



Anmerkung zu:	ArbG Bochum 5. Kammer, Urteil vom 22.12.2010 - 5 Ca 2700/10	Quelle:	
Autor:	Prof. Dr. Kerstin Feldhoff	Normen:	Art 6 GG, § 8 TzBfG, § 87 BetrVG, § 80 BetrVG, § 106 GewO, § 12 TzBfG
Erscheinungsdatum:	21.09.2011	Fundstelle:	jurisPR-ArbR 37/2011 Anm. 6
		Herausgeber:	Prof. Franz Josef Düwell, Vors. RiBAG Prof. Klaus Beppler, Vors. RiBAG

Kollision Arbeitspflicht und Kinderbetreuung - Lage der Arbeitszeit

Orientierungssatz zur Anmerkung

Eine verhaltensbedingte Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung ist ungerichtlich, wenn die Arbeitnehmerin die Zuweisung konkreter Arbeitszeiten wegen der Betreuung eines Kleinkindes ablehnen durfte. Bei der Festlegung der individuellen Schichtzeiten in Ausübung des Direktionsrechts gem. § 106 GewO hat der Arbeitgeber das kollidierende Erfordernisse der Kinderbetreuung zu berücksichtigen.

A. Problemstellung

Die Frauenerwerbstätigenquote liegt 2009 bei 66,24%. Die gestiegene Quote ist jedoch nicht einem signifikanten Anstieg des Arbeitsvolumens geschuldet, sondern einer Umverteilung von Vollzeit auf Teilzeit bzw. geringfügiger Beschäftigung. Die Erwerbsquote, berechnet auf Vollzeitäquivalente beträgt nur 50,7% und liegt damit knapp über dem EU-Durchschnitt. Der Umfang der Arbeitszeit erwerbstätiger Frauen ist eng mit der Zahl und v.a. dem Alter der Kinder verknüpft: In Westdeutschland arbeiten nur 11% der Mütter mit Kindern zwischen drei und fünf Jahren Vollzeit, dagegen 48% Teilzeit; in Ostdeutschland liegen die Anteile bei 34% Vollzeit und 30% Teilzeit. Teilzeitbeschäftigung ist vor allem in Westdeutschland noch immer die Erwerbsform, die Frauen ausüben, um Kinder oder pflegebedürftige Angehörige betreuen zu können; fast die Hälfte der Frauen in Haushalten mit Kindern lebt das Zuverdienermodell. Dem Vorteil einer Teilzeitbeschäftigung zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf stehen deutliche Nachteile gegenüber, indem eigenständiger Lebensunterhalt und ausreichende Alterssicherung nur in Ausnahmefällen zu realisieren sein werden. Beim Wegbrechen eines (Partner-)Einkommens im Haushaltskontext durch Scheidung, Krankheit oder Arbeitslosigkeit drohen dauerhaft finanzielle Engpässe. Unabhängige Existenzsicherung und nachhaltige soziale Sicherung setzen daher eine sozialversicherungspflichtige (Teilzeit-)Beschäftigung mit mindestens 30 Wochenstunden voraus, die so auch von vielen Müttern gewünscht wird (Sachverständigenkommission zur Erstellung des Ersten Gleichstellungsberichtes der Bundesregierung (Hg.), Neue Wege-Gleiche Chancen, Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebenslauf, 2011, S. 135 ff.; S. 233 f.). Für die Vereinbarkeit spielt neben dem Umfang der Arbeitszeit deren Verteilung die entscheidende Rolle, wird die Verfügbarkeit der Mütter doch häufig durch Öffnungszeiten der Kindertagesstätten, Horte und Ganztagschulen vorgegeben.

