 BGB Rz. 412). In Anbetracht der Umstände des vorliegenden Falles verstößt die Kündigung der Beklagten vom 25. 02. 1998 jedoch als außerordentliche Kündigung gegen den arbeitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dieser besagt, dass eine außerordentliche, fristlose Kündigung als das schärfste und einschneidendste arbeitsrechtliche Sanktionsmittel überhaupt nur als "ultima ratio" in Betracht kommt, wenn kein anderes, milderer Mittel zur Verfügung steht, um die berechtigten Interessen des Kündigenden zu wahren (BAG, EzA § 626 BGB Nr. 66 in. w. N., BAG EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 5; KR-Fischermeier, § 626 BGB Rz. 25 1, KR-Etzel, § 1 KSchG Rz. 237 f.; Isenhardt, HZA Gruppe 5 Kündigung Rz. 308; Stahlhacke/Preis, Kündigung und

Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., Rz. 454 f.; Münch-Komm.-Schwerdtner, § 626 BGB Rz. 39 ff.).

a. Auch wenn man zugunsten der Beklagten davon ausgeht, dass sie grundsätzlich berechtigt war, auf den Baustellen der Firma E mit einer gewissen Regelmäßigkeit betriebsnotwendig anfallende Überstunden anzuordnen, so ist doch bei der Gewichtung des Kündigungsgrundes zu berücksichtigen, dass die Anordnung von Überstunden eine Sonderverpflichtung darstellt, die über den arbeitsvertraglich vorgesehenen Regelumfang der Arbeitsverpflichtung hinausgeht (Küttner/keinecke, Personalbuch 1998, Stichwort Überstunden Rz. 3). Es ist ferner zu berücksichtigen, dass die zur Akte gereichten Arbeitszeitaufzeichnungen des Klägers, die immerhin einen Zeitraum umfassen, der ungefähr der Hälfte der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses entspricht, zwar keine Verstöße der Beklagten gegen arbeitszeitrechtliche Gesetze erkennen lassen, sehr wohl aber entgegen der Behauptung der Beklagten belegen, dass die Ableistung von Überstunden im Arbeitsverhältnis der Parteien keinesfalls eine "seltene Ausnahme" darstellten. Vielmehr weisen die Aufzeichnungen, die vom Umfang und der jahreszeitlichen Lage her repräsentative Zeiträume erfassen, aus, dass der Kläger in der Zeit von Mitte März bis Mitte Juli 1997 gemessen an der tarifvertraglichen Sollarbeitszeit des § 3 Ziff. 3 RTV (7,5 Stunden werktäglich bis zur 17. KW, 8 Stunden werktäglich von der 18. bis zur 48. KW) keineswegs nur gelegentlich, sondern sehr häufig, wenn auch in wesentlich geringerem Umfang als von ihm selbst allzu pauschal behauptet, Überstunden geleistet hat. Wendet sich der Arbeitnehmer, wenn auch im Einzelfall zu Unrecht, dagegen, in der Vergangenheit bereits häufig angefallene Sonderverpflichtungen in Form von Überstunden zu übernehmen, so wiegt eine solche Arbeitsvertragsverletzung vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls im allgemeinen weniger schwer, als wenn er bereits die Erfüllung der arbeitsvertraglich vorgesehenen Regelarbeitsverpflichtung rechtsgrundlos verweigert.

b. Bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen ist ferner zu berücksichtigen, dass der Beklagten durch das Verhalten des Klägers vom 25. 02. 1998 ein erkennbarer wirtschaftlicher Schaden nicht entstanden ist. Auch ist zu bedenken, dass im Falle des Klägers die bei einer ordentlichen Kündigung einzuhaltende Kündigungsfrist gemäß § 49 Ziff. 3 RTV Dachdeckerhandwerk auf nur 12 Werktage abgekürzt ist. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte den Kläger während der ohnehin kurzen Kündigungsfrist nicht mehr sinnvoll und zumutbar hätte einsetzen können, zumal sie selbst betont, dass der Kläger außer auf den Baustellen der Firma E. immer wieder auch auf anderen Baustellen eingesetzt wurde. Bedenkt man ferner, dass der Kläger am 25. 02. 1998 zwar eine potentielle Leistung abgelehnt hat, zu deren Erbringung er im Einzelfall verpflichtet gewesen wäre, die aber dennoch gemessen an den normalen Grundverpflichtungen des Arbeitsverhältnisses als überobligatorisch anzusehen gewesen wäre, kann im Gegensatz zur Auffassung des Arbeitsgerichts nicht ohne weiteres angenommen werden, dass eine gedeihliche Zusammenarbeit mit dem Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr hätte erwartet werden können.

Für das Interesse der Beklagten an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger spricht, dass der Kläger nach der unwidersprochen gebliebenen Darstellung der Beklagten gerade deshalb eingestellt worden war, weil er für die Wahrnehmung der Baustellen des Kunden E. besonders geeignet erschien. Wenn nun aufgrund der Vorbehalte des Klägers gegen die Ableistung von Überstunden gerade der Einsatz des Klägers auf den Baustellen der Firma E. dauerhaft mit Schwierigkeiten belastet zu sein droht, so ist nachvollziehbar, dass die Beklagte den Grund für eine Weiterbeschäftigung des Klägers als weggefallen ansieht. Diesem Interesse konnte die Beklagte jedoch in zumutbarer Zeit auch mit Hilfe einer ordentlichen, fristgerechten Kündigung Rechnung tragen, die der Gesetzgeber, wie schon die Bezeichnung dieser Kündigungsart verdeutlicht, als den Normalfall einer einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ansieht. Die Beklagte mag sich dabei vor Augen halten, dass der Kläger auch bei einer ordentlichen, fristgerechten Kündigung als arbeitsrechtliche Reaktion auf sein Verhalten alsbald seinen Arbeitsplatz bei der Beklagten und den während der Dauer der Beschäftigung erworbenen sozialen Besitzstand verliert.

War der Beklagten somit trotz des Fehlverhaltens des Klägers vom 25. 02. 1998 noch die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten, so ist die von ihr ausgesprochene außerordentliche, fristlose Kündigung als solche rechtsunwirksam.

C. Die unwirksame außerordentliche, fristlose Kündigung vom 25.02. 1998 ist jedoch entgegen der Auffassung des Klägers in eine ordentliche, fristgerechte Kündigung gemäß § 140 BGB umzudeuten.