Dem hier zu besprechenden Urteil liegt diese typische Vereinbarkeitsproblematik zugrunde: Nachdem sich Arbeitgeber und Arbeitnehmerin über eine Verkürzung und Verteilung der Arbeitszeit nach Rückkehr aus Elternzeit nicht einigen konnten, setzte der Arbeitgeber die Arbeitszeit einseitig und mit den Betreuungspflichten kollidierend fest. Die Arbeitnehmerin, die deshalb ihre Arbeitspflicht praktisch nicht erfüllen konnte, erschien nicht zur Arbeit, so dass der Arbeitgeber schließlich nach Abmahnungen eine verhaltensbedingte Kündigung aussprach.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Arbeitnehmerin war seit 15 Jahren als Verkäuferin beschäftigt. Sie stellte vor Rückkehr aus einer dreijährigen Elternzeit einen Antrag auf Verkürzung der Wochenarbeitszeit auf 32,5 Stunden, verteilt auf montags bis freitags zwischen 8:00 Uhr und 15:00 Uhr, max. 15:30 Uhr, orientiert an den Öffnungszeiten der vom dreijährigen Sohn besuchten Kindertagesstätte. Der Arbeitgeber, ein Einzelhandelsbetrieb mit Geschäftszeiten von 7:00 Uhr bis 20:00 Uhr, lehnte beides bzw. die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit ab, weil das rollierende Schichtsystem Teilschichten mit festen Arbeitszeiten für eine (!) Verkäuferin nicht zulasse. Mangels außergerichtlicher Einigung über den Antrag nach § 8 TzBfG hatte die Klägerin ein entsprechendes Verfahren vor demselben Gericht anhängig gemacht.

Der Einsatz der Mitarbeiter erfolgt bei der Beklagten am jeweiligen Standort durch eigenverantwortliche Einteilung des Schichtplans durch die Beschäftigten; nur bei einer Nichteinigung untereinander gibt der jeweilige Standortleiter die konkrete Arbeitsverteilung vor. Die Klägerin wurde an vier Tagen hintereinander zu Schichten beginnend am späten Vormittag bzw. frühen Nachmittag eingeteilt. Als die Klägerin nicht entsprechend diesen Einsatzplänen erschien, erteilte der Arbeitgeber jeweils eine Abmahnung. Schließlich kündigte er das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung.

Die Klägerin begründete ihre Kündigungsschutzklage damit, dass sie Betreuung ihres dreijährigen Sohnes außerhalb der Öffnungszeiten der Kindertagesstätte sicherstellen müsse. Ihr Ehemann sei ganztätig als Monteur tätig. Sie habe sich in einer Pflichtenkollision zwischen der Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten und der Verantwortung für ihren Sohn befunden. Diese Pflichtenkollision habe die Beklagte durch den Konflikt um das Teilzeitbegehren gekannt und dennoch bei der Festsetzung der Arbeitszeiten nicht berücksichtigt. Die Beklagte erwidert, dass sich die Klägerin nicht in einer unverschuldeten Zwangslage befunden habe und dennoch mehrmals unentschuldig ihren Arbeitspflichten nicht nachgekommen sei.

Das ArbG Bochum hält beide Kündigungen für ungerechtfertigt, weil nicht von einer beharrlichen Arbeitsverweigerung der Klägerin ausgegangen werden könne. Diese rechtfertige zwar grundsätzlich eine fristlose Kündigung. Der Arbeitgeber müsse aber bei der Zuweisung einer arbeitsvertraglich nur rahmenmäßig beschriebenen Arbeitspflicht die Grenzen des billigen Ermessens in Bezug auf Art, Zeit und Ort der Arbeitsleistung beachten (§ 106 GewO). Bei einer unter Missachtung dieser Grenzen erteilten Weisung darf der Arbeitnehmer die Arbeit berechtigt ablehnen.

Vorliegend durfte der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit durch Weisung bestimmen. Dabei hat er aber die wesentlichen Umstände des Falles nicht angemessen abgewogen und die berechtigten Interessen der Klägerin berücksichtigt. Trotz Kenntnis der Vereinbarkeitsproblematik bei Verpflichtung, die Arbeitsleistung zu wechselnden Zeiten außerhalb der Öffnung der Kindertagesstätte zu erbringen, hat die Beklagte die Klägerin zu solchen Zeiten eingeteilt. Wegen der hohen Flexibilität der Einteilung der Wochenschichten vor Ort ist es der Beklagten bis zu einer erstinstanzlichen Entscheidung über den Antrag nach § 8 TzBfG möglich gewesen, die Klägerin übergangsweise zu Schichtzeiten in Übereinstimmung mit den Betreuungserfordernissen einzuteilen. Das Arbeitsgericht erkennt keine nachvollziehbar bzw. zwingend entgegenstehenden Gründe. Damit hat die Beklagte ihre Weisungsbefugnis außerhalb der Grenzen des § 106 GewO ausgeübt. Zudem war die Ankündigungsfrist der Schichtzeiten so kurz (weniger als 24 Stunden), dass nicht einmal die Frist für Arbeitsverhältnisse auf Abruf gem. § 12 Abs. 2 TzBfG gewahrt war.

C. Kontext der Entscheidung

Das ArbG Bochum hatte über die Rechtmäßigkeit einer fristlosen bzw. fristgemäßen verhaltensbedingten Kündigung zu entscheiden. Weigert sich der Arbeitnehmer, die ihm im Rahmen einer rechtmäßigen Ausübung des Weisungsrechts zugewiesene Tätigkeit auszuführen, so kann dies, soweit es bewusst und nachhaltig geschieht, eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen (BAG v. 06.02.1997 - 2 AZR 38/96). Zentrale Bedeutung kommt damit der Frage zu, ob der Arbeitgeber vorliegend im Rahmen seiner Weisungen zu Schichteinsätzen die Ermessensgrenzen des § 106 GewO beachtet hat. Angesichts der Vorgeschichte spielen hier zudem die Konflikte um die Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit gem. § 8 TzBfG im Kündigungsschutzprozess eine Rolle. Letztlich geht es um die Frage, ob die Klägerin wegen Kollision mit familiären Pflichten berechtigt einen Arbeitseinsatz verweigern durfte.

In der jüngsten Zeit werden die Diskussionen um die Berücksichtigung von familiären Pflichten im Kontext des § 106 GewO intensiv geführt. Für Teilzeitarbeit während der Elternzeit hat das BAG anerkannt, dass einer familiengerechten Lage der Arbeitszeit regelmäßig der Vorrang gebührt (BAG v. 09.05.2006 - 9 AZR 278/05; dazu Hanau in: Festschrift Buchner, 2009, S. 281). Auch au-

ßerhalb der Elternzeit sind bei der Ausübung des Weisungsrechts, d.h. der Abwägung der betrieblichen Interessen mit denen des Arbeitnehmers, familiäre Belange schutzwürdig und damit zu berücksichtigen (LArbG Nürnberg v. 08.03.1999 - 6 Sa 259/97 - NZA 2000, 263; BAG v. 23.09.2004 - 6 AZR 567/03 - NZA 2005, 359; LArbG Mainz v. 19.01.2005 - 10 Sa 820/04; ArbG Hannover v. 24.05.2007 - 10 Ca 384/06 - ArbuR 2007, 280; LArbG Rostock v. 26.11.2008 - 2 Sa 217/08, mit Anm. Nebe, jurisPR-ArbR 36/2009 Anm. 1). Bei der Ausfüllung der Generalklausel des § 106 GewO ist den Wertungen aus Art. 6 Abs. 1, Abs. 4 GG Geltung zu verschaffen, indem betriebliche Erfordernisse mit familiären Erziehungsaufgaben in eine praktische Konkordanz gebracht werden. Dabei ist die besondere Situation Alleinerziehender besonders zu gewichten. Zum Teil gehen die Gerichte von einer Ermessensverdichtung auf Null aus (Düwell in: jurisPK-Familie und Beruf, Kap. 4 Rn. 48; ArbG Berlin v. 25.07.2008 - 28 Ca 13095/07). Dabei ist das Weisungsrecht auch an der Beachtung der Benachteiligungsverbote des AGG zu messen. Wie die o.g. Zahlen verdeutlichen, haben immer noch überwiegend Frauen in der sozialen Wirklichkeit die Vereinbarungsprobleme zu lösen; diese beziehen sich über die Verringerung der Arbeitszeit hinaus häufig auf die Lage der Arbeitszeit (Nebe, jurisPR-ArbR 36/2009 Anm. 1). Arbeitgeberseitige Weisungen, insbesondere in Bezug auf den Beginn der Arbeitszeit und die Gestaltung von Schichtplänen sind häufig geeignet, Frauen mittelbar zu benachteiligen (Feldhoff in: Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Kap. 8.3 - § 7 AGG.) Wie die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts zur Gleichstellung von Frauen und Männern indes deutlich macht, hat die Ermessensausübung im Rahmen des § 106 GewO heute über die Beachtung des Diskriminierungsverbots hinauszugehen (dazu Kohte in: Festschrift Pfarr, 2011, S. 489 ff.). Sie muss durch eine Förderung tatsächlicher Gleichstellung ergänzt werden, wobei der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zentrale Bedeutung zukommt. Diese Anforderung wird in der betrieblichen Wirklichkeit vor allem dann virulent, wenn Arbeitnehmer(innen) aus der Elternzeit zurückkehren - wie die genannte Gerichtspraxis anschaulich belegt (vgl.a. BAG v. 16.12.2008 - 9 AZR 893/07 - NZA 2009, 565, m. krit. Anm. Hamann, jurisPR-ArbR 21/2009 Anm. 1; LArbG Kiel v. 15.12.2010 - 3 SaGa 14/10, m. Anm. Kohte/Schulze-Doll jurisPR-ArbR 26/2011 Anm. 1). Das Gemeinschaftsrecht hat den gleichstellungsrechtlichen Grundsatz des „Return to Work“ nach Mutterschutz und/oder Elternzeit in Art. 15, 16 der EG-Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG normativ abgesichert. Darin ist das Recht auf Rückkehr auf den früheren oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu vergleichbaren Bedingungen verankert. Diese Regelungen sind bislang nicht in deutsches Recht umgesetzt worden, so dass ihnen über eine richtlinienkonforme Auslegung Geltung zu verschaffen ist (Feldhoff, jurisPR-ArbR 30/2009 Anm. 1, zu ArbG Wiesbaden v. 30.10.2008 - 5 Ca 632/08). Wie der vorliegende Fall verdeutlicht, ist die Wiedereingliederung nach Elternzeit nicht selbstverständlich. Die Konflikte im Kontext eines Antrags auf Verkürzung der Arbeitszeit mit einem bestimmten Verteilungswunsch können sich mitunter bis zu einer verhaltensbedingten Kündigung zuspitzen (vgl.a. LArbG Rostock v. 26.11.2008 - 2 Sa 217/08, m. Anm. Nebe, jurisPR-ArbR 36/2009 Anm. 1). Zur einvernehmlichen Gestaltung dieses Übergangs ergänzt die überarbeitete Richtlinie zur Elternzeit das Rückkehrrecht zukünftig durch einen Anspruch auf Verhandlungen über Änderungen der Arbeitszeiten und/oder Arbeitszeitarrangements zumindest für bestimmte Zeiträume (RL 2010/18/EU v. 08.03.2010; dazu Kohte in: Festschrift Pfarr, S. 489). Damit wird der sozialen Wirklichkeit entsprochen, in der die Interessen der erwerbstätigen Eltern über einfache Arbeitszeitverkürzungen zur Bewältigung der Familienaufgaben hinausgehen; im Konsensverfahren müssen zukünftig flexible und praktikierbare Modelle der Arbeitsgestaltung orientiert an den Lebensphasen der Arbeitnehmer ausgehandelt werden (Kohte in: jurisPK-Familie und Beruf, Kap. 2 Rn. 30 f.). Diese Anforderung geht inhaltlich wie in ihrer rechtlichen Verbindlichkeit über die Erörterungspflicht des § 8 Abs. 3 TzBfG hinaus.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die genannten Entscheidungen betreffen mehrheitlich die Branche „Einzelhandel“. Dies ist nicht überraschend, denn dort sind 73% der Beschäftigten Frauen; von diesen arbeiten fast zwei Drittel nicht in Vollzeit, davon wiederum die Hälfte als geringfügig Beschäftigte (Pressemitteilung des IAQ v. 04.05. 2011; zu Arbeitsbedingungen und Niedriglöhnen im Einzelhandel Feldhoff, Streit 2009, 99). Gleichzeitig haben sich die Öffnungszeiten der Geschäfte immer weiter in den Abend hinein verlängert. Wie vorliegend werden die Öffnungszeiten durch rollierende Schichten mit regelmäßiger Arbeit in den frühen Morgenstunden, den Abendstunden und an Samstagen abgedeckt. Im Sinne einer Verteilungsgerechtigkeit dieser ungünstigen Arbeitszeiten werden alle Arbeitnehmer zu allen Schichten eingeteilt. Dieses Organisationskonzept mit flexiblen Wechselschichten für alle erweist sich als zu starr für Beschäftigte, die wegen Kinderbetreuungspflichten auf bestimmte Arbeitszeiten angewiesen sind (Kohte/Schulze-Doll, jurisPR-ArbR 26/2011 Anm. 1). Anders als im Rahmen des § 106 GewO kommt es bei Anträgen gem. § 8 TzBfG nicht auf persönliche Gründe an (Düwell in juris-PK-Familie und Beruf, Kap. 7.5 Rn. 62). Gleichwohl genügt es in

keinem Fall, dass der Arbeitgeber nur auf „sein“ Organisationskonzept verweist, um entgegenstehende gewichtige betriebliche Belange gemäß § 8 Abs. 4 TzBfG nachzuweisen. Nach der Dreistufenprüfung des BAG hat der Arbeitgeber darzulegen, inwieweit die gewünschte Arbeitszeitgestaltung diesem Organisationskonzept entgegensteht (st. Rsp. seit BAG v. 18.02.2003 - 9 AZR 164/02 - NZA 2003, 1392; BAG v. 08.05.2007 - 9 AZR 1112/06 - ArbuR 2009, 312, m. Anm. Kohte/Schulze-Doll; LArbG Kiel v. 15.12.2010 - 3 SaGa 14/10) . Auch der Hinweis, dass „Sonderwünsche“ einzelner Beschäftigter zu einer Beeinträchtigung des Betriebsfriedens führen würden, reicht für sich allein nicht aus, den Antrag nach § 8 TzBfG abzulehnen (LArbG Rostock v. 26.11.2008 - 2 Sa 217/08). Der Arbeitgeber ist gehalten zwischen betrieblichen Erfordernissen, familiären Belangen einzelner und den Interessen der übrigen Beschäftigten Lösungen zu finden. In Betriebsratsbetrieben haben die Betriebsräte im Rahmen ihres Mitbestimmungsrechts gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG eine wichtige Gestaltungsaufgabe zur Regelung der Verteilungskonflikte - unter Beachtung der Förderungspflicht der Vereinbarkeit von Familie und Beruf gem. § 80 Abs. 1 Nr. 2 b BetrVG (Kohte in: juris-PK-Familie und Beruf, Kap. 12.3 Rn. 17 ff.).

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Bei der Zuweisung bestimmter Schichten hat der Arbeitgeber im Rahmen des § 106 GewO darauf zu achten, dass der Ankündigungszeitraum angemessen ist. Arbeit auf Abruf als sog. „kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit“ (KAPOVAZ) ist nur zulässig, wenn diese Form der Arbeit im Arbeitsvertrag ausdrücklich festgeschrieben ist: Arbeitnehmer müssen sich verpflichten, ihre Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG). Die Handhabung im vorliegenden Fall spiegelt ein typisches Vollzugsdefizit, wie es im Einzelhandel zu beobachten ist. Auch ohne arbeitsvertragliche Verpflichtung zu „KAPOVAZ“ werden v.a. geringfügig Beschäftigte regelmäßig zu kurzzeitigen Einsätzen von zum Teil nur zwei Stunden pro Tag verpflichtet oder müssen kurzfristigen Einsatzplänen bzw. „Arbeit auf Abruf“ am Tag vorher oder am selben Tag Folge leisten (Voss-Dahm, Arbeit 2004, 354, 363 f.). Verweigern Arbeitnehmer diese kurzfristigen Arbeitseinsätze, liegt darin keine zur Kündigung berechtigende schuldhaftige Pflichtverletzung.